

FUNDAMENTOS JURÍDICOS GENERALES DE LA CLÁUSULA DE TERMINACIÓN UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO¹

Mitchelle Rincón Rodríguez²

RESUMEN. Para comprender si es posible incluir en los contratos estatales –con independencia de su régimen– la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento, partiendo de las ideas del profesor Juan David Montoya, es preciso identificar si existe un fundamento legal. En este análisis se adoptará como metodología la identificación y descripción de las ideas del autor, en contraste con las propias. Concretamente, en el texto se analizará: *i)* al artículo 1546, condición resolutoria tácita, y 1609 del Código Civil, excepción de contrato no cumplido, como posibles fundamentos y *ii)* el artículo 1602, fuerza obligatoria de los contratos y 1625, formas de extinción de las obligaciones, *ibidem*, como posible sustento normativo.

Introducción

El CEDA continuará el estudio de la *terminación unilateral por incumplimiento*, como cláusula del contrato estatal, a partir del texto del profesor Juan David Montoya Penagos. En esta oportunidad se analizarán los fundamentos generales de la terminación unilateral por incumplimiento, en los términos del segundo capítulo: «Fundamentos de la terminación unilateral por incumplimiento en la contratación estatal». Para esto se continuará con la metodología propuesta en la sesión anterior, la cual parte de un texto base, identificando las principales ideas y argumentos del autor, para «conversar» con ellas, es decir, comentarlas y discutir las, con la intención de desarrollar algunas consideraciones propias.

Para introducir los análisis de este capítulo, Montoya Penagos identifica que el derecho público se rige por el principio de competencia, según el cual solamente

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 de Derecho Público* adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Cristian Andrés Díaz Díez, 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 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: «MONTROYA 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–*.

podrá hacerse lo expresamente permitido –forma de vinculación de las autoridades–, mientras que el derecho privado lo hace por el de capacidad, el cual permite que se haga lo no prohibido –forma de vinculación de los particulares–. A continuación, explica que no siempre el sometimiento negativo al principio de legalidad está proscrito para la Administración –aunque sea propio de los particulares–, sino que la *competencia* es estricta en los temas que afectan derechos individuales. Así que, en su criterio, existen actividades prestacionales que ameritan regímenes legales más flexibles, pues un régimen tan estricto paralizaría la Administración³.

El autor señala que la distinción entre los regímenes jurídicos se difumina, tanto que las entidades asumen actividades propias de los privados, lo cual supone cambios normativos. Para sostener la idea, asegura que la regla general en la contratación del Estado es la aplicación del derecho privado, lo que explica a partir de la remisión que hace la Ley 80 de 1993 a las disposiciones civiles y comerciales, en lo no regulado expresamente en ella, y sobre todo, en las entidades excluidas de su ámbito de aplicación –regidas por normas civiles y comerciales–, únicamente sujetas a principios de la función administrativa, fiscal y a las inhabilidades e incompatibilidades, difuminándose aún más el principio de legalidad.

Finaliza la introducción asegurando que no basta con señalar que es posible terminar unilateralmente, por lo cual es necesario analizar los fundamentos normativos, divididos en generales y específicos. Respecto a estos, resalta la importancia de identificar si existe fundamento para incluirla como una cláusula accidental, y específicamente, precisa que es aun más importante en el derecho público, porque se cree que está prohibida a falta de una norma expresa que la permita. Concretamente, en el estudio de los fundamentos «generales», identificando los argumentos que se desarrollan en el acápite, que buscan fundamentar la cláusula en disposiciones del Código Civil.

1. Condición resolutoria tácita y excepción de contrato no cumplido

El autor identifica que en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio están los fundamentos principales de terminación de las obligaciones en razón del incumplimiento. Señala que el ejercicio de esta es la regla general en el derecho privado; no obstante, un sector de la doctrina sostiene que allí se encuentra el fundamento general para la terminación unilateral por incumplimiento. De esa forma, partiendo de las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales del derecho español –que identifica similar al ordenamiento

³ MONTOYA PENAGOS, Juan David. Terminación unilateral por incumplimiento. Capítulo II. Texto inédito, p. 1.

colombiano–, explica que esta no solo tiene aplicación judicial exclusiva, máxime cuando el artículo *ibidem* no lo establece expresamente⁴.

