

La liquidación del contrato estatal

AÍDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA*

I. GENERALIDADES

Liquidar significa *hacer el ajuste formal de una cuenta, saldar, pagar enteramente una cuenta*¹; se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes a favor o en contra de cada uno. Procede a la terminación normal o anormal del contrato.

La liquidación del contrato es un procedimiento mediante el cual la administración y el contratista se pronuncian sobre la ejecución de las prestaciones contractuales, como también respecto de las vicisitudes presentadas durante su desarrollo. Es un acto que, por ende, aclara y define todo lo relativo a la relación contractual que existió entre las partes del negocio jurídico.

II. LAS CONTROVERSIAS EN TORNO A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

1. EN CUANTO AL CONTENIDO DE LA LIQUIDACIÓN

1.1. A pesar de que el sentido gramatical de *liquidación* aporta elementos sustanciales para definir su contenido, lo cierto es que existen grandes diferencias interpretativas en torno al mismo, como quiera que coexiste una corriente doctrinal *amplia o lata* que propende a la inclusión de todo lo alusivo al contrato en el acta o acto de su liquidación y otra, *opuesta o estricta*, que considera que la misma sólo comprende lo relativo al contrato y a las prestaciones que derivan de él.

* Profesora Titular de la Universidad Externado de Colombia. Magistrada Auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Aspirante a doctora en derecho en la Universidad Externado de Colombia.

1 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Real Academia Española, 1992, p. 892.

La controversia subsiste entonces respecto de materias relativas a: 1. los reconocimientos por la responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato, 2. las prestaciones que se ejecutaron y que no se previeron en el contrato y 3. las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual por daños causados a terceros con ocasión del contrato.

Así, dentro de la primera postura o tesis amplia, la Sección Tercera, en sentencia proferida el 29 de julio de 1996, dijo:

La liquidación del contrato implica un ajuste de cuentas definitivo, en ella se fija lo que a la terminación del contrato la entidad queda debiendo al contratista o lo que este le quedó debiendo, por causa de las obligaciones cumplidas en desarrollo del contrato, y es evidente que las obras adicionales que acomete el contratista, o las actualizaciones a que puede tener derecho, o los sobrecostos producidos en razón de la prórroga del plazo del contrato, generan créditos a su favor que tienen origen en el contrato mismo y que, por ende, deben ser resueltos en el acta de liquidación.²

La segunda teoría, o estricta, considera que la liquidación, tal y como fue concebida en su génesis por el legislador, se refiere exclusivamente a las prestaciones y contraprestaciones pactadas en el contrato, esto es, a la ejecución de las obligaciones que surgen a cargo de cada una de las partes; y aparte de estos extremos, sólo se preveía el evento de que, como resultado de la declaratoria de caducidad o de incumplimiento del contrato, se hubiera ordenado hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria o se hubieran impuesto multas, en aplicación de lo previsto en los artículos 60 y 61 del Decreto 150 de 1976³.

Así, de conformidad con lo previsto en el aludido Decreto 150 (artículo 193) se consideró procedente incluir *únicamente* el valor de la multa y de la cláusula penal, impuestas al contratista, en el entendido de que en esta norma, como ya se vio, no se aludió a otro tipo de cobros, indemnizaciones u obligaciones.

2 Sentencia 9477, M. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO, actor: DAVID VEGA LUNA.

3 "Artículo 60. De las cláusulas sobre multas. En los contratos deberá incluirse la facultad de la Nación para imponer multas en caso de mora o de incumplimiento parcial, las que deberán ser directamente proporcionales al valor del contrato y a los perjuicios que sufra la entidad contratante.

Su imposición se hará mediante resolución motivada que se someterá a las normas previstas en el artículo 51 de este decreto.

En los contratos de empréstito no habrá lugar a la inclusión de esta cláusula.

Artículo 61. De la cláusula penal pecuniaria. En todo contrato que no fuere de empréstito, deberá estipularse una cláusula penal pecuniaria, que se hará efectiva directamente por la entidad contratante en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento.

La cuantía de la cláusula penal debe ser directamente proporcional a la del contrato.

El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se imputará al de los perjuicios que reciba la entidad contratante".

Se entendió entonces que como la ley no previó la inclusión de rubros distintos en el acta de liquidación, esta se limitó a las obligaciones y sanciones contractualmente pactadas.

