

FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARTICULARES DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO¹

Laura Johana Santos Vargas²

RESUMEN. En el contexto de la terminación unilateral por incumplimiento se estudian los posibles fundamentos legales de la inclusión de esta cláusula en los contratos estatales. El estudio fundamenta en parte del análisis del segundo capítulo del texto «Terminación Unilateral por Incumplimiento», escrito por Juan David Montoya Penagos. Este se ocupa de los fundamentos generales y específicos de los que se deriva esa posibilidad de terminación unilateral, de manera que este escrito aborda estos últimos, estudiando el contrato de compraventa, arrendamiento, obra, suministro y seguro. Así mismo, el autor dirige el análisis a determinar si se trata de supuestos que realmente configuran posibilidades de terminación unilateral por incumplimiento o si se trata de normas que reproducen lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil –condición resolutoria tacita–.

Introducción

El Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– continúa con el estudio de la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento en la contratación estatal. El análisis se desarrolla alrededor del texto inédito escrito por el investigador principal, complementándolo y discutiéndolo frente a los aspectos que se consideran pertinentes. El segundo capítulo del texto de Montoya Penagos se ocupa de los fundamentos de la terminación unilateral por incumplimiento en la

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 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 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 II, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* –CEDA–.

contratación estatal, y el primer apartado de este capítulo analiza los posibles fundamentos normativos categorizándolos en generales y específicos.

En los *fundamentos generales* el análisis se efectúa frente a los artículos 1546 –condición resolutoria tácita–, 1609 –excepción de contrato no cumplido–, 1602 –fuerza obligatoria del contrato– y 1625 –formas de extinción de las obligaciones– del Código Civil. En cuanto a los *fundamentos específicos*, se tienen en cuenta los artículos 1882 del Código de Comercio –compraventa–, 1983 y 1984 del Código Civil –arrendamiento–, 2056 del mismo Código –obra–, 973 del Código de Comercio –suministro– y 1068 de la norma *ibidem* –seguro–. Este escrito se ocupa concretamente de los fundamentos específicos de la terminación unilateral por incumplimiento en la contratación estatal, y lo hace a partir de las ideas y posturas que plasma el investigador principal.

1. Fundamentos específicos de la terminación unilateral por incumplimiento

El segundo capítulo inicia recordando la distinción entre derecho público y derecho privado como dos regímenes normativos diferentes. El primero regido por el principio de la competencia –posibilidad de solo hacer lo expresamente permitido– e impera la subordinación; mientras que el segundo se rige por el principio de capacidad –posibilidad de hacer todo lo que no esté expresamente prohibido–, donde imperan las relaciones de coordinación. Para Montoya lo anterior se traduce en dos formas de sometimiento a las normas jurídicas: sometimiento positivo al principio de legalidad, para las autoridades públicas; y sometimiento negativo al mismo principio, para los particulares³.

En esa línea, para el autor en principio no existen actividades administrativas que se vinculen negativamente con el principio de legalidad, pues este es estricto en temas que afecten derechos individuales o, en términos de Montoya, «actividades de abstención». Sin embargo, esa interpretación estricta se flexibiliza frente a algunas actividades prestacionales de la Administración pública, como es el caso de la actividad contractual del Estado, pues una legalidad tan rígida puede paralizar parte de sus actuaciones. En ese orden de ideas, la distinción inicial entre la esfera pública y la privada se vuelve más difusa. Además, el hecho de que la Administración asuma tareas de particulares puros genera cambios en el régimen jurídico de las entidades, aún más teniendo en cuenta que para esos casos la regla general es la aplicación del derecho privado. Esta última afirmación se fundamenta en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993:

³ MONTOYA PENAGOS, Juan David. Terminación unilateral por incumplimiento. Capítulo I. Texto inédito, p. 2.

«Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley».

Esto significa que los contratos que celebren las entidades públicas se rigen por las disposiciones civiles y comerciales pertinentes, excepto en las materias o asuntos que estén particularmente regulados en la Ley 80 de 1993. Así que, según el autor, las posibilidades de terminación unilateral provenientes del EGCAP son de interpretación estricta, esto en tanto su fundamento se encuentra en la vinculación positiva al principio de legalidad, pero en los demás asuntos no regulados por la Ley *ibídem* la Administración actúa como un particular.