Montoya recurre a Sanabria Gómez para señalar que, partiendo de la literalidad de la norma, no se evidencia una orden de solicitarle al juez una decisión en ese sentido⁵. Sin embargo, el autor añade que la interpretación es controversial porque confunde a la *condición resolutoria tácita* –que requiere pronunciamiento judicial– con la condición ordinaria –opera de pleno derecho–. Advierte que la identificación de si el incumplimiento pudiera configurarse como una ordinaria se analizará en otro apartado, pero que lo relevante es que la tácita se creó como un mecanismo anterior a la resciliación, por lo cual la cláusula de terminación unilateral debería fundamentarse en una norma diferente, en virtud del principio lógico de no contradicción⁶.

La conclusión la fundamenta en dos argumentos: histórico y gramatical. Concretamente, explica que la *primera* evidencia que la cláusula tiene raíces en el artículo 1184 del Código de Napoleón⁷, y la *segunda* parte de los verbos «pedir» o «solicitar», lo cual excluye la unilateralidad. Respecto a esta, que el Código Civil establezca que las palabras –en la ley– se entenderán en sentido natural y obvio, al no tener definición técnica, no podrá dárseles otra interpretación. Agregó que la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado entienden que la *condición resolutoria tácita*, en los contratos estatales, requiere pronunciamiento judicial

⁴ MONTROYA PENAGOS, Juan David. Op., cit. p. 5. La disposición del derecho español establece: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

»El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

»El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

»Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria».

⁵ Ibid. p. 5.

⁶ Ibid. p. 6.

⁷ La disposición establece: «La condición que disuelve el contrato se sobreentiende siempre en los contratos sinalagmáticos para el caso que una de las partes no cumpla su obligación.

»En tal caso, el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte respecto de la cual el compromiso no fue ejecutado, tiene la elección o de obligar a la otra parte a la ejecución del contrato cuando ello fuera posible, o demandar la resolución con los daños y perjuicios.

»La disolución debe ser demandada judicialmente, y es posible conceder al demandado un plazo según las circunstancias».

previo, desestimando así los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio⁸.

En este aspecto se está completamente de acuerdo con el autor. La condición resolutoria supone el ejercicio del derecho de acción, y así lo entiende en su mayoría la doctrina del derecho privado. En esa línea, Hinestrosa explica que el «*Code civil*» establece la condición resolutoria tácita, y señala que en esa regulación no procede de pleno derecho, sino que tiene carácter judicial, e identifica que la exigencia estaría implícita en la normativa colombiana –artículo 1546 del Código Civil–. De allí concluye que: «El hecho es que de ahí surgió el dogma de la judicialidad ineludible de la resolución y, de contera, el rechazo de la posibilidad de resolución por la sola denuncia unilateral del contratante fiel»⁹.

Valencia Zea explica que, en realidad, la disposición establece «[...] un derecho de resolución judicial del contrato y no una condición resolutoria tácita [...]»¹⁰. En igual sentido se pronuncia Velásquez, quien resalta la naturaleza judicial de la disposición, y explica que, más que una condición, debió establecerse como «acción», porque es lo que en realidad se señala en el artículo 1546 *ibidem*¹¹. Conforme a esto, la *condición resolutoria tácita* comporta un derecho de acción, pero no faculta a que una parte obligue a la otra, unilateralmente, a cumplir o terminar el contrato.

Superado este fundamento, Montoya Penagos explora otra disposición, concretamente, una estrechamente ligada a la *condición resolutoria tácita*: la excepción de contrato no cumplido, porque es un mecanismo que le permite al deudor suspender el contrato mientras el acreedor no cumpla, siendo la acción y la excepción dos caras de la misma moneda. Agrega que la excepción no solo tiene efectos en el proceso judicial, sino que también puede ejercerse en otros escenarios, pues mientras el contrato esté suspendido, la parte podrá esperar el cumplimiento o legitimarse para interponer la acción resolutoria¹².

