

NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL, ¿PODER EXORBITANTE O CLÁUSULA EXCEPCIONAL?

Valentina Parra Arroyave*

RESUMEN.

Este artículo pretende analizar la naturaleza jurídica de la liquidación con relación al procedimiento administrativo contractual. Para ello, se desarrolla una investigación general de conceptos, elementos, características, conflictos y/o vacíos jurídicos, que permiten entender la aplicación de la figura como manifestación unilateral de Estado; lo anterior, con apoyo en diferentes fuentes bibliográficas, entre las que se destacan las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, los lineamientos del Estatuto General de la Contratación de la Administración pública y los pronunciamientos de los doctrinantes especializados en la materia. Se concluye que la liquidación es solo una etapa dentro del procedimiento contractual administrativo, que por su naturaleza puede ser exorbitante. Se concluye que la liquidación es solo una etapa dentro del procedimiento administrativo contractual, que por su naturaleza puede ser exorbitante, pero, de ninguna manera, catalogada como cláusula excepcional.

Palabras Claves: Acto administrativo, Cláusula exorbitante, Controversias contractuales, Función administrativa y Potestad Unilateral.

SUMARIO

* Abogada de la Universidad Autónoma Latinoamericana. valentynah17@gmail.com. El presente artículo se presenta para optar por el Título de Especialista en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia

Introducción. **1.** La liquidación contractual y sus modalidades. **2.** Poder, Potestad, prerrogativa y cláusula exorbitante. **3.** La liquidación unilateral ¿una cláusula exorbitante? **4.** Conclusión. **5.** Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el artículo 209 de la Constitución Política, la función administrativa debe desarrollarse conforme al interés general, coordinando sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. Por lo anterior, el ordenamiento jurídico se adecúa para llevar a cabo lo dispuesto en dicha norma; expide así reglamentos y estatutos referentes a los procesos de contratación, a los límites y a las facultades de la administración, para la prestación adecuada y eficiente de los servicios públicos.

Para el desarrollo, ejecución y cumplimiento de los fines del Estado, la administración pública debe ceñirse a los procedimientos administrativos contractuales, en cada caso concreto. La función administrativa integrada por mandato Constitucional, consagrada en el artículo 209 de la carta Política, le impone a la entidad pública la obligación de velar por el interés general y el cumplimiento de los fines del Estado, de esta manera, iniciar, ejecutar, vigilar y controlar cada etapa establecida en el contrato estatal para la satisfacción. Aunque la administración pública es sujeto de la relación contractual, el ordenamiento jurídico establece que, a favor de esta, existan potestades, poderes y exorbitancias, que hacen posible la coerción en contra del prestador u/o contratista, con el fin de garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

Con la expedición de la Ley 80 de 1993 se ratifica la firmeza de las relaciones laborales del Estado con el particular, buscando unificar por medio del Estatuto General

de la Contratación de la Administración Pública, los límites, los procedimientos, los protocolos y la función del Estado en aras de garantizar un debido proceso de contratación objetiva. En ese sentido, el ordenamiento jurídico atribuye el poder de autotutela a la entidad pública contratante, “para la realización autónoma de los bienes jurídicos que se le han atribuido y que se concreta en la materialización, sin injerencia judicial, de sus decisiones a través de operaciones tendientes al cumplimiento de los cometidos estatales” (Santofimio, 2017, pág. 166). Razón por la cual, las manifestaciones unilaterales de la administración Pública se ejercen con la intención de defensa o protección de los lineamientos constitucionales.

Con relación a los poderes públicos otorgados a la administración como entidad contratante, esta tiene la potestad de dirigir el proceso de selección del contratista, la ejecución del contrato y la entrega, terminación y paz y salvo del mismo. No obstante, en caso de no intervenir se podría afectar el procedimiento administrativo contractual, conduciendo a la paralización del servicio público y el desequilibrio contractual. En ese sentido, la administración pública decanta la aplicación y uso de dichas potestades unilaterales según la clasificación normativa, doctrinal y jurisprudencial, estipulada por el ordenamiento jurídico colombiano, aunque en ocasiones las mismas se contraponen, haciendo imposible la unificación de conceptos.

En el marco jurídico normativo de la contratación estatal colombiana, dichos poderes se encuentran regulados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, identificados como cláusulas excepcionales. No obstante, en el contenido del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública se vislumbran otro tipo de potestades y manifestaciones en cabeza del Estado, diferentes a las establecidas en el artículo

mencionado anteriormente, que generan discusiones a causa de su naturaleza propiamente unilateral.

En ese orden de ideas, este artículo investiga las problemáticas jurídicas emanadas según la potestad de la administración pública para liquidar unilateralmente contratos estatales, toda vez que los poderes exorbitantes son utilizados a favor de la entidad contratante, sobre el desarrollo y cumplimiento del contrato. De manera general, se busca analizar la naturaleza jurídica de la liquidación unilateral, discriminando si la misma hace parte del grupo de cláusulas excepcionales o simplemente es un acto administrativo contractual de trámite, que cumple con la función de generar el paz y salvo, ocasionando el cierre total del negocio jurídico.

Con el fin de responder a los interrogantes que surgen debido a la problemática planteada, la investigación emplea la metodología cualitativa, a partir de los discursos normativos referente a las leyes aplicables a dichos poderes. Además, se estudian los precedentes concertados por el Consejo de Estado bajo la aplicación de cláusulas excepcionales y potestades unilaterales, considerándolos como fuente primaria de conocimiento dentro de la elaboración del escrito. Así mismo, se pretende desarrollar los conceptos doctrinales establecidos a través de los años, con la necesidad de aclarar conceptos y definiciones, para comprender el fundamento de la discusión.