En este sentido se pronunció la Sección Tercera en sentencia del 11 de diciembre de 1989⁴ al declarar la nulidad del acto de liquidación unilateral del contrato con fundamento en que la entidad incluyó materias ajenas a esta:

En el campo contractual administrativo, la administración debe, como atrás dijo, liquidar el contrato, especialmente cuando se trata de uno de tracto sucesivo o de ejecución diferida, caso típico, en especial, del contrato de obra y, en ciertos eventos, del de suministro. Esta liquidación se efectúa en ocasiones, con el concurso del contratista, porque las partes se ponen de acuerdo y finalmente aceptan los resultados del proceso liquidatorio, pero en otras la hace unilateralmente la administración, bien porque dicho acuerdo no se logre o porque el contratista no concurra a las diligencias administrativas conducentes a ese fin o porque habiendo concurrido no acepta firmar el acta en donde se plasme el resultado de aquélla.

Ahora bien, se pregunta, si en ejercicio de esa facultad liquidatoria ¿puede la administración deducir e incluir dentro de las partidas correspondientes, el monto de los perjuicios que estime le causó el contratista? (sic) La Sala considera que la respuesta debe ser negativa, siempre que esos perjuicios se entiendan por fuera de los estimados anticipadamente en la cláusula penal pecuniaria. Así como la administración no tiene facultad para cobrar al contratista sumas distintas de las relacionadas con multas y cláusula penal pecuniaria, cuando unilateralmente declara el incumplimiento, después de terminado el contrato, tampoco puede cobrar perjuicios al contratista al efectuar la liquidación unilateral del contrato y menos a la compañía aseguradora del riesgo de incumplimiento de las obligaciones del contratista.

¿Y por qué no puede hacerlo?

Los poderes exorbitantes de la entidad administrativa contratante o los privilegios de decisión unilateral, como los llaman algunos tratadistas (v. gr. MIGUEL ÁNGEL BERCAITZ, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires Depalma, 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 terminación unilateral; 20, sobre modificación 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 cola-

4 Expediente 5334. C. P.: GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO.

bora para llevarla a cabo o habiéndole hecho no aprueba las conclusiones a las que se llega. Pero ese poder no puede llegar hasta señalar la responsabilidad y las consecuencias indemnizatorias que de ella se deriven, pues esta misión le corresponde es (sic) a los jueces.

Dicho lo anterior, resulta claro que la entidad contratante no podía por sí y ante sí resolver sobre los perjuicios que resultaron del incumplimiento del contratista en el caso *sub judice* y por ello fue acertada la decisión tomada por el fallador de instancia, por lo cual merecerá la confirmación de la Sala.

Y por lo mismo se mantendrá la determinación del a quo cuando decretó la nulidad de la Resolución número 003 de 11 de mayo de 1983, que en su artículo 1.º aprueba la liquidación del contrato y en su 2.º exige a Seguros Comerciales Bolívar el pago de la suma de \$ 12.619.964.45 (que incluye una partida por concepto de perjuicios) y la nulidad, también, de la Resolución número 004 del 4 de julio de 1983 que confirmó la anterior, porque éstas imponen una obligación a la citada aseguradora, distinta al pago de la cláusula penal pecuniaria y al pago de las sumas que debiera la aseguradora por saldos que resultaran a cargo del contratista en la liquidación (v. gr., se repite, por saldos no amortizados del anticipo o por obra pagada y no ejecutada), únicos montos que podía ordenar cobrar la entidad administrativa (si hubiera hecho uso adecuado de su facultad de declarar incumplido el contrato).

En la exposición de motivos al proyecto que se convirtió en la Ley 80 consta al respecto:

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

Como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, se trata de un trámite cuyo objetivo primordial consiste en determinar quién le debe a quién, qué o cuánto le debe, y por qué se lo debe, todo lo cual, como es apenas obvio, supone que dicho trámite únicamente procede con posterioridad a la terminación del contrato.⁵

En acogimiento de esta tesis la doctrina expuso:

La liquidación de los contratos, en general, tiene por fin determinar por qué conceptos y en qué cuantías se adeudan entre sí las partes, en relación directa con el contrato que entre ellas se celebró y que se propone liquidar.

[...]

