

CRÍTICAS A LOS FUNDAMENTOS *ESPECÍFICOS* DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO¹

Santiago Álvarez Hernández²

RESUMEN. Juan David Montoya Penagos considera que la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento no solo encuentra fundamentos generales en el régimen de los particulares –esencialmente en la autonomía de la voluntad–, sino también en algunas disposiciones que aplican de forma especial a ciertos contratos. El texto analiza las ideas del autor en el segundo capítulo de su texto inédito, enfatizando en su posición armonizadora de las normas remisorias del EGCAP al Código Civil y Código de Comercio, y evidenciando las tensiones doctrinarias privatistas acerca de la viabilidad de la cláusula.

Introducción

Las ideologías determinan en un sinnúmero de ocasiones las formas en que se asimilan las tensiones o problemáticas. De manera consciente o inconsciente, seguramente la interpretación de las disposiciones que presuntamente regulan la terminación unilateral por incumplimiento se afecta por esta condición humana. Lo cierto es que la contratación estatal, y el derecho administrativo en general, se consolida en el tiempo a partir de los consensos generalizados de los juristas, que en varias oportunidades no logran cerrar con absoluta lógica y razón los problemas hermenéuticos. En este caso, es posible avizorar que para algunos existen fundamentos generales y especiales para pactar y ejercer la cláusula, mientras que para otros se trata de un absurdo que arriesga los presupuestos históricos del derecho público. Continuando el análisis del texto inédito del profesor del CEDA Juan David Montoya Penagos, en esta ocasión se estudian los fundamentos

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 29 de abril de 2023, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del Grupo de Estudio adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del profesor Juan David Montoya Penagos, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo– sino también para el beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es: Terminación Unilateral por Incumplimiento, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Juan David Montoya Penagos, texto que pertenecerá a la Serie: Cláusulas del Contrato Estatal. Se precisa que este ensayo se sustentó en un texto inédito del Investigador Principal, con ideas preliminares que pueden variar en el desarrollo de la investigación. En tal sentido, las referencias realizadas a la fuente: «MONTOYA PENAGOS, Juan David. Terminación unilateral por incumplimiento. Texto inédito», corresponden a dicho documento, incluyendo su paginación.

² Auxiliar de investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, nivel V básico, adscrito al Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–.

específicos de la cláusula, entendiendo por esto las normas que el autor considera que la validan en ciertos tipos contractuales.

1. Crítica a la armonización de las normas remisorias: improcedencia de la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento en el contrato estatal

Luego de desarrollar sus ideas acerca de los fundamentos generales de la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento, Montoya Penagos realiza una identificación de las disposiciones aplicables a contratos particulares, en virtud de las cuales se puede pactar y ejercer la cláusula en dichas relaciones. Estos fundamentos los denomina «*específicos*», y con ellos pretende demostrar que el ordenamiento contempla un conjunto de facultades que pueden emplear las partes de ciertos contratos para evitar la resolución judicial del negocio y, en su lugar, terminar unilateralmente el vínculo, ante la ocurrencia del incumplimiento. Bajo esta perspectiva, el autor reproduce la tesis planteada en el capítulo inicial, conforme a la cual pactar la cláusula constituye un acto válido, y que su fundamento se encuentra principalmente en la autonomía de la voluntad, pero añade –en este capítulo– fundamentos de ciertos tipos contractuales³.

La justificación del autor a este apartado consiste en reconocer que, para el publicismo, el aforismo según el cual «lo que no se encuentra prohibido, está permitido», se transforma por «lo que no se encuentra expresamente permitido, está prohibido», en virtud de la vinculación positiva de la Administración al ordenamiento. De esa forma, la identificación de fundamentos concretos deviene en una necesidad trascendental para deducir que el Estado puede pactar y ejercer la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento. Sin perjuicio de esto, Montoya admite también en este acápite que existe una tensión entre considerar que las cláusulas excepcionales al derecho común –en especial la caducidad– derogan las facultades prescritas en el orden común, o si, por el contrario, dichas facultades mantienen su vigencia, a la vez que las prerrogativas contractuales de la Administración⁴.