Con base en lo anterior, el artículo investigativo se desarrolla bajo los siguientes temas o modalidades.

En la primera parte se realiza el desarrollo del concepto y la clasificación de la liquidación contractual, con el fin de diferenciar cada uno de los procedimientos establecidos para que dichos trámites sean llevados a cabo, conforme a los lineamientos planteados en la Ley. Todo esto, con el ánimo de contextualizar mediante los conceptos,

las características, las definiciones y la normativa aplicable las circunstancias que originan la problemática dentro del ordenamiento jurídico, puesto que es importante tener presente estas nociones al momento de desarrollar la temática central del artículo.

Más adelante, el artículo se concentra en evidenciar la regulación, aplicación y clasificación de las potestades unilaterales, el poder de autotutela y las cláusulas excepcionales, con la intención de presentar un panorama que logre determinar el principio de legalidad dentro en el ejercicio de las potestades y poderes en cabeza de la administración pública. En ese orden de ideas, se pretende hacer visible la problemática jurídico-administrativa que existe, conforme a la desmesurada implementación de dichas prerrogativas y, en definitiva, lograr determinar la naturaleza jurídica de la liquidación unilateral.

Bajo la existencia de dicha problemática y teniendo en cuenta que la misma trasciende a esferas judiciales, siendo motivo de controversias contractuales, se realiza un análisis jurisprudencial donde se vislumbra la posición adoptada por la Sala Tercera del Consejo de Estado, frente a la potestad unilateral que ostenta la administración pública para liquidar el contrato. En concordancia, se intenta determinar cuál sería la naturaleza jurídica de la liquidación, conociendo que en algunas circunstancias la misma puede ser unilateral, bajo la potestad de la administración.

En conclusión, las cláusulas excepcionales en los contratos estatales, se materializa con la intención de evitar la paralización, la afectación y el incumplimiento del objeto contractual, buscando de esta manera que el interés general y los fines del Estado sean el pilar de la ejecución del mismo. Por su parte la liquidación la etapa de paz y salvo, luego de la terminación del contrato, que en ocasiones tiene la característica de potestad excepcional, cuando la entidad contratante se ve obligada a realizarla de manera

unilateral. La liquidación es un trámite que pretende determinar el cumplimiento del objeto contractual, la cual procede luego de la ejecución del contrato y pretende entregar un balance final de la descripción, salvedades e inconformidades presentadas en el desarrollo del objeto contractual.

1. La liquidación contractual y sus modalidades.

El procedimiento administrativo contractual a lo largo de su ejecución atraviesa diferentes etapas, todas necesarias para dar cumplimiento a los fines del Estado y a la prestación efectiva de los servicios públicos. Una de estas etapas es la liquidación contractual, en la cual, se constituye un informe cuantitativo y cualitativo, luego de la actividad administrativa, ejecutada o dirigida por la administración, pretendiendo el finiquito de las diferencias y necesidades presentadas a lo largo de la ejecución del Contrato.

La liquidación contractual ha sido un tema controversial dentro del ordenamiento jurídico colombiano, al existir una dualidad de conceptos emitidos por la doctrina y la jurisprudencia con relación a la naturaleza jurídica de esta y sus modalidades. A pesar de la discusión tajante, se puede señalar de manera simple y general que la liquidación contractual es “un trámite cuyo objetivo primordial consiste en determinar quién le debe a quién, qué o cuánto le debe y por qué se lo debe” (Gaceta del Congreso Número 75, 1992, pág. 21)

El consejo de Estado en sus múltiples sentencias ha definido la liquidación como “La actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato, mediante la cual lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes,” (Consejo de Estado, 2017, Sent.58764-A).

Lo que tiene como finalidad realizar un balance o corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación contractual.

Con relación a la definición estimada anteriormente, se puede concretar que, el trámite liquidatorio corresponde a la fase postcontractual del negocio jurídico, toda vez que se produce luego de la terminación del mismo, con el objeto de que las partes establezcan con fundamento en su desarrollo y cumplimiento “las acreencias pendientes a favor o en contra de cada uno [...] En un procedimiento mediante el cual la administración y el contratista se pronuncian sobre la ejecución de las prestaciones contractuales y respecto de las vicisitudes presentadas durante su desarrollo” (Consejo de Estado, 2009, Sent. 15757).

Con relación a los artículos 60 de la Ley 80 de 1993 y 11 de la Ley 1150 de 2007, la liquidación contractual es un trámite obligatorio en los contratos de trato sucesivo, que se expresa en tres diferentes modalidades: como negocio jurídico o convención cuando es bilateral, como acto administrativo cuando es la administración pública como contratante la encargada de liquidar unilateralmente el contrato, y finalmente, como decisión judicial o arbitral, cuando es un juez o un tercero imparcial el que se pronuncia frente a los desacuerdos, salvedades y/o incumplimientos presentados; constatando el paz y salvo para ambas partes.

En ese orden de ideas, la liquidación bilateral se manifiesta en el momento en que las partes de mutuo acuerdo y de manera voluntaria deciden realizar un balance final de las cuentas, incluyendo las prestaciones, derechos y obligaciones derivadas del contrato ejecutado y que aún persisten en beneficio de una o ambas partes y de esta manera extinguir las relaciones jurídicas que pudieron surgir con relación al negocio contractual.