⁸ MONTOYA PENAGOS. Op. cit., p. 7.

⁹ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones. El negocio jurídico. Vol. II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 865.

¹⁰ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil: De las Obligaciones. Tomo III. Bogotá: Temis, 1983, p. 123.

¹¹ VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío. Estudio sobre obligaciones. Bogotá: Editorial Temis, 2013, p. 204. La misma posición defiende el Consejo de Estado en algunas providencias, concretamente, señaló que la condición resolutoria tácita no opera de plano, sino que es obligatorio acudir al juez para que declare la resolución, tal como consideró la doctrina respecto del artículo 1546 del Código Civil, el cual no establece una condición resolutoria tácita, sino el derecho de resolución judicial del contrato (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 25 de febrero de 2009. Exp. 15.797. C.P. Myriam Guerrero de Escobar).

¹² MONTOYA PENAGOS. Op. cit., pp. 7 a 8.

A continuación, explica que la jurisprudencia del Consejo de Estado entiende que la excepción se fundamenta en el artículo 1609 del Código Civil, lo que supone que para ejercer la condición resolutoria el demandante cumpliera y el demandado esté en mora. Señala que, aunque la norma parece referirse a la compensación moratoria por incumplimiento recíproco, la jurisprudencia y la doctrina la derivaron de los principios de equidad y buena fe de la ejecución de las obligaciones correlativas, a lo que el autor no identifica ninguna objeción. Para precisar aún más su aplicación, destaca que es diferente para la contratación privada y pública, porque en las primeras cualquier incumplimiento legitima a la parte para ejercerla, en la segunda se requiere un incumplimiento grave de la entidad contratante¹³.

Partiendo de esas consideraciones, Montoya cuestiona si más allá del mutuo disentimiento tácito –incumplimiento mutuo– es posible terminar unilateralmente el contrato por incumplimiento con base en la descrita *excepción*. Asegura que en principio la respuesta sería negativa, porque esta propende por mantener el negocio jurídico; no obstante, doctrinalmente también se comprende como una excepción de responsabilidad –de antijuridicidad en derecho penal–. Sin embargo, entiende que esta es una perspectiva defensiva del incumplimiento, y no agresiva, como la terminación unilateral, donde el acreedor valora la situación como un incumplimiento que terminará el contrato.

Expone que considerarla como un medio de defensa es coherente con el hecho de que existen más causales de exoneración de responsabilidad civil que la fuerza mayor, el hecho de un tercero y la culpa exclusiva de la víctima, sino que se extiende a aquella justificación. Por esta razón, la legítima defensa es un principio del derecho, fundamentado en un mecanismo de autotutela que permite la terminación unilateral, aunque no exista una permisión expresa; no obstante, la parte que la ejerce deberá identificar qué situaciones constituyen incumplimientos suficientemente¹⁴.

Agrega que, según Chinchilla Imbett, la competencia se ejerce en instancia extrajudicial, cuando se entiende resuelto el contrato por el incumplimiento grave, y judicial, cuando quien se puso al día reclama el cumplimiento de quien considera resuelto el contrato, lo que supondría el ejercicio de una acción. Considera que eso sería irrazonable de no haber casos donde se permite la terminación por propia voluntad, por imposibilidad de cumplir. Identifica que la regla general supone que los contratos no se terminan mientras estén suspendidos, en tanto el incumplido puede ejecutar las prestaciones pendientes. De forma que esto solo se cumple

¹³ Ibid. p.9.

¹⁴ Ibid. p. 10.

cuando el incumplido acude a la jurisdicción, y al contestar la demanda interponen la «excepción sustancial de incumplimiento»¹⁵.

En seguida destaca que, por lo menos, hay dos casos donde el incumplimiento se convierte en insuperable: *i)* ante la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito que impide su ejecución y *ii)* cuando vence un plazo tácito¹⁶. Finaliza concluyendo que ninguna de esas posibilidades convierte a la *excepción de contrato no cumplido* en el fundamento para la terminación unilateral, pues las partes siguen actuando sin resolver el contrato, máxime cuando el contrato ya se resolvió¹⁷.