Para esto realiza un contraste entre dos de las normas remisorias del EGCAP: el artículo 13 y 40. Conforme al primero, plantea que puede interpretarse que existe una «*derogación total*» de las normas de terminación unilateral por incumplimiento de los Códigos Civil y de Comercio, en tanto la norma dispone: «Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, *salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley*» (énfasis adicional). En virtud

³ MONTOYA PENAGOS, Juan David. Terminación unilateral por incumplimiento. Capítulo II. Texto inédito. p. 19.

⁴ Ibid., p. 19.

de la expresión destacada, los artículos 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993 se impondrían a las disposiciones con un contenido similar en el régimen común, imposibilitando su aplicación en las relaciones contractuales del Estado⁵.

Contrario a lo anterior, el autor propone que, con apoyo en el artículo 40, cierta interpretación asumiría que existe una «*remisión total*» al derecho de los particulares, lo que significa que las cláusulas de la esencia y la naturaleza subsistirían, pese a la existencia de las cláusulas excepcionales al derecho común, debido a que la norma dispone: «Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza». Así, las cosas de la esencia y la naturaleza –especialmente estas– se mantendrían incólumes, pese a ser estrechamente similares a las prerrogativas del EGCAP⁶.

No obstante, Montoya propone una tercera tesis, ecléctica desde la óptica de las dos anteriores, y en virtud de la cual existe una síntesis que permite armonizar la interpretación de los artículos 13 y 40. El autor la denomina «*tesis intermedia*» o de «*derogación parcial*», y con ella plantea que, asumir la validez de la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento en los contratos donde no es obligatoria o facultativa la caducidad, permite que el artículo 40 se aplique sin afectar el contenido prescriptivo fundamental del artículo 13. De ese modo, el derecho público mantiene su condición de derogatorio del derecho común, en los contratos donde es forzoso u opcional pactar la caducidad, mientras que los elementos naturales de los contratos producen sus efectos en aquellos donde no es obligatorio o facultativo pactar aquella –la caducidad–. Con esta premisa, se propone evidenciar los fundamentos precisos de la cláusula en los contratos de: *i*) compraventa, *ii*) arrendamiento, *iii*) obra, *iv*) suministro y *v*) seguro⁷.

Esta propuesta es significativamente llamativa y medianamente convincente. Desde luego, argumentar una interpretación conforme, en el sentido de que existe una manera de aplicar dos disposiciones que, *a priori*, resultan antinómicas entre sí, supone entregar una solución a las insuficiencias del ordenamiento, puesto que se sabe que es indeterminado, vago, impreciso y, para algunos, insuficiente. Sin embargo, existe como mínimo una problemática de asumirla, advertida en el comentario realizado al primer capítulo del texto inédito, en lo concerniente a la inviabilidad de admitir que la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento pueda pactarse en favor de un particular. En otras palabras, el entendimiento generalizado en el derecho administrativo niega la posibilidad de que los particulares cuenten con facultades muy similares a las prerrogativas del poder público, como sucede respecto al funcionamiento de la

⁵ Ibid., p. 19.

⁶ Ibid., p. 20.

⁷ Ibid., p. 20.

caducidad y de la terminación unilateral por incumplimiento. En consecuencia, resulta inadmisibile que termine *motu proprio* un contrato ante el incumplimiento de una entidad⁸.

Esta réplica no se fundamenta exclusivamente en una posición ideológica o filosófica del Estado, sino también en una normativa. En efecto, el ordenamiento reitera, desde su cúspide y hasta las normas de inferior jerarquía, que la responsabilidad de materializar el interés general y satisfacer las necesidades del colectivo radica en las entidades públicas, lo que justifica históricamente que la Administración tenga *poderes* que los particulares no. De ese modo, aunque los contratistas sean colaboradores de lo público, en cuanto su actividad indudablemente coadyuva a la concreción del interés general, tampoco cabe duda de que el Estado es el principal responsable de esta función social, razón por la cual cuenta con una serie de facultades destinadas a asegurar una eficaz entrega de bienes y la satisfactoria prestación de servicios. Esta concepción acerca de las funciones estatales está prescrita de forma general en el artículo 2 Superior, y, a su vez, en lo contractual encuentra sentido en los artículos 3 y 14 de la Ley 80 de 1993, que leídos conjuntamente permiten establecer que la Administración tiene varias prerrogativas para garantizar el cumplimiento de sus fines⁹.