De manera unánime, la jurisprudencia le ha otorgado a la liquidación bilateral el carácter de “negocio jurídico”, toda vez que esta surge de un acuerdo de voluntad entre las partes y se torna vinculante para ellas. Por lo tanto, el acta de liquidación que se suscribe bajo la declaratoria de voluntad que involucra a las partes del contrato se “equipara a un verdadero negocio jurídico pleno y válido, por consiguiente, se presume que las manifestaciones son emitidas conforme a los términos que la ley supone, libres o exentas de cualquier vicio que pueda afectarlas”. (Consejo de Estado, 2005, Sentencia 14213)

En los contratos en que la ley exige que se haga efectiva la liquidación, el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, establece una regla clara, decretando que, “se hará de común acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto” (Ley 1150, 2007, art 11). En caso tal de que las partes no estipulen el término para llevar a cabo la liquidación o no esté contenido en el pliego de condiciones, la ley dispone que debe hacerse cuatro meses después del término previsto para la ejecución del contrato o de la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, dando la posibilidad de que las partes en este lapso de tiempo dispongan una fecha para realizar dicho trámite.

Es así como el acuerdo de voluntades se convierte en la regla general, debido a que es la primera opción que las partes deben contemplar, siendo la administración la encargada de dicho trámite se concrete, con la intención de hacer efectiva la voluntad de las partes y dar primacía al interés general. De no ser posible reunirse o en su defecto llegar a un acuerdo, tendrá entonces, la entidad pública, como contratante, la facultad de expedir el acto administrativo por medio del cual se liquide unilateralmente el contrato.

Por lo cual, se manifiesta otra de las figuras o modalidades del procedimiento liquidatario, en este caso la unilateral.

Es preciso entender que la liquidación unilateral excluye al contratista, siendo esta un verdadero acto administrativo, como expresión de sus competencias. La misma surge a través de un acto administrativo motivado, emitido con la finalidad de levantar el balance de cuentas de un contrato terminado, discriminando las cifras de ejecución, las deudas recíprocas, los hechos contados y cuantificados. Es así como la facultad transitoria de liquidar unilateralmente el contrato es para la administración un deber y una potestad legal, con la única intención de cumplir los presupuestos legales establecidos en la Constitución y la ley.

A lo largo de los años el Consejo de Estado no ha sido un órgano pacífico en la tarea de emitir un concepto con relación a la naturaleza jurídica de la liquidación unilateral. Frente al tema la corporación ha expresado que:

Aunque no existe discusión en cuanto a que se trata de un balance o corte final de cuentas [...] en algunos pronunciamientos se ha convenido acerca de su equiparación a una verdadera potestad excepcional en tanto constituye una expresión unilateral de la administración con efectos vinculantes y obligatorios para el contratista, mientras que en otros se ha aceptado como una prerrogativa pública que no alcanza a ostentar aquella connotación dado que la finalidad de las potestades excepcionales radica en asegurar que el servicio público objeto del contrato se cumpla de manera continua e ininterrumpida. (Consejo de Estado, 2019, Sent. 60304)

Como se ha indicado con anterioridad, la liquidación unilateral es una actuación posterior a la terminación del contrato, de modo que, solo tiene oportunidad de materializarse si se agotan los trámites descritos en el artículo 11 de la ley 1150 de 2007, intentando primordialmente que se ejecute una liquidación bilateral del contrato. El acta de liquidación que se emite por medio de acto administrativo se motiva conforme a la información técnica, financiera y jurídicamente de la ejecución del contrato. La entidad

pública se encuentra facultada para llevar a cabo esta actuación dentro de los dos (2) meses siguientes a partir del fallido intento de liquidación bilateral.

En definitiva, para el trámite de la liquidación contractual la ley prevé la posibilidad de que esta se efectúe de manera bilateral, por regla general y de manera unilateral como actuación subsidiaria. De igual modo, puede que ninguna de estas modalidades sea llevada a cabo por las partes, sobre todo porque existan controversia que se lo impiden o porque la administración pública se apartó de sus obligaciones al no emitir de manera unilateral el acto de liquidación en el término estipulado para ello. Es en ese momento donde cabe la posibilidad de que un tercero imparcial, juez o árbitro, decida sobre el asunto.

En virtud al medio de control de controversias contractuales, consagrado en el artículo 141 del CPACA, las partes tienen la posibilidad de solicitar que sea hecha efectiva dicha liquidación en el proceso jurisdiccional por parte del juez, una vez se cumpla con los requisitos anteriormente señalados. Dicha solicitud debe ser elevada en escrito de demanda, dentro del término de dos años siguientes, contados a partir del vencimiento del plazo estipulado para realizarse la liquidación bilateral o vencido el término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato, tal como se estipula en el artículo 164, numeral 2, literal j, numeral v del CPACA.

El Consejo de Estado en sentencia 30680 de 2013, estima que la principal característica de la liquidación judicial es la fuerza vinculante y jurídica que se adquiere por medio de sentencia o laudo arbitral. Es importante anotar que el trámite judicial que se lleva a cabo por el tercero imparcial, es el balance final, como se indicó anteriormente en las otras modalidades, plasmando la información de la ejecución y desarrollo del

contrato, solo que en la elaboración de esta no se ven involucradas las partes. Aunque cabe resaltar que, las mismas pueden someter el trámite a mecanismos alternativos de solución directa de controversias contractuales, donde pueden llegar a un acuerdo conciliatorio, equiparándose a una liquidación bilateral.