La contratación de las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública es un claro ejemplo de un régimen en el cual la distinción «[...] entre competencia y capacidad se difumina para efectos del sometimiento al principio de legalidad»⁴. Bajo esa premisa se introduce el segundo apartado del capítulo, que se ocupa de los fundamentos específicos de la terminación unilateral por incumplimiento. Inicia con la idea según la cual la terminación unilateral es una cláusula que así provenga de la ley o del contrato «[...] produce la extinción anormal de las obligaciones por el incumplimiento de una de las partes, excepcionando el carácter judicial de la acción resolutoria tácita»⁵. Con base en el fundamento de la cláusula, esto es, si proviene de la ley o del contrato, se define su naturaleza jurídica; así que la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento es un elemento de la naturaleza siempre que su origen sea la ley, mientras que si proviene del contrato se trata de un elemento accidental del mismo.

A pesar de lo anterior, un punto determinante que plantea Montoya es que se trata de una cláusula que, como elemento accidental en los contratos de régimen exceptuado, plantea un choque entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad. El choque se debe a que este tipo de contratos, que se rigen preponderantemente por el derecho privado, no les aplican las prerrogativas de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993⁶.

⁴ MONTROYA. Op. Cit., p. 1.

⁵ *Ibíd.*, p. 19.

⁶ «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

Además de que este artículo permite ciertas actuaciones como la terminación unilateral del contrato por parte de la entidad, Montoya aclara que en Colombia no hay una habilitación expresa para lo que algunos privatistas denominan «mutuo desistimiento anticipado», como la posibilidad de pactar anticipadamente la terminación del contrato cuando se configure algún supuesto de incumplimiento del mismo. En principio, esa ausencia de habilitación expresa implicaría, frente a la aplicación del derecho privado, la posibilidad de incluir tal cláusula, mientras que para aplicar el derecho público esa ausencia de habilitación implica la prohibición de incluirla. En ese orden de ideas, el problema que plantea Montoya, con fundamento en lo anterior, consiste en:

«[...] analizar si los contratos exceptuados del Estatuto General de Contratación toman en bloque al derecho civil y comercial bajo el principio de capacidad o si, por el contrario, sólo es posible la remisión a las actuaciones expresamente autorizadas por el derecho privado bajo el principio de competencia. En otras palabras, la cuestión consiste en determinar si el derecho público retoma integralmente el régimen jurídico de los particulares o si existen derogaciones puntuales»⁷.

El autor resalta la necesidad de analizar si en los contratos sometidos a la Ley 80 de 1993, donde existe regulación mixta, la remisión al derecho civil y comercial es total o parcial. Para abordar estas problemáticas el autor parte de: *i*) el artículo 13 de la Ley *ibidem*, según el cual, los contratos que celebren las entidades estatales se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en el EGCAP; *ii*) el hecho de que

convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

»[...]

»2o. Pactaran las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, los contratos relacionados con el programa de alimentación escolar o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

»Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

»En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

»Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales».

⁷ MONTOYA. Op. Cit., p. 19.

los artículos 14 –prerrogativas de las entidades sometidas al EGCAP– y 18 –caducidad y sus efectos– de este Estatuto pretendieran regular exhaustivamente la extinción del contrato por inejecución de obligaciones y *iii*) el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según el cual, las estipulaciones de los contratos son las que correspondan a su esencia y naturaleza, conforme a las normas civiles, comerciales y las previstas en esa misma Ley⁸.

De las dos primeras, esto es, la remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 a las disposiciones civiles y comerciales únicamente para lo no regulado en esta Ley, y la regulación exhaustiva de la Ley 80 frente a la extinción del contrato por la inejecución de las obligaciones, una conclusión posible es que existe una *derogación total* de las normas de terminación unilateral por incumplimiento del derecho civil y comercial, según la cual «[...] sólo sería posible la terminación en los casos en que sea posible el decreto de la caducidad, facultad exclusiva de la entidad contratante en la que se plasma la subordinación del contratista a la Administración Pública»⁹.

No obstante, Montoya resalta que también es posible encontrar *remisiones totales* a las normas civiles. Es el caso del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, donde la remisión a la regulación de la terminación unilateral por incumplimiento del derecho civil y comercial es total, lo que en palabras del autor implica que «[...] dichos elementos de la naturaleza estarían al mismo nivel de las potestades exorbitantes como la caducidad [...]»¹⁰, así que en casos donde se habilite expresamente el contratista podría extinguir sus obligaciones incluso en contra de la entidad.

A pesar de estas dos posibles interpretaciones que derivan en conclusiones contrarias, Montoya propone una *tesis intermedia*, que permitiría articular el derecho público con el derecho privado. Se trataría de una *derogación parcial* de

⁸ «Artículo 40. del contenido del contrato estatal. 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.

»Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

»En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

»En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

»[...]».

⁹ MONTOYA., Op. Cit., p. 20.

¹⁰ Ibid.

las causales de terminación unilateral del derecho civil, con el fin de que estas únicamente se incluyan como elementos de la naturaleza en los contratos en que no exista una regulación especial por parte del EGCAP, por no resultar aplicables las cláusulas exorbitantes; de esta manera se armonizan los artículos 13 y 40 del Estatuto. Esta tesis intermedia llevaría a que en los contratos donde es obligatoria o facultativa la inclusión de la caducidad no se pueden utilizar las causales de terminación unilateral por incumplimiento previstas en el régimen jurídico de los particulares, así que estas causales de terminación solo aplicarían en las tipologías contractuales donde no es procedente el uso de potestades exorbitantes.

Con base en estos planteamientos, el autor continúa con el estudio de la terminación unilateral por incumplimiento como elemento de la naturaleza en los contratos de: *i)* compraventa; *ii)* arrendamiento; *iii)* obra y *iv)* seguro.

1.1 Compraventa: artículo 1882 del Código Civil

En este tipo de contratos no es procedente la declaratoria de caducidad por incumplimiento, de conformidad con la clasificación del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. En ese orden de ideas, y conforme a lo que el autor señala hasta este punto, «[...] la terminación de la compraventa rige tanto en los contratos sometidos al Estatuto General como en los del régimen exceptuado [...]»¹¹.

El artículo 1882 del Código Civil, al regular el tiempo de entrega y el retardo, establece la posibilidad para el comprador de preservar el contrato o *desistir* de él en caso de que el vendedor, por hecho o culpa suya, retarde la entrega. En ambos casos procede la indemnización por los perjuicios causados¹². Bajo este artículo, la posibilidad de *desistir* del contrato solo se entiende otorgada al comprador cuando el vendedor incumple; mientras que la posibilidad de solicitar la resolución por

¹¹ Ibid.

¹² «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».

parte del vendedor deriva del artículo 1930 del mismo Código, frente a los casos en los que el comprador se encuentra en mora¹³.

De estos artículos se deriva la posibilidad de terminar unilateralmente el contrato por parte del comprador o vendedor frente al incumplimiento de la entrega del bien o del pago del precio. Sin embargo, Montoya señala que lo complejo se encuentra en determinar si estas normas se ocupan de casos de terminación unilateral por incumplimiento o si se trata de una reiteración de la condición resolutoria tácita.

Al respecto se cita a la Corte Suprema de Justicia. Según esta las acciones del 1546 y 1930 del Código Civil y del artículo 870 del Código de Comercio no son excluyentes, pues el ejercicio de una de estas acciones no imposibilita que el acreedor solicite posteriormente la declaración de la otra. Montoya está de acuerdo con la postura de la Corte, ya que considera que independientemente de que se utilice la expresión «pedir» o «exigir», lo que es claro en el ordenamiento colombiano a partir de la regulación del pacto comisorio es la necesidad de un pronunciamiento judicial para que se resuelva el contrato de compraventa por el no pago del precio, y esto se traduce en que «[...] el *pacto comisorio simple* no es más que una reiteración del artículo 1546»¹⁴.

Frente al pacto comisorio calificado regulado en el artículo 1937 del Código Civil, según el cual a pesar de convenir la resolución *ipso facto* del contrato de venta como consecuencia de no pagar el precio en el tiempo convenido, el comprador puede hacer subsistir el contrato pagando el precio dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de la demanda, en ese sentido, es clara la necesidad de pronunciamiento judicial a pesar de haber pactado la resolución *ipso facto* del contrato. En ese sentido, Montoya concluye que: «[...] si no es posible la terminación unilateral por incumplimiento con fundamento en el artículo 1937, mucho menos es posible al amparo del artículo 1930; lo anterior, bajo el principio según el cual “quien no puede lo menos, no puede lo más”»¹⁵.

Aunque de estas ideas se deriva que el artículo 1882 del Código Civil consagra un mecanismo diferente a la acción resolutoria tácita, el autor también expone la postura de la doctrina según la cual el artículo *ibidem* es una reiteración del artículo 1546 del Código Civil. Para estos efectos explica la diferencia entre los verbos «resolver» y «desistir» al interior del Código, señalando que «[...] el primero implica una solicitud a la administración de justicia, [mientras que] el segundo da

¹³ «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».