⁸ Al respecto, Rivero sostiene que es imposible que los particulares actúen conforme a la excepción de contrato no cumplido, con lo cual se interpreta que está en desacuerdo con que tengan la facultad de suspender o terminar unilateralmente el contrato administrativo: «Si es la administración la que está en falta, se descarta el derecho común que permite al cocontratante ampararse detrás de la *exceptio non adimpleti contractus* para suspender la ejecución de sus propias obligaciones: el particular permanece obligado a ejecutar, sea cual sea la falta de la administración; *sólo puede dirigirse al juez en caso de una acción de compensación por daños y perjuicios, o pedir la rescisión en caso de falta muy grave*» (cursivas fuera del original) [RIVERO, Jean. Derecho administrativo. 9ª ed. Trad. Caracas: Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1984. p. 137].

⁹ El artículo 2 constitucional preceptúa: «Artículo 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

»Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares».

Por su parte, el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 consagra: «Artículo 3o. De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

La relevancia de esta réplica consiste en cuestionar la postura ecléctica identificada por el autor, para promover la celebración y ejercicio de la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento, ya que, como se identifica en el análisis de los fundamentos especiales, el Código Civil y el Código de Comercio la regulan para que sean ejecutadas por el *cumplido* ante el *incumplido*, y no del *contratante* respecto del *contratista*, como sí lo regulan las cláusulas excepcionales al derecho común. Con esto no quiere decirse que la remisión del artículo 40 sea *ineficaz*, sino que sus efectos deben condicionarse con la lectura sistemática del régimen aplicable a la Administración, lo que significa que los elementos de la naturaleza de los contratos proceden siempre que no riñan con una cláusula de la naturaleza *especial*, dispuesta en el EGCAP.

Sin embargo, esta réplica también puede cuestionarse del siguiente modo: ¿quiere decir, entonces, que la antinomia se soluciona interpretando que *solo* la Administración puede pactar a su favor y ejercer la cláusula de terminación por incumplimiento? No. Nuestra lectura consiste en sostener que la Administración, incluso la regulada por regímenes exceptuados, no puede incluir en sus contratos la cláusula de terminación por incumplimiento, toda vez que el ejercicio de prerrogativas públicas debe interpretarse cuidadosamente. Recuérdese que desde los albores del derecho administrativo se ha considerado que se trata de un subsistema dirigido a controlar el poder y a propugnar por un equilibrio entre asegurar que el Estado tenga herramientas que permitan cumplir sus fines, sin que esto suponga un *carácter ilimitado* del ejercicio del poder público. Dicho de otra manera, si bien se acepta que el Estado tenga prerrogativas, su ejercicio se condiciona a los expresos términos del ordenamiento, impidiendo que exista *libertad* en su ejecución. En este orden de ideas, las cláusulas de terminación unilateral por incumplimiento no se dispusieron respondiendo a las lógicas del funcionamiento del Estado, ni mucho menos a las particularidades de la posición contractual de la Administración.

»Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones».

Lo anterior se complementa por el artículo 14, en el siguiente sentido: «Artículo 14. de los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

»1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

[...]».