2. Autotutela, potestades y cláusulas excepcionales.

El ordenamiento jurídico en escenarios materiales propios del procedimiento administrativo contractual, le radica facultades a la administración pública como sujeto activo del negocio jurídico, logrando así, empoderarla y situarla en una posición de mando con relación al contratista. En ese mismo orden de ideas, la entidad Estatal que cumple función administrativa, dada su naturaleza obtiene de la Ley “el carácter de operador principal del ordenamiento jurídico bajo los presupuestos de la legalidad en sentido material, el poseer institucional del poder y fuerza del Estado para el cumplimiento de los propósitos y finalidades”. (Santofimio, 2017, pág. 157)

En ese orden de ideas, se identifica una especial particularidad al ejercicio de la función administrativa, en cuanto a la facultad de imposición unilateral del poder jurisdiccional de Estado, figura denominada por la doctrina como principio de autotutela de la administración pública, en el cual, según Eduardo García de Enterría:

La administración no necesita someter sus pretensiones a un juicio declarativo para hacerlas ejecutorias; sus decisiones son ejecutorias por propia autoridad (art 59 y 94 LPC), de modo que la mismas imponen por si solas el cumplimiento, sin que resulte oponible al mismo una excepción de ilegalidad, sino solo la anulación efectiva lograda en un proceso impugnatorio, cuya apertura, a su vez, tampoco interrumpe por si sola esa ejecutoriedad (García de Enterría & Fernández 1994 citado por Santofimio, 2017, pág. 166).

De tal forma, las potestades otorgadas a la administración pública se manifiestan conforme a la actuación unilateral que esta ejerce por medio de los actos administrativos, los cuales obtienen por naturaleza el carácter de legalidad y ejecutoriedad, tal como se señala en los artículos 88 y 89 de la Ley 1437 de 2011. De la misma manera el Consejo de Estado señala que, “el querer del aparato administrativo no debe someterse a un juicio (...) para buscar su ejecutoria: las decisiones que son asumidas por quienes cumplen función de carácter administrativo son obligatorias por sí mismas, en virtud *“de su propia autoridad”*” (Consejo de Estado, 2009, Sentencia 35313).

A lo largo de todo el ordenamiento jurídico existen diversos poderes o potestades atribuibles al Estado como garante de los principios constitucionales, desde este punto de partida, el Estatuto General de la Contratación de la administración Pública le otorga a la Entidad contratante las potestades para que se logre asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, lo que conlleva a que algunas puedan ser utilizadas dentro del contrato estatal como cláusulas excepcionales.

2.1 Cláusulas excepcionales.

El régimen jurídico contractual colombiano antes de la expedición de la Ley 80 de 1993 actuaba bajo la influencia del derecho francés, haciendo del contrato propiamente administrativo “el ámbito de aplicación de la llamada exorbitancia pública, que se traducía en cláusulas no pactadas sino imperativamente impuestas” (Santofimio, 2017, pág. 379). De manera que el legislador decide reglamentar el poder discrecional con el que cuenta la administración, otorgándole herramientas que puede utilizar para evitar la paralización y la afectación grave de la adecuada prestación de los servicios públicos, potestades legales que

marcan una diferencia en el contrato celebrado con la administración pública y el negocio jurídico entre particulares.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, la norma pretende diferenciar en qué tipos de contratos es inevitable entender incorporadas las cláusulas excepcionales, aquellos en los que es facultativo establecerlas, sin dejar de lado los tipos de contrato donde no es posible pactarlas. “Al celebrarse un contrato estatal la entidad debe acogerse al principio de legalidad que regula la materia” (Santofimio, 2011, pág. 379) entendiendo que las cláusulas excepcionales solo pueden ser pactadas en los contratos señalados por la norma, partiendo de la premisa de que las mismas deben ser realmente utilizadas bajo la modalidad de excepcionales, intentando mantener de cierto modo el equilibrio económico del contrato y la prestación efectiva del servicio público.

Por consiguiente, se entiende que las cláusulas excepcionales son los mecanismos o garantías que tiene a su favor la administración pública como entidad contratante para que se cumpla el objeto contractual. Sobre el asunto, la Corte Constitucional sostiene lo siguiente:

son prerrogativas derivadas del poder público de la administración pública y que no podrían aplicarse en un contrato de derecho privado. Estas cláusulas se derivan fundamentalmente de la presencia del interés público en los contratos estatales y de la especial naturaleza de los mismos, permitiendo a la entidad ejercer determinadas prerrogativas que no podrían aplicarse en una relación contractual de carácter privado. (Corte Constitucional, 2012, Sentencia C-620)

Por consiguiente, este tipo de cláusulas son concebidas como poderes derivados de las exorbitancias, es decir, son un pequeño grupo en relación a todas las demás discrecionalidades que por Ley ostenta la administración pública. De este conjunto de poderes excepcionales se destacan la interpretación de documentos contractuales, las

modificaciones al contrato, la caducidad y la reversión. Se pone de manifiesto que siempre que se materializan dichas cláusulas, debe mediar la posibilidad de un acuerdo entre las partes, que dé pie al cumplimiento del contrato, ya que como su nombre lo dice, son excepcionales.