Conviene señalar que la liquidación no puede versar sino sobre las cuentas directamente relacionadas con el contrato que se liquida. Es, pues, al contrato materia de liquidación,

5 JORGE BENDECK OLIVELLA, Ministro de Obras Públicas y Transporte. "Exposición de motivos al proyecto de ley n.º 149 de 1992, Senado, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", en *Gaceta del Congreso*, año I, n.º 75, 23 de septiembre de 1992, p. 21.

al que deben referirse única y exclusivamente, los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar; y es sólo con respecto a pretendidos derechos relativos al contrato que se liquida que pueden transigirse o conciliarse⁶.

También lo puso de relieve la Sección Tercera al señalar, respecto del contenido de la liquidación unilateral, que los asuntos ajenos al contrato no pueden ser objeto de inclusión en el acta de liquidación al ser claramente extracontractuales:

En el recurso mencionado se hizo referencia a la existencia de un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad contratante, en virtud de la realización por el contratista de obras distintas de las estipuladas en el contrato, que no fueron incluidas al efectuarse su liquidación unilateral, y en segundo lugar, que el Inviás negó la reposición solicitada, teniendo en cuenta, precisamente, que se trataba de obras que no formaban parte del objeto contractual y que no fueron nunca autorizadas por la Administración.

Se trata, entonces, sin duda alguna, de la respuesta a una petición formulada con un fundamento distinto al contrato celebrado, que, por la misma razón, no constituía un elemento de discusión propio de la liquidación unilateral del mismo, efectuada en este caso por medio de la Resolución 005766 de 2001. En efecto, el planteamiento de aquélla en el recurso interpuesto es el único argumento que justifica su análisis por parte de la Administración en la Resolución 000852 de 2002, por la cual se confirmó dicha liquidación, y su *ajenidad respecto del contrato explica que no se hubiera hecho ninguna referencia a la situación aludida en la Resolución 005756, ya citada.*

[...] En efecto, el debate sobre el derecho del contratista a recibir el pago por concepto de las obras realizadas que no formaban parte del objeto del contrato, si bien está contenido materialmente en la Resolución 000852 de 2002, *es claramente extracontractual* y, por la misma razón, la decisión que sobre el mismo se adoptó no podría ser considerada, de ninguna manera, objeto de la facultad exorbitante de liquidación unilateral del contrato ejercida por la Administración⁷. (énfasis añadido)

Postura que fue reiterada en sentencia del 5 de octubre de 2005, expediente AP-01588m, en la que se afirmó que "únicamente las actuaciones del contratista que se lleven a cabo dentro del marco de la ejecución del contrato estatal debidamente perfeccionado se podrán entender como parte de la ejecución del objeto contractual, y por ende *el acta de liquidación* del mismo sólo podrá consignar materias atinentes a las actividades contractuales".

6 LUIS FERNANDO VÉLEZ ESCALLÓN. "La terminación y liquidación en los contratos de las entidades estatales", en AA. VV. *Comentarios al nuevo régimen de la contratación administrativa*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Ediciones Rosaristas, 2.ª edición, 1995, p. 192.

7 Sentencia de 15 de abril de 2004, radicación: 11001-03-26-000-2003-00056 01, reiterada en sentencia del 5 de octubre de 2005, expediente AP-01588; número interno 25.561, recurso de anulación de laudo arbitral, impugnante: MARIO NIGRINIS SÁNCHEZ y EMILIO GIL GIRALDO, C. P.: ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

1.2. Considero acertada la tesis estricta, que limita el contenido de la liquidación del contrato a las prestaciones que emanan directamente de él, sin perjuicio de que, en vigencia de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, resulte procedente realizar acuerdos y reconocimientos que tengan por objeto la extinción de las obligaciones que produjo el contrato.

Como la finalidad de la liquidación es determinar el estado de las prestaciones del contrato, no resulta procedente plasmar en ella asuntos que no tengan por fuente directa al contrato. Por esta razón, encuentro ajenos a la liquidación los valores que corresponden a la indemnización de perjuicios derivados de la responsabilidad contractual, cuando no existe acto administrativo que la declare.

Considero, además, que la liquidación del contrato no puede comprender la legalización de prestaciones ejecutadas por fuera del contrato, cuando no media un acto de modificación unilateral o un contrato adicional suscrito con las formalidades previstas en la ley.