Podría argumentarse que el control al ejercicio de la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento sucede con la obligación de respetar el debido proceso y de aplicar el procedimiento administrativo general, el procedimiento administrativo *sancionatorio* general o el procedimiento sancionatorio contractual de la Ley 1474 de 2011 –art. 86–. Seguramente esto será un tema de discusión en las próximas sesiones del CEDA, pero consideramos que este es un control *débil*, tratándose de prerrogativas contractuales. De hecho, el control al que nos referimos tiene que ver con un momento anterior a la forma en que finalmente se ejecuta la cláusula, cual es la de identificar los presupuestos sustanciales para su ejercicio. En ese sentido, nótese que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 determina la aplicación de las cláusulas excepcionales al derecho común, dependiendo de las condiciones de ejecución contractual, en estos términos: «[...] con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación [...]». De igual modo, el artículo 18 también condiciona el empleo de la caducidad a la ocurrencia de incumplimientos cualificados: «[...] hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, *que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización [...]*»¹⁰.

En virtud de lo anterior, sustancialmente se han dispuesto límites al ejercicio de prerrogativas contractuales, en especial de la más similar a la cláusula de terminación por incumplimiento¹¹. Por consiguiente, se considera desigual,

¹⁰ Esta cualificación existe desde otrora en ordenamientos foráneos, como se advierte en el comentario realizado por Cassagne respecto a la caducidad en el ordenamiento argentino, en la medida en que considera que solo procede para impedir la paralización del servicio público o de la explotación de una obra: «Como una rémora de la teoría de los actos de autoridad, el derecho administrativo incorporó originariamente esta causal de extinción propia del acto administrativo unilateral, a las concesiones de servicio público y de obra pública. En realidad, se trata de un típico medio de resolución o rescisión unilateral que dispone la Administración frente al *incumplimiento de alguna obligación esencial* por parte del concesionario *o con el fin de preservar el servicio público o la explotación de una obra pública*, según sea el caso» (énfasis adicional) [CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo. 2ª ed. Abeledo-Perrot, 2005. p. 166]. En el mismo sentido, Jèze insistía en la competencia de la Administración para terminar diferentes tipos contractuales –concesión, obra y suministro–, que no predica para el contratista (JÈZE, Gastón. Principios generales del derecho administrativo. IV Teoría general de los contratos de la Administración. Buenos Aires: Depalma, 1950. p. 243, 265 y 273).

¹¹ Al referirse a la prerrogativa de modificación unilateral, Rivero justifica la existencia de los poderes de la Administración en razón a los intereses que dirigen la conducta administrativa: «Este poder de modificación unilateral es tan contrario al principio fundamental en el derecho privado, de la inmutabilidad de los contratos, que una parte de la doctrina cuestiona su existencia esforzándose para reintegrar al marco de los principios contractuales del Código Civil las soluciones administrativas que se separan de ellos. Sin embargo, la regla ha sido vigorosamente reafirmada por la jurisprudencia; ésta no hace por otra parte, sino traducir la primacía del interés general, cuyas exigencias, que

irrazonable y desproporcionado que unas terminaciones unilaterales exijan unas premisas objetivas y que otras –las del derecho de los particulares– no, o al menos no de una magnitud equiparable. De ahí que, además de que consideremos que la cláusula de terminación unilateral no puede ser pactada en los contratos estatales debido a que es injustificado que solo sea ejercida por la Administración, el hecho de que su filosofía no se ajuste a la lógica del derecho administrativo permite concluir que la derogación de esta materia del EGCAP es total¹².

Consideramos relevante plasmar estas críticas antes del estudio de los fundamentos particulares de la cláusula, no solo porque el autor inicia su subcapítulo con las consideraciones referidas, sino también porque con esto presentamos nuestro disenso generalizado a las ideas que se analizan a continuación.

2. Fundamentos específicos de la cláusula

Montoya Penagos manifiesta que, el hecho de que el contrato de compraventa se encuentre en el grupo que tiene proscrito incluir potestades excepcionales al derecho común, permite aplicar lo dispuesto en el artículo 1882 del Código Civil. En virtud de este, el vendedor puede *desistir* del contrato, cuando por culpa del

pueden cambiar con el tiempo, no podrían hacerse fracasar por reglas contractuales inmutables» (Rivero. Op. cit. p. 136).