En línea de lo explicado por el autor, se destaca que la *exception non adimpleti contractus* se fundamentada en principios como la equidad, la buena fe y la correlatividad de prestaciones en los contratos sinalagmáticos¹⁸. Está formulada en el ordenamiento jurídico colombiano como una regla que indica que ninguna de las partes, en un contrato bilateral, se constituirá en mora al incumplir su obligación si la otra no cumple la suya o no se allana a cumplirla en la forma y tiempo debido. La teoría general de las obligaciones supone que la excepción tiene los siguientes elementos: el *primero* implica que exista reciprocidad en las obligaciones de las partes; el *segundo*, que las obligaciones sean exigibles, pero que la parte no la cumpla ni se allane a cumplirla; el *tercero*, que la parte no esté en mora, y el *cuarto* que el incumplimiento sea grave.

También es preciso tener en cuenta que en los contratos estatales se discute la posibilidad de aplicar la excepción –originaria del derecho civil–. Por ejemplo, Escobar Gil referencia a Jean Rivero, quien no admite la posibilidad, argumentando que la prevalencia del interés público y la premisa de continuidad del servicio son los principios que orientan la ejecución del contrato, por lo que, las necesidades de la sociedad se amenazarían al permitírsele al contratista justificar la abstención del cumplimiento en el incumplimiento de la Administración¹⁹.

Escobar Gil señala que André de Laubadère sí admite la aplicación, pero con una gran limitación –que la diferencia de los privados–, admitiéndola cuando el

¹⁵ Ibid. p. 13.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid. p. 13.

¹⁸ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Bogotá: Legis, 2003, pp. 282-283. OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá: Editorial Temis, 2000, pp. 588-589.

¹⁹ ESCOBAR GIL. Op. cit., p. 283. El autor cita Rivero, quien explica que: «1° Si es la administración la que está en falta, se descarta el derecho común que permite al contratante ampararse detrás de la *exception 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, solo 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».

incumplimiento imposibilite el cumplimiento del contratista. Además, explica que para Dromi y Escola se admite cuando la actuación de la entidad imposibilita que el contratista ejecute el contrato; mientras que Marienhoff considera que esto se asimila a la fuerza mayor, pues si Administración no paga —incumplimiento más frecuente—, al no aceptarse la excepción, se le sometería a financiar obras públicas²⁰.

Expresa el autor que en Colombia se admite la aplicación de la excepción de contrato no cumplido, sin embargo, no de manera general y absoluta, pues se concilia la prevalencia del interés público —la continuidad del servicio público— y el interés jurídico del particular, supeditando la aplicación de la excepción en los casos en que el incumplimiento *imposibilite al contratista de cumplir sus obligaciones*²¹.

Conforme a esta lógica, se está de acuerdo con Montoya Penagos en que la excepción no es un fundamento válido para la cláusula, porque no le otorga la facultad a las partes de terminar el contrato por su propia voluntad. Este es un medio de defensa procesal, concretamente, una excepción de mérito que ataca la existencia del derecho sustancial, lo cual significa que, en el caso especial del 1609, al demandante no le asiste derecho a reclamar porque no cumplió la obligación a su cargo.

2. Fuerza obligatoria del contrato y formas de extinción de las obligaciones

Montoya Penagos continúa buscando un fundamento para la cláusula de terminación unilateral, a partir de las disposiciones civiles que definen la obligatoriedad del contrato y sus causales de extinción de las obligaciones. Para empezar, el autor explica que la inclusión de la cláusula estudiada se fundamenta en la *fuerza obligatoria del contrato*. Conforme al artículo 1602 del Código Civil, se tiene que el contrato se termina —y se extinguen sus obligaciones— cuando media el mutuo disenso —expreso o tácito—²², o por causas legales como la declaración de nulidad, resolución por incumplimiento, excesiva onerosidad sobreviniente,

²⁰ Ibid., pp. 283-284.