¹⁴ MONTOYA., Op. Cit., p. 22.

¹⁵ Ibid.

lugar [a] una terminación unilateral por incumplimiento»¹⁶. Es una postura acogida por la Corte Suprema de Justicia, pues Montoya resalta de la Sentencia de la Sala de Casación Civil del 9 de junio de 1971, que:

«Existe notable diferencia entre la ACCIÓN RESOLUTORIA prevista por el artículo 1546 del código civil y el DESISTIMIENTO de que tratan los artículos 1882 y 1878 de la misma obra. Aquella requiere sentencia judicial en que se decrete la resolución del contrato, en tanto que el derecho de desistir de la compraventa, en caso de que el vendedor por hecho o culpa suya haya retardado la entrega de la cosa vendida, es un derecho potestativo al comprador que no requiere pronunciamiento alguno del juez. Puede comprar desistir por sí y ante sí, ante el mero hecho de haber incurrido el vendedor en mora, y pedir la indemnización que los citados artículos le reconocen»¹⁷.

No obstante, aclara que no es una interpretación uniforme debido a que también se hicieron afirmaciones en las que se toma la resolución como sinónima del desistimiento. Sin embargo, Montoya apoya la idea de Bonivento Fernández según la cual el artículo 1882 permite la terminación unilateral; el fundamento de este último autor es que la providencia citada y los antecedentes del Código Civil Chileno –según el cual el vendedor podía dar por nulo el contrato–. Por su parte, Montoya añade como fundamento la exigencia del artículo 28 del Código Civil, según la cual, en los casos en los que el legislador no delimite el significado de una expresión, las palabras de la ley se deben entender en su sentido natural y obvio según su uso general, y debido a que el legislador no delimitó el significado de la expresión «desistir», corresponde acudir a los usos reconocidos por la Real Academia Española.

En ese orden de ideas, Montoya concluye que: «[...] dado que no existe una conexión evidente entre los artículos 1546 y 1882, es necesario interpretar este último en el sentido que produzca algún efecto diferente, máxime cuando el legislador no pretende ser redundante en la creación de las leyes. Estos motivos permiten concluir que el artículo 1882 consagra un evento de terminación unilateral por incumplimiento»¹⁸. Finalmente se hacen tres precisiones: *i*) esta es una hipótesis de desistimiento diferente a la del artículo 1878 del Código Civil –desistimiento de venta de cosas fungibles–; *ii*) los desistimientos de la compraventa civil se integran al Código de Comercio por disposición del artículo 822 de este código y *iii*) la facultad del comprador de desistir ante el incumplimiento del vendedor es inderogable en los contratos de consumo, ya que en estos se entiende

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de junio de 1971. M.P. Ricardo Uribe Holguín. Publicada en la Gaceta Judicial: Tomo CXXXVIII, N° 2340 a 2345. p. 382.

¹⁸ MONTOYA. *Op. Cit.*, p. 24.

como un elemento de la naturaleza la imposibilidad de pactar en contrario, a diferencia de otros tipos de contratos civiles.

Se comparte la idea del autor según la cual el artículo 1882 no es una reproducción del artículo 1546 sino que consagra un evento de terminación unilateral por incumplimiento. En efecto, a pesar de que el artículo 1882 contempla las posibilidades de: preservar el contrato o desistir de él, incluyendo el derecho a ser indemnizado, al igual que la condición resolutoria tácita del artículo 1546, bajo el cual se puede pedir la resolución o el cumplimiento del contrato más la indemnización de perjuicios, es claro que en el primer artículo se utiliza la acepción «desistir», mientras que en el segundo se alude a la «resolución» del contrato.

Frente a ausencia de definición legal se acude al Diccionario de la Lengua Española, el cual define «desistir» como: «1. Apartarse de una empresa o intento empezado a ejecutar o proyectado, [y] 2. Abdicar o abandonar un derecho o acción procesal»¹⁹. Mientras que por «resolver» se entiende:

- «1. Solucionar un problema, una duda, una dificultad o algo que los entraña.
- »2. Decidir algo o formar la idea o el propósito firme de hacerlo.
- »3. Determinar el resultado de algo.
- »[...]
- »7. Deshacer o disolver algo. [...]»²⁰.

La diferencia entre estos dos conceptos es clara, mientras que uno implica apartarse de un proceso o derecho con habilitación legal por el incumplimiento de la otra parte –desistimiento–, lo que se traduce en terminación unilateral por incumplimiento, el otro supuesto requiere la intervención de un tercero que determine el resultado frente al contrato –resolución–.