¹² Cabe mencionar que nuestra concepción, también compartida en gran medida por Montoya Penagos, tiene opositores de gran magnitud, que incluso inciden en la producción de jurisprudencia. Esto explica que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia del 22 de noviembre de 2022, sostuviera que el régimen principal del contrato estatal era el privado, y excepcionalmente el público, y que se admitía la celebración de acuerdos como el de la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento: «En contravía de estas posiciones jurisprudenciales referidas, en épocas recientes la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado (en lo que comienza a identificarse como una tendencia mayoritaria) a favor de la posibilidad de que “las partes contratantes, en ejercicio de la autonomía negocial, pueden pactar dentro de la convención que rige la relación contractual figuras como la multa, la cláusula penal, terminación por mutuo acuerdo o unilateral, todas estas como previsión anticipada de las consecuencias del posible incumplimiento en que pueda incurrir una de ellas”. Esta misma Sección ha concluido que las cláusulas, como la de terminación unilateral por incumplimiento, “son absolutamente viables, a partir de la autonomía de las partes para estructurar el contenido del negocio, siempre que en ellas se especifique la prestación esencial cuyo incumplimiento priva sustancialmente al contrato de la debida ejecución del objeto pactado”» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 23 de noviembre de 2022. Exp. 66.700. C.P. Alberto Montaña Plata). Esta interpretación también se identifica en las sentencias del 24 de agosto de 2016 y del 28 de febrero de 2020 (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 24 de agosto de 2016, Exp. 41.783. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E); CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Exp. 31.628. C.P. Guillermo Sánchez Luque).

comprador se retarde la entrega de la cosa¹³. Con fundamento en dicha palabra, el autor considera que allí se consagra la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento en el contrato de compraventa. Esa misma expresión es utilizada por los artículos 1983 y 1984, razón por la cual el autor también concluye que existe un fundamento especial para ejercerla en el contrato de arrendamiento¹⁴.

En cuanto al contrato de obra, Montoya enfatiza en la expresión «(...) *podrá hacerla cesar* (...)» del artículo 2056, conforme a la cual considera que en los contratos de obra también existe el fundamento especial¹⁵. En sentido similar, el artículo 973 del Código de Comercio confiere el derecho a las partes de dar terminado el contrato de suministro ante el incumplimiento, siempre que se haya ocasionado perjuicios graves o tenga una importancia que reduzca la confianza para hacer los suministros sucesivos¹⁶. Con fundamento en lo anterior, Montoya

¹³ El artículo ordena: «Artículo 1882. Tiempo de entrega y retardo. el vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada en él.

»Si el vendedor, por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato *o desistir de él* y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales.

»Todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro o ha estipulado pagar a plazo.

»Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago».

¹⁴ Los artículos establecen lo siguiente: «Artículo 1983. Desistimiento del contrato por incumplimiento en la entrega. Si el arrendador, por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa, el arrendatario tendrá derecho para desistir del contrato, con indemnización de perjuicios.

»Habrà lugar a esta indemnización aún cuando el arrendador haya creído erróneamente y de buena fe que podía arrendar la cosa; salvo que la imposibilidad haya sido conocida del arrendatario, o provenga de fuerza mayor o caso fortuito».

«Artículo 1984. Mora en la entrega. Si el arrendador, por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, es constituido en mora de entregar, tendrá derecho el arrendatario a indemnización de perjuicio.

»Si por el retardo se disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato, sea por haberse deteriorado la cosa o por haber cesado las circunstancias que lo motivaron, podrá el arrendatario desistir del contrato, quedándole a salvo la indemnización de perjuicios, siempre que el retardo no provenga de fuerza mayor o caso fortuito».

¹⁵ El artículo 2056 del Código Civil preceptúa: «Artículo 2056. Indemnización por incumplimiento. Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución.

»Por consiguiente, el que encargó la obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra».