²¹ En ese sentido, el Consejo de Estado señala que: «[...] El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una RAZONABLE IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado. No basta, pues, que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por sí y ante sí deje de cumplir con sus deberes jurídicos» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 31 de enero de 1991. Exp. 4.739. C.P. Julio Cesar Uribe Acosta).

²² MONTOYA PENAGOS. Op. cit., p. 13.

imprevisión contractual, declaración de simulación, revocatoria pauliana, entre otros²³.

En seguida, el autor señala que una parte de la doctrina privada considera que las obligaciones terminan como empiezan, por lo que si empiezan por mutuo consentimiento, la terminación unilateral solo procedería en situaciones expresamente permitidas por la ley. Por esto, podría pensarse que el pacto de la cláusula está prohibido²⁴. Sin embargo, señala que la Corte Suprema de Justicia admite que, en virtud de la autonomía de la voluntad, puede asignarse la facultad de terminar el contrato, pudiendo fundamentarse en el incumplimiento²⁵. Aun así, considera que la fuerza obligatoria de los contratos no permite directamente la terminación unilateral.

En esa medida, el autor identifica al artículo 1502 del Código Civil como fundamento indirecto de esta. Según esto, si el contrato no dispone expresamente la potestad, entonces opera lo dispuesto en el artículo 1546 *ibidem* –cláusula de la naturaleza–, requiriéndose que esta se pacte. Apoyándose en las explicaciones de Mazeaud, explica que además del mutuo disenso es posible incluir el «*mutuo disenso anticipado*». Por otra parte, López Santamaría señala que es posible pactar la resciliación anticipadamente, pero que a diferencia del mutuo disentimiento expreso no se convierte en una convención²⁶.

El autor muestra que la posición mayoritaria del Consejo de Estado concluye que las cláusulas de terminación unilateral por incumplimiento están prohibidas, aunque destaca que en una providencia aislada se avala la inclusión de una condición que resuelve el negocio²⁷. Explica que la posición mayoritaria se fundamenta en la imposibilidad de alterar el régimen de competencia de la Ley 80 de 1993, especialmente de las exorbitantes, y en que no existe norma expresa que permita esa forma de terminación –destaca que la idea es discutible por lo analizado en la parte introductoria–. Asegura que un sector de la doctrina está de acuerdo con esa idea, porque además de la segunda razón señalada, define que esas cláusulas están viciadas de invalidez al desconocer el carácter judicial de la resolución por incumplimiento, al ser cláusulas abusivas, meramente potestativas y moralmente imposible²⁸.

Aunque en este apartado encuentra un fundamento para la cláusula de terminación unilateral, también indaga sobre lo establecido en el artículo 1625 del Código Civil –formas de extinción de las obligaciones–. Explica que lo regulado en

²³ Ibid.

²⁴ Ibid. p. 14

²⁵ Ibid. p. 15

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid. p.16.

²⁸ Ibid. p. 17.

la disposición: *i)* también admite la terminación por mutuo disenso –en línea con el artículo 1602 *ibidem*– y *ii)* los modos de extinción de las obligaciones tienen carácter enunciativo y no taxativo. Resalta especialmente que la disposición permite que se termine el contrato por el cumplimiento de una condición resolutoria: permitiendo la revocación unilateral, por disposición legal o pacto de las partes.

Conforme a esto, razona que partiendo de que la *revocación unilateral* es una condición meramente potestativa, si se permite la extinción dependiente de la voluntad de una parte, no es congruente considerar que la terminación unilateral por incumplimiento está prohibida. Finalmente concluye que, así entendida, esa disposición puede considerarse fundamento de las obligaciones por voluntad del acreedor, ante el incumplimiento, conforme se haya pactado²⁹.

Como explica el autor, los artículos 1602 y 1625 del Código Civil consagran la vinculatoriedad de las convenciones y las formas de extinción de las obligaciones³⁰. Si bien estos artículos tienen en la teoría general de las obligaciones roles distintos, en ambos se aprecia la capacidad de las partes para que, mediante su voluntad, celebren y terminen el contrato. En el *primero*, según señala la doctrina, en la disposición se regula la *autonomía de la voluntad privada* como la fuente de los negocios³¹.