Por otra parte, autores como Ranfer Morales aluden al artículo 1546 del Código Civil en comparación con el artículo 870 del Código de Comercio, señalando que este último corresponde al derecho de resolución por incumplimiento, y que las diferencias entre estos dos artículos son secundarias. La primera diferencia para este autor radica en que este último artículo no funda el derecho de resolución en la condición resolutoria tácita, a diferencia del artículo 1546 del Código Civil. En segundo lugar, Morales considera que en este último artículo se fundamenta en el incumplimiento, pero que el artículo 870 del Código de Comercio no, pues lo

¹⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Definición de desistir. [en línea]. Recuperado de: <https://dle.rae.es/desistir?m=form>

²⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Definición de resolver. [en línea]. Recuperado de: <https://dle.rae.es/resolver?m=form>

hace en la mora²¹. Pero surge la duda si estar incurso en mora no implica un incumplimiento, e independientemente de la respuesta a este último cuestionamiento no se comparte el planteamiento; por el contrario, se considera que el supuesto del artículo 870 del Código de Comercio también puede considerarse una reiteración de la condición resolutoria tácita de que trata el artículo 1546 del Código Civil.

1.2 Arrendamiento: artículos 1983 y 1984 del Código Civil

El autor del texto parte del hecho de que los contratos de arrendamiento no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de las prerrogativas a que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, razón por la cual, tanto entidades sometidas como exceptuadas del EGCAP pueden integrar normas del derecho civil y comercial, como es el caso de los artículos 1983 y 1984 del Código Civil. Estos artículos regulan el desistimiento del contrato por incumplimiento en la entrega –artículo 1983– y la misma posibilidad de desistir, pero cuando el arrendador es constituido en mora frente a la entrega. En ambos casos se trata de un *desistimiento* del contrato y la posibilidad de indemnización de perjuicios.

Debido a que se utiliza el verbo «desistir» se retoma la discusión en cuanto a la diferencia entre este y la posibilidad de «resolver» el contrato; entendiendo que se trata de situaciones diferentes. En razón a los argumentos mencionados, la conclusión de Montoya es que se trata de «[...] formas de terminación unilateral que le permiten al arrendatario extinguir sus obligaciones por el incumplimiento del arrendador»²². No obstante, se debe tener en cuenta que la posibilidad se plantea frente al incumplimiento absoluto o frente al incumplimiento tardío por deterioro de la cosa o por cesación de las causas que motivan el contrato, es decir que, por tratarse de causales de interpretación estricta, en los demás casos la norma que prevalece es la referente a la acción resolutoria del artículo 1546.

Montoya precisa que algunos tratadistas consideran que a pesar de que no existe norma que permita incluir la terminación unilateral como cláusula de la naturaleza, sí es posible «[...] regular contractualmente el tema a través de cláusulas accidentales [...]»²³ cuando se trata del incumplimiento del pago de los cánones por parte del arrendatario.

1.3 Obra: artículo 2056 del Código Civil

²¹ MOLINA MORALES, Ranfer. La resolución unilateral del contrato por incumplimiento. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021. p. 86.

²² MONTOYA. Op. Cit., p. 34.

²³ Ibid.

A diferencia de los contratos anteriores, las facultades del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 sí aplican en los contratos de obra, pues la inclusión de cláusulas exorbitantes es obligatoria en este tipo de contratos. El EGCAP regula de manera completa la terminación unilateral del contrato por incumplimiento de las obligaciones y el decreto de la caducidad, por este motivo no es correcto acudir a la remisión a los elementos de la naturaleza para esta tipología contractual en los términos del artículo 40 de la Ley 80, pues prevalece la norma especial.

Sin embargo, es diferente para las entidades exceptuadas del EGCAP, a las cuales les aplica el artículo 2056 del Código Civil, que regula la «indemnización por incumplimiento». Según este artículo: *i)* es posible reclamar perjuicios siempre que alguna de las partes no ejecute lo convenido o se retarde en su ejecución. Montoya señala que esta primera parte de la disposición «recoge las reglas generales de la responsabilidad contractual, esto es, la condición resolutoria tácita de que trata el artículo 1546 del Código Civil»²⁴. *ii)* El contratante puede hacer cesar la obra reembolsando todos los costos y dándole a la persona lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra; no obstante, Montoya señala que no se trata de una forma de terminación unilateral por incumplimiento, pues «[...] no media un comportamiento culposo del contratista [...]»²⁵, sino que se trata de una causa legal de extinción del contrato, que procede por voluntad del contratante y únicamente la media una compensación económica.