En atención a la naturaleza de la liquidación del contrato, se deduce que el acto que lo contiene, bilateral o unilateral, pretende poner punto final a la relación contractual y ello no comporta para la entidad la facultad de establecer unilateralmente la responsabilidad de su contratista, pues ello debió haberlo hecho con anterioridad, en la forma autorizada por la ley, es decir, mediante la declaratoria de caducidad del contrato, facultad excepcional que ejerce la administración motivada en el grave incumplimiento del contratista. O, en desarrollo de la facultad de que habla el artículo 17⁸ de la Ley 1150 de 2007, esto es, mediante acto administrativo por medio del cual se declara el incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria.

8 Artículo 17. *Del derecho al debido proceso.* El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

Ahora bien, es posible que durante el plazo de ejecución del contrato celebrado por las partes y con ocasión del mismo, se presenten hechos de los que se deriven daños antijurídicos para terceros y que sean imputables a acciones u omisiones del contratista, es decir, que se presenten eventos de responsabilidad extracontractual por omisiones o acciones contractuales.

En estos casos, los damnificados adquieren el derecho a reclamar la indemnización de perjuicios que sufran, frente al directo responsable, que lo será, tal y como reiteradamente lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sección Tercera⁹, la entidad contratante, quien sin embargo, podrá repetir contra el contratista, por lo que resulte obligada a pagar, toda vez que es el primer obligado en este caso.

Y cuando la entidad se vea obligada a indemnizar directamente al tercero lesionado con las actividades propias de la ejecución del contrato, resulta procedente definir en la liquidación del contrato el valor que debe asumir el contratista frente a la entidad, en consideración a que la obligación de indemnizar a terceros dañados con el contrato corresponde al contratista.

Lo precedente impone señalar que cuando la administración cobra una indemnización de perjuicios por daños que su contratista le ocasionó a un tercero, debe constar la prueba de tales perjuicios, es decir la fuente obligacional en virtud de la cual la entidad indemnizó al tercero.

Esta consideración difiere de lo expuesto por la Sección Tercera, en sentencia proferida el 30 de noviembre de 2006, expediente 15.304¹⁰, en la que se aceptó incluir en la liquidación unilateral el cobro de indemnizaciones por daños a terceros, con fundamento en que "[...] si en la liquidación bilateral es posible que las partes acuerden que una debe reconocerle a la otra una indemnización, por daños causados, también es posible que la administración, en la liquidación unilateral, determine este factor, pues no hay restricciones especiales, para la administración, cuando es ella quien liquida el contrato".

2. EN CUANTO A LA OPORTUNIDAD PARA LIQUIDAR EL CONTRATO

El Consejo de Estado se ha pronunciado en abundantes providencias sobre los términos dentro de los cuales debe la administración liquidar unilateralmente el contrato. Así, ante la falta de regulación legal advirtió que los plazos de liquidación debían fijarse en consideración a la incertidumbre jurídica¹¹ que se presenta cuando este procedimiento no se cumple, toda vez que las partes necesitan definir el estado final del contrato. Advirtió además la Sección Tercera que mediante el

9 Sentencia del 5 de julio de 1988, expediente 5084; Auto del 25 de junio de 1997, expediente 10.504; Sentencia del 13 de febrero, expediente 12.654; Sentencia del 1.º de marzo de 2006, expediente 15.284.

10 Cabe consultar aclaración de voto a esta postura del Dr. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

11 Sentencia del 3 de mayo de 1990, expediente 2.950.

señalamiento de un plazo liquidación se define el punto de partida de la caducidad de la acción de controversias contractuales. Dijo la corporación:

Quando ni la ley ni las partes fijan plazo para elaborar la liquidación final, esta debe hacerse en el plazo "indispensable" para tal efecto, que para este caso la Sala lo entiende suficiente de sesenta (60) días comunes.¹²

A falta de acuerdo, estima la Sala que la entidad contratante debe proceder a la liquidación unilateral dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del término para hacer la liquidación de común acuerdo. Aunque este nuevo plazo no está previsto por la ley de manera específica, coincide con el consagrado legalmente para que se produzca el fenómeno del silencio administrativo negativo (Decreto Ley 2304 de 1989, arts. 1.º y 7.º) y, por esta razón, lo adopta la Sala para eventos como el que aquí se presenta^{13,14}.

Se advierte así que el Consejo de Estado, incluso antes de que estuviese vigente la Ley 80 de 1993, estableció el criterio según el cual debía producirse la liquidación del contrato dentro del término de seis (6) meses, contados a partir de la terminación del contrato.

Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 446 de 1998 la temática se aclaró, toda vez que estas leyes definieron los plazos para la liquidación unilateral y bilateral del contrato, en el entendido de que éste último era procedente ante la ausencia de regulación contractual.

La ley 80 de 1993 dispuso que las partes pueden liquidar el contrato dentro de los cuatro meses siguientes a "la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga" (inc. 1.º, art. 60).

Y, en aplicación del precitado artículo, la Sección Tercera señaló que el contrato debía liquidarse de mutuo acuerdo por las partes dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación, y *que ante la ausencia de tal liquidación bilateral*, debía la entidad contratante proceder a su liquidación, de manera unilateral, dentro de los dos meses siguientes.

Posteriormente, el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, que modificó el literal d) numeral 10 del artículo 136 del C. C. A. acogió la tesis jurisprudencial de la Sala y estableció de manera expresa que la administración contaba con el término

12 De igual manera, en la Sentencia 3158 del 8 de agosto de 1985, M. P.: JORGE VALENCIA ARANGO, actor: Acoplar Ltda.

13 Sentencia del 29 de enero de 1988, expediente 3615. Actor: DARÍO VARGAS, reiterada en sentencia del 9 de noviembre de 1989, expedientes n.ºs 3265 y 3461. Actor: Consorcio Cimelec Ltda.-Icol Ltda.

14 Sentencia 8126 del 6 de julio de 1995, M. P.: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ, actor: HELDER MARTÍNEZ NARANJO.

de dos meses para liquidar unilateralmente el contrato, respaldando con ello la posición jurisprudencial suficientemente referida.

La problemática se centró luego en la consecuencia derivada de la no liquidación del contrato, ante lo cual se plantearon variadas soluciones. La más acogida consistió en considerar posible la liquidación unilateral o bilateral aun cuando se hubiesen cumplido los plazos legales o contractuales correspondientes, siempre que tal procedimiento se adelantara antes del vencimiento del plazo previsto en la ley para el ejercicio de la acción de controversias contractuales.

Así, la Sección Tercera sostuvo:

La ley no contempla dicha consecuencia y no podía hacerlo dado que tampoco regula lo relativo a los plazos, encontrándose aquí un típico caso de laguna legal que debe llenar al juez, llamado a decidir un conflicto y estando obligado a hacerlo so pena de incurrir en responsabilidad por denegación de justicia (art. 48, Ley 153 de 1887).

Quizá dos posiciones pueden adoptarse al respecto: una que sostenga que en tal evento, si ni las partes de común acuerdo, ni la administración, liquidan, la administración conserva su facultad de liquidar unilateralmente, en cualquier tiempo, sin que ello obste para que el contratista recurra a la vía jurisdiccional para reclamar del juez que la ordene y, además, puede pedir que sea indemnizado por los perjuicios que la omisión administrativa le hubiere inferido. La otra, que la administración ya no puede hacerlo (liquidar unilateralmente) y que debe, entonces, recurrir al juez del contrato para que la ordene y la efectúe.

La Sala se inclina por la primera de dichas tesis, es decir, por la que sostenga que si la administración no liquida unilateralmente dentro de los dos meses siguientes al plazo de cuatro meses (para la liquidación bilateral), correrá con los perjuicios que con ello pueda ocasionar al contratista y que éste reclame por la vía jurisdiccional.

En todo caso, debe quedar claro que transcurridos dos años desde la terminación del contrato, ni el contratista podrá exigir la liquidación y/o los perjuicios, ni la administración efectuarla, pues en tal caso habrá caducado cualquier acción (o, mejor, proceso), que las partes pudieran promover con fundamento en el contrato (arts. 87 y 136 del C. C. A., tal como quedaron modificados por los arts. 17 y 23 del Decreto 2304 de 1989).^{15, 16}

Así también, en sentencia proferida el día 16 de noviembre de 1989, dentro de los procesos 3.265 y 3.461, se afirmó que transcurridos dos años desde la terminación del contrato ni el contratista podría exigir la liquidación o los perjuicios, ni la administración podía efectuarla unilateralmente, pues en tal caso habrá ca-

15 En igual sentido, las sentencias del 29 de enero de 1988, expediente 3615, actor: DARÍO VARGAS; 16 de noviembre de 1989, expedientes 3265 y 3461, actor: Consorcio Cimelec Ltda.-Icol Ltda.