²⁹ Ibid. p. 18.

³⁰ El artículo 1602 señala que: «Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Por su parte, el artículo 1625 establece que: «Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.

»Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

- »1o.) Por la solución o pago efectivo.
- »2o.) Por la novación.
- »3o.) Por la transacción.
- »4o.) Por la remisión.
- »5o.) Por la compensación.
- »6o.) Por la confusión.
- »7o.) Por la pérdida de la cosa que se debe.
- »8o.) Por la declaración de nulidad o por la rescisión.
- »9o.) Por el evento de la condición resolutoria.
- »10.) Por la prescripción.

»De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este libro; de la condición resolutoria se ha tratado en el título De las obligaciones condicionales».

³¹ OSPINA FERNANDEZ señala que: «En primer lugar, el Código reconoce que la iniciativa y el esfuerzo de los privados mientras obren con el debido respeto al derecho ajeno y al interés general, representan decisiva contribución al progreso y al bienestar de la sociedad. Por ello pone especial cuidado en garantizar la mayor libertad posible en las transacciones entre particulares y, en general, en todos sus actos jurídicos de contenido económico, cuyo vigor normativo está ampliamente consagrado en el artículo 1602 [...]. Los

Por otra parte, el artículo 1625 establece las formas de extinguir las obligaciones, y como lo señaló Montoya Penagos, allí se aclara que no son taxativas, y que la fuente del contrato, la *autonomía de la voluntad*, podrá determinar otras. Aunque esto sea así, y las partes tengan la capacidad de terminar por mutuo disenso, e incluir condiciones resolutorias, allí no se evidencia un fundamento expreso para terminarlo unilateralmente, siempre que se entienda diferente a estas.

En principio, como asegura Montoya, las disposiciones son el fundamento jurídico de la cláusula de terminación unilateral, concretamente, la *autonomía de la voluntad*, que permite que las partes determinen, respetando el orden público y el interés general, cómo inicia y cómo terminan sus negocios³². Sin embargo, se aclara que esto aplica completa e irrestrictamente en materia privada, pero no es suficiente para los contratos de la Administración, pues se rigen por disposiciones y principios especiales.

Si bien la doctrina especializada del derecho público no se pronuncia profundamente al respecto, José Luis Benavides lo hace superficialmente. Al analizar las prerrogativas del contrato estatal, explica el cambio de jurisprudencia sobre la caducidad, el cual extiende la potestad hasta el momento de liquidación del contrato, señalando que las facultades de la Ley 80, como prerrogativas –necesarias para ejecutar debidamente el contrato–, son reemplazadas por una autotutela general de los intereses económicos³³. Con base en esto, sostiene que, con fundamento en la autonomía privada, se permite incluir las cláusulas de terminación unilateral, siempre y cuando se encuentren estipuladas desde el inicio del contrato³⁴.

particulares, libre y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos». (Op. cit., pp. 13-14).

³² En derecho civil es posible identificar posiciones doctrinales a favor de esta posición. Concretamente, Hineirosa explica que si bien se privilegia la estabilidad del contrato, esas consideraciones están cambiando por la complejidad actual de las relaciones negociales, e identifica que podría concluirse la necesidad de respetar el pacto de las partes de terminar el contrato ante un incumplimiento (HINESTROSA, Op. cit., p. 947 a 949).

³³ BENAVIDES, José Luis. *El Contrato Estatal: Entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 419 - 420. Concretamente, el autor afirma: «[...] Por consiguiente, la prerrogativa de aplicar la cláusula de caducidad existe no sólo durante el plazo de ejecución de las obligaciones contractuales, como lo afirma la jurisprudencia referida, sino también hasta el momento de la liquidación del contrato. Teniendo en cuenta que tan sólo en la elaboración de la liquidación se puede hacer el balance definitivo del cumplimiento de las obligaciones recíprocas, la entidad estatal debe conservar la posibilidad de declarar la caducidad hasta la liquidación conjunta o unilateral que pone fin a la relación contractual. Bajo la Ley 80, concluye el Consejo de Estado, la antigua diferencia entre la caducidad y la declaración unilateral de incumplimiento ha desaparecido».