La interpretación unilateral, regulada en el artículo 15 de la Ley 80 de 1993, expresa que la misma se hará efectiva en la etapa de ejecución al momento en que surjan diferencias interpretativas entre las partes, conforme a las estipulaciones consignadas en el negocio jurídico que puedan generar la paralización de la prestación efectiva de servicios públicos. La entidad contratante debe intentar llegar a un acuerdo ante dicha discusión con el afán de preservar el equilibrio económico del contrato, agotado dicho trámite, podrá interpretar de manera unilateral por medio de un acto administrativo debidamente motivado la discrepancia existente y brindar una solución efectiva en relación al interés general.

La interpretación no sugiere la modificación del contrato o el cambio del desarrollo de la ejecución del mismo, es más bien la solución hermenéutica frente a la dicotomía que se presenta, con ocasión al desarrollo del objeto jurídico del contrato, que puede acarrear suspensiones en la prestación del servicio. En consecuencia, a lo largo del cumplimiento del contrato pueden surgir otras circunstancias que obliguen a las partes a modificar las prerrogativas del negocio, en ocasiones por acuerdo de voluntad y algunas por el uso de las cláusulas excepcionales que exigen la aplicación del poder discrecional de la administración.

Conforme a lo expuesto anteriormente, existe la posibilidad de que el contrato una vez se éste ejecutando sufra cambios o alteraciones para evitar la suspensión o afectación

de la prestación del servicio, tal como se estipula en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, dichas modificaciones pueden ser aprobadas por ambas partes en beneficio del equilibrio económico del contrato o simplemente por decisión unilateral de la administración, manifestación que “debe constar por escrito para que pueda alcanzar existencia, validez y eficacia, puesto que la modificación de un acuerdo al que legalmente se exige que conste por escrito, debe surtir el mismo proceso que se dio para su constitución” (Consejo de Estado, 2013, Sentencia 24221) . Por otro lado, si la decisión de la administración consiste en alterar el valor del contrato en un 20% o más, el contratista puede renunciar a la obligación de ejecutar el contrato y en esos términos, se tramitará la liquidación y terminación del mismo (Ley 80, 1993, artículo 16).

Si bien la Ley le otorga a la entidad pública contratante la potestad de actuar conforme al ejercicio del poder de autotutela, en el caso de la terminación unilateral del contrato, el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, “le impone el cumplimiento de presupuestos de forzosa aplicación y a la vez restringe la medida a los eventos previstos en el mismo” (Consejo de Estado, 2011, Sentencia 19483). Es de esa manera que el legislador, según lo reglamentado en las cuatro causales del artículo mencionado permite “la finalización unilateral y anticipada de esa relación negocial, con miras a buscar la adecuada ejecución del objeto contractual bien sea directamente o a través de una nueva contratación” (Consejo de Estado, 2019, Sentencia 38571)

En ese orden de ideas, la terminación unilateral debe perseguir los fines para los cuales el legislador previó el uso y aplicación de las cláusulas excepcionales dentro del contrato estatal, teniendo como principal objeto “evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos”. En tales circunstancias, El consejo de Estado en sentencia 38571

de 2019, explica que la decisión unilateral de terminación del contrato debe cumplir con varios requisitos, para que produzca efectos, debe tratarse de un hecho posterior a la celebración del contrato, el mismo no poder ser imputable al contratista, puesto que, la administración ante la posibilidad de aplicar la clausulada de terminación debe resarcir los daños causados y por último, el hecho objeto de la decisión debe dificultar la posibilidad de satisfacer el interés general, entendiendo que se debe motivar el acto administrativo soportado en la realidad del contrato.

En consideración a la declaratoria de caducidad del contrato, esta es catalogada por la doctrina y la jurisprudencia como una sanción a consecuencia del incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, tal como lo estipula el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. En ese sentido los motivos que generen la aplicación de dicha cláusula deben circunscribirse al contrato, es decir, “son las obligaciones derivadas del negocio jurídico las que determinan si este ha cumplido o no (...) el incumplimiento debe ser de tal magnitud que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y se evidencie su paralización” (Consejo de Estado, 2015, Sentencia 40525). Es de esta manera y en el momento en que se configuren los requisitos para la aplicación de la cláusula, que la entidad pública por medio de acto administrativo declara la terminación del contrato y ordena su liquidación en el estado en que se encuentre.

Como bien se advirtió, la declaratoria de caducidad es una sanción que acarrea implicaciones graves para el contratista, entre ellas, “la inhabilidad para celebrar negocios jurídicos por un término de cinco años, el contratista no será indemnizado en el contrato caduco y el incumplimiento autoriza a la entidad estatal para hacer efectiva la garantía única constituida a su favor” (Consejo de estado, 2015, Sentencia 40525). Dicha sanción se

justifica como prerrogativa de la entidad pública por la necesidad de asegurar el cumplimiento del objeto contractual, brindándole la posibilidad dar por terminado el contrato de manera anticipada para así tomar posesión de la obra y continuar con su ejecución. Así las cosas, la competencia que ostenta la administración para declarar la caducidad del contrato es temporal y se encuentra ligada al plazo de ejecución del mismo, de no ser así, la cláusula excepcional no cumpliría con los cometidos estipulados para su aplicación, es decir dejaría de lado la continua y efectiva prestación del servicio.

Por último, el artículo 19 de la Ley de 1993, trae como referente la posibilidad de pactar la cláusula de revisión en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales al finalizar el término para el cual estaba pactado el negocio jurídico. El Consejo de Estado hace referencia a que dicha cláusula dentro de los contratos anteriormente mencionados se puede considerar como parte de su esencia, ya que la misma, aunque no se pacte debe entenderse incluida en el contrato. Desde ese punto de vista, la corte constitucional en sentencia 250 de 1996 estipula que, la figura o cláusula de la reversión

“tiene la virtualidad de atribuirle al concedente un derecho futuro o eventual de dominio sobre los bienes empleados en la concesión o explotación por el concesionario, que por la situación jurídica de las cosas afectadas al servicio público y de la convención -prerrogativa exorbitante-, comprende un principio de enajenación”.