16 Sentencia 5334, M. P.: GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO, proferida el 11 de diciembre de 1989, actor: Compañía Colombiana de Ingeniería y Construcción Ltda.

ducado cualquier acción que las partes pudieran promover con fundamento en el contrato.

La jurisprudencia también señaló que la posibilidad de liquidar bilateral o unilateralmente el contrato, al vencimiento del plazo previsto en la ley o en el contrato (para la bilateral) quedaba excluida cuando se producía la notificación del auto admisorio de la demandaba, formulada en ejercicio de la acción de controversias contractuales con el objeto de que fuera el juez o el árbitro quien liquidara el contrato:

La Sala estima que la Administración puede *en el tiempo* liquidar unilateralmente, aunque vencieron los plazos a que aludió la jurisprudencia para realizar la liquidación bilateral o unilateral, hasta antes de que se le notifique la admisión de la demanda, en la cual se pretende que el juez se pronuncie sobre la liquidación del contrato, hecho a partir del cual se le da certeza a la Administración de que el asunto se volvió judicial (principio de publicidad), siempre y cuando dicha notificación se haga dentro del término de *prescripción o caducidad*, según el caso, como también se explicará enseguida.

[...]

Por consiguiente como la ley sí fija un término para demandar esa *omisión administrativa* se colige que el plazo máximo que tiene la Administración para liquidar unilateralmente el contrato dependerá de dos situaciones:

- Primera: Si el contratista no demandó la liquidación judicial o el incumplimiento administrativo —nacido de la omisión de la Administración del deber de liquidar— el término que tendrá la Administración para liquidar será hasta el día anterior al [a aquel] en que vencería hipotéticamente el término para el contratista, para acudir al juez, en demanda de esa omisión administrativa, para efecto de la liquidación judicial o de otros objetos.
- Segunda: Si por el contrario el contratista sí demandó la liquidación judicial del contrato por el incumplimiento de la Administración del deber de liquidar el contrato, el término que tendrá la Administración será hasta antes de que sea notificada del auto admisorio de la demanda, siempre y cuando desde la omisión de liquidar no haya transcurrido, hipotéticamente, el plazo legal máximo, de prescripción o caducidad, según el caso, para promover ante el juez la demanda correspondiente.

Así entonces la incompetencia en el tiempo para que la Administración liquide unilateralmente nace del hecho relativo a que la competencia para liquidar el contrato se tornó, hipotéticamente, en judicial.¹⁷ (énfasis añadido)

La anterior postura fue reiterada en abundantes providencias de la Sección Tercera, en las cuales se resaltó la importancia del tema, como quiera que el cómputo del término de caducidad de la acción está vinculado a la liquidación del contrato. Así, en sentencia proferida el 16 agosto de 2001, expediente 14384, se afirmó:

17 Sentencia proferida el 22 de junio de 2000, expediente 12.723.

La jurisprudencia de la Sala se había encargado de señalar como término plausible para que la administración liquidara el contrato el de cuatro meses: dos meses a partir del vencimiento del contrato para que el contratista aportara la documentación requerida para la liquidación y dos para que el trabajo se realizara por mutuo acuerdo. Vencido el último, la administración debía proceder a la liquidación unilateralmente mediante resolución debidamente motivada (sentencia del 29 de enero de 1988, expediente 3615)¹⁸.

La incidencia de la liquidación del contrato respecto de la caducidad para el ejercicio de la acción contractual es vital, pues no puede olvidarse que cuando el contrato se liquida por mutuo acuerdo o unilateralmente por la administración, la caducidad se configura pasados los dos años de la firma del acta o de la ejecutoria del acto¹⁹ que la apruebe, según el caso (lit. c y d. num. 10 art. 136 C. C. A.) y si la administración no lo liquidare "durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto, del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar" (lit. d ibídem).

También ha precisado la Sala que dicho término no es perentorio, vale decir, que pasados ahora 6 meses de haberse vencido el plazo del contrato sin que éste se haya liquidado no se pierde competencia para hacerla. Pueden practicarla los contratantes por mutuo acuerdo o la administración unilateralmente, ya que el fin último es que el contrato se liquide y se definan las prestaciones a cargo de las partes. Debe advertirse, sin embargo, que ante la preceptiva del literal d. numeral 10 del actual art. 136 del C. C. A., esa facultad subsiste sólo durante los dos años siguientes al vencimiento de esa obligación, que no es otro que el término de caducidad para el ejercicio de la acción contractual. Dentro de este término, el contratista podrá pedir no sólo la liquidación judicial del contrato sino que se efectúen las declaraciones o condenas que estime pertinentes (art. 87 C. C. A.).