¹⁶ El artículo 973 del Código de Comercio dispone: «Artículo 973. Incumplimiento y consecuencias. El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese

considera que dicha norma consagra la cláusula para el contrato de suministro, permitiendo que la Administración se apoye en ella para acordarla en sus contratos¹⁷. Por último, el autor considera que el fundamento también se encuentra en el artículo 1068 del Código de Comercio, aplicable al contrato de seguro, y en virtud del cual la mora en el pago de la prima o de los certificados de la póliza produce la terminación automática del contrato¹⁸.

A diferencia de los anteriores, Montoya afirma que ni el artículo 1930 o el 1937 contienen la facultad para el vendedor en la compraventa, en la medida en que considera que dichos artículos son reproducciones del artículo 1546. Dicho de otra manera, que debido a la existencia del pacto comisorio la resolución del contrato de compraventa forzosamente debe suceder en sede judicial¹⁹. A propósito, Montoya Penagos se opone a la posición doctrinal según la cual el Código Civil no dispone efectos distintivos en el uso de las palabras «resolver» y «desistir» –ilustrada en una cita de Velásquez Gómez–, «(...) pues mientras el primero implica una solicitud a la administración de justicia, el segundo da lugar a una terminación unilateral por incumplimiento»²⁰. Para sostener lo anterior, refiere la definición del

incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos.

»En ningún caso el que efectúa el suministro podrá poner fin al mismo, sin dar aviso al consumidor como se prevé en el artículo precedente.

»Lo dispuesto en este artículo no priva al contratante perjudicado por incumplimiento del otro de su derecho a pedir la indemnización de perjuicios a justa tasación».

¹⁷ MONTOYA. Op. cit. p. 34.

¹⁸ Ibid., p. 36. El artículo 1068 del Código de Comercio prescribe: «Artículo 1068. mora en el pago de la prima. La mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, producirá la terminación automática del contrato y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato.

»Lo dispuesto en el inciso anterior deberá consignarse por parte del asegurador en la carátula de la póliza, en caracteres destacados.

»Lo dispuesto en este artículo no podrá ser modificado por las partes».

¹⁹ La literalidad de los artículos 1546, 1930 y 1937 es la siguiente: «Artículo 1546. Condición resolutoria tacita. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

»Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios».

«Artículo 1930. Mora en el pago del precio. Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios».

«Artículo 1937. Pacto comisorio con efectos de resolución *ipso facto*. Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva ipso facto el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda».

²⁰ MONTOYA. Op. cit. p. 23.

Diccionario y se apoya en la sentencia del 9 de diciembre de 1971 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia –M.P. Ricardo Uribe Holguín–, concluyendo que el *desistimiento* implica una terminación unilateral, dado que no requiere consentimiento ni pronunciamiento judicial. En otras palabras, Montoya considera que no existe algún error por parte del legislador en el uso discriminado de dichas palabras, sino que se trata de elecciones conscientes, tendientes a establecer consecuencias jurídicas distinguibles.

Si bien Montoya Penagos refiere las ideas de Bonivento Fernández, vale transcribir la justificación fundamental que brinda para argumentar que el desistimiento no implica pronunciamiento judicial. En su criterio, el desistimiento se justifica por la dilación de la jurisdicción, de manera que la agilidad del comercio exige interpretar que el legislador consagró la expresión previendo dicha problemática: «Si para desistir se requiriera de una acción de resolución, las relaciones comerciales se verían seriamente comprometidas en el tiempo por lo prolongado o complejo de un proceso ordinario. Por eso, creemos que el legislador fue cauteloso en acoplar las situaciones susceptibles del desistimiento»²¹. Esta posición es admitida por la sentencia del 30 de agosto de 2011 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que relacionó diversos fundamentos específicos –entre los que se encuentra el artículo aplicable a la compraventa– de la terminación unilateral por incumplimiento²².