La cláusula de reversión, otorga de antemano beneficios al Estado, puesto que todos los elementos utilizados y aportados por el contratista para la explotación pasan a integrar el patrimonio público. Motivos por el cual “se incorporó dentro de las cláusulas exorbitantes del derecho privado, sobre la base de que, en su aplicación, la administración usa procedimientos de derecho privado, pero teniendo acceso a ciertos privilegios” (Corte

Constitucional, 1996, Sentencia C 250). Su finalidad es impedir el deterioro y la sustracción de elementos vinculados al servicio, inspirándose en los principios de justicia, equidad e interés general que rige la relación jurídica entre contratante – Entidad Pública- y contratista.

3. Liquidación unilateral ¿potestad o cláusula excepcional?

La administración pública en ejercicio de la función administrativa posee el carácter de operador principal del ordenamiento jurídico, dispone a su arbitrio de la fuerza y el poder del Estado para el cumplimiento de los propósitos y finalidades, determinados por la Constitución y la Ley, bajo los parámetros de un Estado Social de Derecho. En ese orden de ideas, se le ha dotado de facultades evidentes que le otorgan un lugar privilegiado en relación a los administrados, con la intención de hacer cumplir las disposiciones estipuladas por el Ordenamiento Jurídico Colombiano. El proceso de contratación con la administración pública no es indiferente al uso de estas potestades exorbitantes, por el contrario, son una de las características del contrato estatal. (Santofimio, 2017, pág. 157)

De esta manera, con la expedición del Estatuto general de la contratación Pública, el legislador cree necesario dotar a la entidad pública con facultades excepcionales, tal como lo describe el artículo 14 y siguientes de Ley 80 de 1993, permitiéndole a la entidad interpretar, modificar, terminar y declarar la caducidad del contrato de manera unilateral, con el único fin de cumplir el objeto contractual. Pero aparte de las potestades anteriormente mencionadas, la ley previó diferentes atribuciones, herramientas o privilegios que la administración exterioriza de manera unilateral a favor del interés general y la prestación efectiva del servicio con principio de la contratación.

Las cláusulas excepcionales, son utilizadas por la administración como garantía de cumplimiento del objeto contractual, de igual manera, en el negocio jurídico celebrado, la entidad contratante en uso del poder de autotutela cuenta con diferentes potestades de uso exclusivo para salvaguardar el orden, el equilibrio y el interés general frente a la prestación efectiva del servicio. Esas potestades no se encuentran reguladas en los artículos 14 y siguientes de la Ley como cláusulas excepcionales de los contratos, pero se materializan de igual manera y la misma finalidad, algunas de estas potestades exorbitantes, son la imposición de multas por incumplimiento contractual, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, declarar la nulidad absoluta del contrato y la liquidación unilateral.

Aferrados siempre al principio de legalidad y el positivismo taxativo de las normas, El Consejo de Estado en su jurisprudencia, reconoce como cláusulas excepcionales las estipuladas de manera formal en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, bajo la perspectiva del ejercicio del poder público materializado mediante acto administrativo, como expresión del principio de legalidad, que caracteriza a la posibilidad de incorporar cláusulas excepcionales dentro del contrato celebrado con la administración pública. Una parte de la doctrina también aprueba la teoría afirmando que:

Mediante ellas, se confiere a una de las partes facultades de supremacía sobre la otra, que son ajenas a la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, razón por las que son extrañas en las convenciones de los particulares, ya que obedecen a prerrogativas que en el ordenamiento jurídico confieren exclusivamente a las entidades públicas. Es la ley que permite a la entidad terminar el contrato unilateralmente, modificarlo o interpretarlo, o impone sanciones para asegurar el cumplimiento del contrato. (DROMI, Roberto 2010 citado por Buitrago, Y. 2014, página 57)

En este conflicto entre un concepto unificado de las cláusulas excepcionales del contrato de estatal y las demás potestades otorgadas a la administración pública como herramienta para la correcta ejecución del contrato, el principio de legalidad se centra como

pilar, puesto que, el poder exorbitante de la administración se legitima en la Ley. De esta manera, la posición de mando que ostenta la entidad contratante, es determinada por la Constitución Política, buscando el cumplimiento de los fines del Estado,

para su ejercicio requieren regulación expresa en todos sus aspectos, al punto de llegarse a determinar que para su aplicación debe existir de manera precisa y detallada “determinación legal, en relación con su modalidad, competencia, contenido, requisitos y condiciones de viabilidad so pena de ilegalidad” (Correa 2010 citado por Currea, 2020, pág. 12)

Aunque la dinámica cambiante de la contratación estatal ha generado que la rigurosidad de la Ley en ocasiones no sea la regla general aplicable, teniendo en cuenta que el negocio jurídico se celebra bajo la prevalencia del interés general y la prestación adecuada de los servicios públicos, siendo así, obligación de las entidades contratantes adelantar las actuaciones necesarias para su cumplimiento. Se entiende entonces, que, la legalidad no se limita en el desarrollo legal, sino que mira el sistema en conjunto, brindando un mayor campo de acción al contratante en ejercicio de sus funciones;

Su incorporación al ordenamiento jurídico corresponde a las mismas razones que justifican históricamente la institucionalización del poder y el surgimiento del Estado de derecho, en donde el ejercicio del poder político no corresponde a justificaciones de carácter individualista o personalista, sino a presupuestos de voluntad general como producto del ejercicio popular o nacional del poder (...) respetando de todas maneras el interés individual (...) En esta perspectiva el principio se vincula directamente con las finalidades estatales, y para su concreción debe acudir necesariamente a todos aquellos otros niveles del ordenamiento normativo que permitan materializar su alcance, en la medida en que su postulación constitucional eventualmente lo torna en un concepto abierto e indeterminado. (Santofimio, 2017, pág. 117).