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se apartó de la anterior postura jurisprudencial y afirmó que a partir de la vigencia de la ley 446 de 1998 que reformó el numeral 10 del artículo 136 del C. C. A., el término de liquidación del contrato es perentorio, como quiera que esta norma prevé el cómputo del término de liquidación del contrato a partir de la liquidación del mismo o de la fecha en que se incumple la obligación de hacerlo. Dijo que la liquidación procedía:

- 18 La Ley 80 de 1993 recogió esta pauta jurisprudencial al establecer en el artículo 60 que el término para liquidar el contrato debe fijarse "en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o la fecha del acuerdo que la disponga".
- 19 Debe entenderse que es a partir de la notificación del correspondiente acto administrativo, siguiendo en ello la regla general de la caducidad para la impugnación de los actos administrativos a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que señala el numeral 2 del artículo 136 del C. C. A.

De común acuerdo por las partes, en cualquier tiempo [...] En forma unilateral por la entidad contratante dentro de los dos (2) meses de plazo señalado por el artículo 44, num. 10 literal d) de la ley 446 de 1998, para que la administración haga uso de una facultad o potestad excepcional, término que se cuenta a partir del vencimiento del plazo señalado por las partes en el contrato para realizarla o del supletivo establecido en la ley con tal fin. Judicialmente, cuando la acción de liquidación del contrato se promueve dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento del plazo del cual dispone la administración para hacerlo en forma unilateral.²⁰

Seguidamente la Sección Tercera de la misma corporación, en la Sentencia 15239 proferida el 4 de diciembre de 2006, modificó su postura tradicional, fue más estricta en los límites temporales que planteó la Sala de Consulta y afirmó también que el agotamiento de los plazos de liquidación debía surtir para poder válidamente ejercer la acción de controversias contractuales:

"[...] si la entidad estatal contratante no efectúa la liquidación unilateral dentro del mencionado término de dos (2) meses, siguientes al vencimiento del plazo acordado o legalmente establecido para la procedencia de la liquidación conjunta, *ha de concluirse que aquella pierde su competencia por razón del factor temporal —ratione temporis—, puesto que el aludido plazo legal de dos (2) meses es preclusivo* en la medida en que la propia ley consagra una consecuencia en relación con su vencimiento, consistente en trasladar dicha competencia al juez del contrato.

[...] el vencimiento o agotamiento previo, tanto del plazo convencional o legal establecido para la realización de la liquidación bilateral o conjunta, como del plazo de los dos (2) meses adicionales con que cuenta la entidad estatal para adoptar la liquidación unilateral, *constituyen un presupuesto de procedibilidad necesario para el ejercicio de la acción* encaminada a deprecar la liquidación del contrato en sede judicial [...]" (énfasis añadido).

Finalmente, la Ley 1150 de 2007 trata de excluir la precitada controversia, como quiera que, acogiendo lo expuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado en abundantes providencias, prevé la liquidación del contrato, aun cuando se hayan cumplido los plazos previstos previamente, siempre que la misma se realice dentro del término de caducidad de la correspondiente acción contractual:

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.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, *la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que*

20 Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Concepto 1453 del 6 de agosto de 2003.

se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral sólo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo. (énfasis añadido)

3. RESPECTO DE LA PROCEDENCIA DE UN PROCESO JUDICIAL O ARBITRAL CUANDO EL CONTRATO ESTÁ LIQUIDADO

De conformidad con lo dispuesto por la ley y lo afirmado, la liquidación puede realizarse por mutuo acuerdo entre las partes contratantes, quienes así definen quién le debe a quién y qué cantidad, en el entendido de que es una oportunidad para expresar las reclamaciones que están sin solución²¹.

Al no existir acuerdo entre las partes, la liquidación final del contrato también se puede realizar en forma unilateral, mediante un acto administrativo de carácter individual, particular y concreto, que profiere la administración. Este acto debe notificarse al contratista, es susceptible de los recursos de la vía gubernativa y de control ante el juez natural del contrato.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado en forma reiterada que a falta de un acuerdo entre los contratantes sobre la liquidación del contrato, corresponde a la administración efectuarla en forma unilateral y que si esta no lo hace, puede acudir al juez o árbitro del contrato, quien deberá determinar las prestaciones mutuas vigentes entre los contratistas²².