²¹ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. 18ª ed. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2012. p. 127. Hinestrosa asume una posición similar, al explicar que la economía de mercado ha impuesto la relegación de la intervención judicial para terminar los vínculos contractuales: «La dinámica de la economía de mercado ha impuesto el diseño de cláusulas que agilicen y aceleren la solución, sin necesidad de proceso previo, dentro de requisitos y límites que prevengan abusos y estragos irremediables. En fin, es pertinente agregar que, excepcionalmente, delante de hechos de gravedad significativa, que imponen soluciones *incontinenti*, cuya atención no da tiempo para una decisión judicial, y que tampoco pueden ser objeto de una previsión y regulación singulares, el contratante puede proceder directamente, quedando abierta la posibilidad de una revisión de lo actuado a petición de la contraparte que demanda la restitución del *statu quo ante* o resarcimiento» (HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones II. Vol II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 851).

²² La Corporación manifestó en la providencia: «En la compraventa, el vendedor o comprador asistente en la fecha para el peso, cuenta o medida de la cosa, podrá desistir del contrato si el otro no comparece (artículo 1878, Código Civil); el comprador a su arbitrio es titular del “derecho potestativo... que no requiere pronunciamiento alguno del juez” de desistir del contrato cuando el vendedor por su hecho o culpa retarda la entrega de la cosa (cas. civ. sentencia de 9 de junio de 1971, CXXXVIII, p. 382; artículo 1882, Código Civil); y el comprador puede disolver la compraventa celebrada a su gusto o satisfacción (artículo 912, C. de Co), o desistir si falta una parte considerable de la cosa al tiempo de perfeccionarse el contrato (artículo 918 C. de Co)» (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de agosto de 2011. Rad. 11001-3103-012-1999-01957-01. M.P. William Namén Vargas).

Sin embargo, y como se criticó en el análisis del primer capítulo del texto inédito, existe una tendencia doctrinal contraria, que considera que el régimen de los particulares no consagra ninguna clase de potestades que las partes puedan imponerse entre sí sin la mediación de una orden jurisdiccional²³. Por lo anterior, y como comentario general a las demás fuentes específicas de la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento, resulta necesario destacar que, incluso entre los conocedores perspicaces del derecho de los particulares, existe una tensión entre quienes sostienen que la cláusula es válida y quienes consideran que implica una superación inaceptable de la autonomía de la voluntad.

Bibliografía

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 23 de noviembre de 2022. Exp. 66.700. C.P. Alberto Montaña Plata.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Exp. 31.628. C.P. Guillermo Sánchez Luque.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 24 de agosto de 2016, Exp. 41.783. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de agosto de 2011. Rad. 11001-3103-012-1999-01957-01. M.P. William Namén Vargas.

Doctrina

BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. 18ª ed. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2012. 837 p.

CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo. 2ª ed. Abeledo-Perrot, 2005. 626 p.

HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones II. Vol II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. 1199 p.

²³ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen de las obligaciones. 3ª Reimpr. de la 8ª ed. Bogotá D. C.: Editorial Temis S. A., 2016. pp. 481-484; VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío. Estudio sobre obligaciones. Bogotá D. C.: Editorial Temis S. A., 2010. pp.1050-1051; NAVIA ARROYO, Felipe. La terminación unilateral del contrato de derecho privado. Bogotá D. C.: Revista de Derecho Privado, Universidad Externado, junio de 2008. Tomado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/549>. p. 47.

JÈZE, Gastón. Principios generales del derecho administrativo. IV Teoría general de los contratos de la Administración. Buenos Aires: Depalma, 1950. 484 p.

MONTOYA PENAGOS, Juan David. Terminación unilateral por incumplimiento. Capítulo I. Texto inédito. 36 p.

NAVIA ARROYO, Felipe. La terminación unilateral del contrato de derecho privado. Bogotá D. C.: Revista de Derecho Privado, Universidad Externado, junio de 2008. Tomado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/549>. 36 p.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen de las obligaciones. 3ª Reimpr. de la 8ª ed. Bogotá D. C.: Editorial Temis S. A., 2016. 514 p.

RIVERO, Jean. Derecho administrativo. 9ª ed. Trad. Caracas: Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1984. 590 p.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío. Estudio sobre obligaciones. Bogotá D. C.: Editorial Temis S. A., 2010. 1406 p.