Con esta postura, las potestades exorbitantes con las que cuenta la administración pública comprenden no solo el panorama de las denominadas cláusulas excepcionales reglamentadas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, sino también, las utilizadas bajo la connotación de evitar el incumplimiento contractual y velar por la perfecta ejecución del contrato, con relación al ejercicio de la función administrativa. Pero, la actividad

contractual necesariamente debe ser regulada, la administración debe conocer sus límites y la oportunidad en la que debe actuar, evitando la nulidad de sus actuaciones, el desequilibrio contractual y la violación d derechos fundamentales en cabeza del contratista.

“Cuando la norma legal señala la posibilidad de pactar las cláusulas excepcionales, en los contratos de suministro y de prestación de servicios, no lo hace para materializar el principio de la autonomía de la voluntad, sino como concreción del poder imperativo propio del legislador” (Osorio, N. 2013, pág. 10)

En ese orden de ideas, la liquidación unilateral hace parte de ese grupo de poderes exorbitante con los que cuenta la administración, de los cuales, no se les clasifica como cláusula excepcional dentro del contrato administrativo. Una de las razones es porque dicha figura no se encuentra catalogadas dentro de las herramientas que puede utilizar a la entidad contratante para evitar la paralización y afectación grave del servicio. Una de las razones es el sentido formal y exegético de la Ley, puesto que dicha figura no fue establecida por el legislador como uno de los medios utilizados para evitar la paralización o afectación grave de los servicios públicos.

En términos generales, con la liquidación del contrato se pretende, “determina el cumplimiento del objeto contractual, así como el estado de ejecución de las obligaciones de cada una de las partes de la relación negocial, luego de su ejecución y sólo en aquellos eventos en que lo determina la ley” (Consejo de Estado, 2016, sentencia 33580). La liquidación del contrato procura emitir constancia clara de aquello que se contrató y al final se recibió, logrando determinar la relación entre lo ejecutado y la efectiva prestación del servicio, cumpliendo con lo estipulado en el objeto contractual.

El consejo de Estado ha sentado el consejo de ha emitido varias posturas al momento de considerar a la liquidación unilateral como cláusula excepcional de los contratos, primero por el poder de autotutela con el que la administración actúa frente al particular, ejerciendo la función administrativa con el único fin de cumplir con los fines del Estado; la segunda postura y para la época las más actual es el hecho de que la liquidación unilateral no cumple con los características para ser considera una clausula excepcional, el consejo de Estado, sostiene que:

La facultad de establecer la cuenta final de liquidación en forma unilateral no corresponde a un potestad excepcional -o exorbitante- de las que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, por cuanto en esa norma se plasman las cláusulas excepcionales al derecho común que tienen la nota característica de constituir un poder unilateral para buscar la continuidad del servicio y garantizar su prestación efectiva. (Consejo de Estado 2019, Sentencia 59279)

La línea que se ha sostenido con el tiempo frente a las cláusulas excepcionales se encuentra ligada con la finalidad que estas cumplen, con la intención de lograr el efectivo cumplimiento del objeto contractual. Mientras que la cláusula de la liquidación unilateral, constituye una facultad para establecer el balance final del estado financiero, la cual procede cuando la ejecución del contrato ha terminado, pretendiendo así, por medio de acto administrativo con carácter de título ejecutivo y presuntamente valido, “El reconocimiento y medición de la posición final, bien sea deudora o acreedora, que resulta para el Estado contratante al término del contrato” (Consejo de Estado, 2019, Sentencia 59279)

Sin embargo, lo que se rescata de la liquidación unilateral es la fuerza de imposición que le concede la ley contractual a la entidad contratante, que, aunque funciona como potestad legal, en el caso en que no exista acuerdo de las partes, el

deber de la administración es determinar por medio del balance financiero y contable, la ejecución y el cumplimiento del contrato, conduciendo a la elaboración de un paz y salvo y la discriminación de las salvedades e inconformidades durante la ejecución del contrato, dando de esta manera por finalizada la relación contractual.

4. Conclusión.

En el desarrollo del artículo, se abordaron los temas de la liquidación, la cual es el cierre y cruce de cuentas de la ejecución y cumplimiento del objeto contractual, la liquidación puede presentarse de manera bilateral, cuando exista acuerdo entre las partes; unilateral, cuando por medio de acto administrativo, la entidad contratante emite a consideración el balance final, por último, el trámite de la liquidación puede ser llevado a cabo en instancias judiciales por el juez natural, siendo este el que de manera unánime realice el informe correspondiente al paz y salvo de la relación contractual entre las partes.

Asimismo, se analizaron las exorbitancias de la administración de manera general, agrupando conceptos como el poder de autotutela, las potestades legales y las cláusulas excepcionales, tales como, la interpretación, modificación, interpretación, caducidad y reversión, consideradas como herramientas, con las que cuenta la entidad contratante para evitar el incumplimiento del objeto contractual.