La Sección Tercera ha señalado en variadas providencias²³, requisitos necesarios para el ejercicio adecuado de la acción de controversias contractuales, cuando el litigio comprende, entre otros aspectos, la liquidación bilateral o unilateral del contrato, y ha explicado lo siguiente:

1. Si está liquidado bilateralmente, sólo procede el ejercicio de la acción cuando se ha dejado salvedad en el acta de liquidación bilateral.
2. Si está liquidado unilateralmente, solo procede cuando se demanda la nulidad del acto.
3. Si está liquidado unilateralmente, no procede el proceso arbitral porque los árbitros carecen de competencia para analizar la nulidad del acto de liquidación unilateral.

21 Al efecto puede consultarse la Sentencia 10608 del 10 de abril de 1997, M. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

22 Así se pronunció la Sala en la Sentencia 2950 del 3 de mayo de 1990. M. P.: ANTONIO J. DE IRRISARRI.

23 Al efecto cabe consultar lo expuesto en sentencia proferida el 16 agosto de 2001, expediente 14.384 y en sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 15.304.

Respecto del primer supuesto, debo advertir que la circunstancia de que no conste la salvedad en el acta de liquidación bilateral no impide el ejercicio de la acción contractual, simplemente excluye la prosperidad de la pretensión, comoquiera que la liquidación bilateral constituye un negocio jurídico al que están sometidas las partes, de manera que sólo resulta posible apartarse de su contenido obligacional cuando se demuestra su invalidez.

En cuanto a la improcedencia de la acción de controversias contractuales que se funda en la circunstancia de que no se demanda la ilegalidad del acto de liquidación unilateral, considero que la misma no es absoluta, toda vez que resulta perfectamente posible obtener una decisión judicial cuando las pretensiones se formulan precisamente para que se declare la existencia de obligaciones que no están comprendidas en el contrato.

Y respecto de la improcedencia del juicio arbitral, comparto lo expuesto por la Sala en reiteradas providencias, en las que se afirma que el árbitro carece de competencia para resolver pretensiones que involucren un juicio de legalidad respecto del acto de liquidación unilateral del contrato, siempre que este se haya producido dentro del término previsto en el ordenamiento.

CUESTIÓN FINAL

Ante las diferencias que se han suscitado sobre el contenido de la liquidación y sobre su oportunidad, y en consideración a que se han proferido numerosas providencias judiciales que no resuelven el fondo de la *litis* por vicios relacionados con la liquidación—como cuando se confunde el punto inicial de la caducidad de la acción o cuando se demandó la responsabilidad contractual del Estado sin demandar el acto por medio del cual liquidó el contrato unilateralmente o cuando se demandó con idéntica pretensión sin que la liquidación bilateral comprendiera una salvedad—, conviene preguntarnos si es fundamental para la contratación estatal contar con la figura de la liquidación de los contratos. Mi respuesta es no.

Con la figura de la liquidación o sin ella, las entidades pueden definir quién le debe a quién y cuánto, como sucede con las actas finales o de recibo final, en las que hay clara constancia del comportamiento del contrato y de las sumas causadas.

Las entidades cuentan con poderes para definir sumas a cargo del contratista, distintos del de la liquidación unilateral, como sucede con el acto que declara la caducidad del contrato, en el que perfectamente pueden constar las sumas del contrato y los valores existentes a cargo de cada una de las partes. Y como ocurre también con el acto por medio del cual se declara el incumplimiento, en el que pueden las entidades claramente definir el valor que adeuda el contratista y hacer efectivas la cláusula penal y las garantías.

En pro de la efectividad de los derechos que emanan del contrato y con el propósito de lograr la descongestión de la administración de justicia agobiada por tantos litigios que se derivan de la falta de manejo y claridad respecto de figuras

como la liquidación del contrato estatal, cabría proponer la eliminación de esta conflictiva figura, que además se ha prestado para obstaculizar el buen desarrollo de la jurisdicción arbitral en Colombia, que se ve excluida cuando el contrato, fuente del litigio que habrían de dirimir, fue liquidado unilateralmente.