³⁴ Ibid. p. 420.

Sin embargo, Benavides, como Montoya –por lo menos en el capítulo estudiado–, no analizan la aplicación pura y simple de las normas privadas a la contratación estatal, incluso a aquella de régimen exceptuado. Aunque se comparte que aplican las normas civiles y comerciales a los contratos del Estado, sea por la remisión establecida en la Ley 80 de 1993 o y por la exclusión definida en normas especiales, se considera su aplicación no debería tener la misma lógica adoptada para los particulares.

El artículo 6 de la Constitución establece que: «Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones». En la norma se establece el *principio de competencia* de la Administración, el cual supone que se le atribuyan facultades que fundamenten su actuación. Estos principios obligan a las entidades y a sus funcionarios a encontrar normas que las habiliten para el ejercicio de sus actuaciones, en todos los aspectos de sus actividades.

La disposición constitucional no establece excepciones para la regla que incorporó. En esa medida, independiente del régimen jurídico que defina el legislador para adelantar cualquiera de sus actuaciones, incluida la contractual, aplicará este principio, porque su obligatoriedad deviene de la Constitución. Por esto se considera que, contrario a lo que parece afirmar el autor, el Estado nunca actuará como un particular más, pues aunque aplique las normas civiles y comerciales, sigue rigiéndose por el marco que la constitución le definió, entre el que se encuentra el artículo 6 *ibidem*.

Sin embargo, esto no desconoce la remisión o excepción del legislador, y la aplicación de las normas privadas, sino que obliga a entender de qué forma lo hará, es decir, cómo se configuran las competencias. Para el caso concreto, se entiende que para ejercer potestades –como declarar unilateralmente el incumplimiento y la consecuente terminación del contrato– se requiere habilitación. La pregunta es si las normas identificadas como fundamentos en el derecho civil constituyen la atribución de competencia, así sea amplia, para pactar la cláusula y, sobre todo, para ejercer la facultad allí conferida.

El concepto de *potestad* es ampliamente definido y caracterizado por la doctrina administrativista. García de Enterría y Fernández explican que el principio de legalidad se expresa en un mecanismo preciso, consistente en la atribución de potestades a la Administración. Estas facultan su actuación, definiendo sus límites, habilitándola y confiriéndole poderes jurídicos³⁵. Los autores explican que estas siempre se originan en normas de carácter legal y no en actos negociales;

³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. Tomo I. 20° Ed. Madrid: Editorial Civitas, 2022. p. 623.

además señalan: «La potestad es siempre una derivación de un status legal, por lo cual resulta inexcusable una norma previa que, además de configurarla, la atribuya en concreto»³⁶.

En esa medida, se considera que la potestad que requiere la Administración deberá expresarse con cierto grado de especificidad, es decir, no es suficiente con la existencia de una norma que le permita a los particulares actuar a su conveniencia, sino que supone una habilitación concreta. Esto es aun más importante en este caso, porque la valoración y declaración del incumplimiento, y la consecuente terminación del contrato, supone el ejercicio de la autotutela administrativa y una evidente potestad. Por eso, difiriendo de Montoya Penagos, se considera que los artículos 1602 y 1625 del Código Civil no son fundamento suficiente para pactar la cláusula en los contratos estatales –sometidos o exceptuados–.

Bibliografía

Doctrina

BENAVIDES, José Luis. El Contrato Estatal: Entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. 505 p.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Bogotá: Legis, 2003. 635 p.

HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones. El negocio jurídico. Vol. II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. 1199 p.

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

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá: Editorial Temis, 2000. 514 p.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío. Estudio sobre obligaciones. Bogotá: Editorial Temis, 2013, 1406 p.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil: De las Obligaciones. Tomo III. Bogotá: Temis, 1983. 579 p.

³⁶ Ibid. p. 626.

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 31 de enero de 1991. Exp. 4739. C.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 25 de febrero de 2009. Exp. 15.797. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