Finalmente se desarrolló un paralelo en el cual se pretendía establecer la naturaleza jurídica de la liquidación unilateral, exponiendo varias teorías y precedentes de la jurisprudencia y la doctrina, con la intención de responderse a la pregunta ¿Puede la liquidación unilateral ser considerada como cláusula excepcional dentro de los contratos

celebrados con la administración pública? Este texto considera que no, aunque la misma se constituya como una exorbitancia en cabeza de la administración, la facultad unilateral de establecer la cuenta final en el trámite liquidatorio del contrato no corresponde a una de las herramientas establecidas en la Ley 80 de 1993 para evitar el incumplimiento del contrato.

Partiendo de lo expuesto, puede concluirse que la liquidación es solo una etapa dentro del procedimiento administrativo contractual, que sucede luego de la terminación del contrato, que en ocasiones tiene la característica de potestad excepcional, cuando la entidad contratante se ve obligada a realizarla de manera unilateral. Esta figura más que un derecho es una obligación legal que se le impone a la entidad con el fin de que se presente el paz y salvo que de cuentas de la ejecución del contrato y certeza de su cumplimiento.

5. Referencias Bibliográficas.

Doctrina.

Buitrago Vargas, Y. M. (2014). Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal: naturaleza jurídica, pacto, validez, imposición por vía administrativa y control judicial. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Currea Andrade, S. P. (2020) Las potestades excepcionales del estado como herramienta para la garantía del interés general en el contrato público. Bogotá: Universidad Santo Tomas.

Santofimio Gamboa, J.O (2017) Compendio de derecho administrativo. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

Osorio Moreno, N.D (2013). Clausulas Excepcionales en la Actividad Contractual de la Administración Publica: Autonomía de la Voluntad o Imposición del Legislador, Bogotá: Universidad del Externado, Revista Digital de Derecho Administrativo N° 10.

Normatividad.

Congreso de la República (23 de septiembre de 1992) *Gaceta del congreso Número 75*

recuperado de

<https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/PUBLICACIONES%20PERIODICAS/TEXTO%20COMPLETO%20Y%20TABLAS%20DE%20CONTENIDO%20PP/Gaceta%20del%20Congreso/Gaceta%20del%20Congreso%201992/GC%2075%20de%201992.pdf>

Congreso de la República (16 de julio de 2007) Ley 1150 de 2007. *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.*

DO: 46.691. Recuperado de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

Congreso de la Republica (28 de octubre de 1993) Ley 80 de 1993. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.* DO: 41.094.

Recuperado de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Congreso de la República (18 de enero de 2011) Ley 1437 de 2011. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.* DO:

47.956. Recuperado de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Jurisprudencia.

Consejo de Estado (20 abril de 2005) Sentencia Rad: 25000-23-26-000-1995-01345-

01(14213) (C.P German Rodríguez Villamizar) Recuperado de

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>

Consejo de Estado (11 de febrero de 2009) Sentencia Rad: 25000-23-26-000-1992-08345-

01 (15757) (C.P Ramiro Saavedra Becerra) Recuperado de

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>

Consejo de Estado (11 de noviembre de 2009) Sentencia Rad: 11001-03-26-000-2008-

00033-00 (35313) (C.P Enrique Gil Botero) Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>

Consejo de Estado (6 de abril de 2011) Sentencia Rad: 23001-23-31-000-1999-00291-01

(19483) (C.P Stella Conto Díaz del Castillo) Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>

Consejo de Estado (9 de octubre de 2013) Sentencia Rad: 25000-23-26-000-2003-01227-

01 (30680) (C.P Mauricio Fajardo Gómez) Recuperado de

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>

Consejo de Estado (02 de mayo de 2013) Sentencia Rad: 05001-23-31-000-2009-01038-02

(58764) A (C.P Jaime Orlando Santofimino Gamboa) Recuperado de

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>

Consejo de Estado (3 de mayo de 2013) Sentencia Rad: 25000-23-26-000-2000-00634-01

(24221) (C.P Danilo Rojas Betancourth) Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>

Consejo de Estado (26 d noviembre de 2015) Sentencia Rad: 25000-23-26-000-2005-

01019-01 (40525) (C.P Olga Mélida Valle de la Hoz) Recuperado

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>

Consejo de Estado (13 de abril de 2016) Sentencia Rad: 25000-23-26-000-1999-02026-

01(33580) (C.P Hernán Andrade Rincón) Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>

Consejo de Estado (11 de abril de 2019) Sentencia Rad: 680012331000200201780 01

(38571) (C.P María Adriana Marín) Recuperado de

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>

Consejo de Estado (16 de mayo de 2019) Sentencia Rad: 08001-23-31-006-2011-01461-

01(59279) (C.P Marta Nubia Velásquez Rico) Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>

Consejo de Estado (7 de octubre de 2019) Sentencia Rad: 05001-23-31-000-1996-02614-02

(38520) (C.P Martín Bermúdez Muñoz) recuperado de

<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>

Consejo de Estado (25 de octubre de 2019) Sentencia Rad: 25000-23-26-000-2011-01002-01 (60304) (C.P Marta Nubia Velásquez Rico) Recuperado de <http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>

Corte Constitucional (6 de junio de 1996) Sentencia C 259 (M.P Hernando Herrera Vergara) Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-250-96.htm>

Corte Constitucional (9 de agosto de 2012) Sentencia C- 620 (M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-620-12.htm>