Lo anterior lleva al autor a la conclusión de que los incisos 1 y 2 del artículo 2056 del Código Civil «[...] consagran hipótesis diferentes de terminación»; en el primer caso se está ante la condición resolutoria tácita y en el segundo frente a la terminación unilateral, «[...] pero desligada del incumplimiento de las obligaciones»²⁶.

Sin embargo, en el texto se resalta la idea según la cual no es posible que las entidades exceptuadas del EGCAP apliquen esta forma de terminación de los contratos –a la que se refiere el segundo inciso del artículo 2056 del Código Civil–, pues además de la exhaustiva regulación de la terminación unilateral y la caducidad en la Ley 80 de 1993, tampoco es posible aplicar la discrecionalidad frente a la extinción de las obligaciones, pues esto va en contra del principio de planeación, que junto con los demás principios de la administración pública le aplican a las entidades exceptuadas del EGCAP, y bajo estas ideas la jurisprudencia del Consejo de Estado excluyó la terminación discrecional para estas entidades. Pero bajo la postura contraria, la facultad de terminar el contrato de obra *ad nutum* se inserta como elemento de la naturaleza a partir del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, señalando que esto no va en contra de la jurisprudencia

²⁴ Ibid., p. 27.

²⁵ Ibid., p. 28.

²⁶ Ibid.

del Consejo de Estado, pues lo que esta prohíbe es insertar las cláusulas como elementos accidentales, pues se vulneraría artículo 13 de la Ley *ibidem*.

Para evitar la arbitrariedad frente a la toma de esas decisiones es importante que el contenido de la decisión sea adecuado a los fines de la norma que autorizan la decisión «[...] “y proporcional a los hechos que le sirven de causa”, exigiendo una carga de motivación que no tienen los particulares puros en relaciones jurídicas similares [...]», así mismo, la expresión de las razones evita la desviación de poder. Montoya considera que esta disposición se trata de una «[...] forma de terminación *ad nutum* [que] complementa las causales del artículo 17 de la Ley 80 para una tipología contractual específica, además de aplicarse a las entidades del régimen excepcional, con los matices anteriormente mencionados»²⁷.

1.4 Suministro: artículo 973 del Código de Comercio

Frente a este contrato se menciona que la caducidad –al igual que las demás cláusulas exorbitantes de que trata el artículo 14 de la Ley 80–, no es un elemento de la naturaleza, pero que es posible decretarla cuando se pacta como elemento accidental. Esto implica que la competencia para terminarlo unilateralmente se deriva tanto de la ley como del contrato, y se requiere pacto expreso: «[...] la cláusula se debe integrar a la fuerza vinculante del contrato a través del mutuo consentimiento de las partes»²⁸. Si bien la caducidad solo asigna la potestad de terminar el contrato a las entidades públicas, el artículo 973 de Código de Comercio, al regular los contratos de suministro permitió que frente al incumplimiento de una de las partes, la parte cumplida lo de por terminado y solicite indemnización de perjuicios.

Montoya considera que tampoco en este contrato se reproduce el artículo 1546 del Código Civil, pues se «[...] denota la posibilidad de extinguir las obligaciones sin un acuerdo mutuo e, incluso, sin que medie la autorización de un tercero ajeno a las partes»²⁹, sino que, por el contrario, el artículo 973 del Código de Comercio se fundamenta en la buena fe, pues la exigencia consiste en informar al contratante la decisión y de esta manera rompe el vínculo, sin necesidad de esperar una respuesta. En ese sentido, el artículo permite la terminación unilateral por incumplimiento. El único aspecto frente al que se requiere pronunciamiento judicial es para la indemnización de perjuicios, pero es una pretensión independiente que no se subordina a una resolución previa. Montoya señala que, en ese orden de ideas, la jurisprudencia y la doctrina han considerado que es un caso de terminación unilateral por incumplimiento.

²⁷ *Ibid.*, p. 31.

²⁸ *Ibid.*, p. 32.

²⁹ *Ibid.*, p. 32.

Si esta cláusula no se pacta, por remisión del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, se integraría como elemento de la naturaleza del contrato, ya que se entiende incorporada ante el silencio de las partes o ante ausencia de la cláusula en sentido contrario. En todo caso, el contratante podrá desistir ante el incumplimiento en la entrega³⁰.

1.5 Seguro: artículo 1068 del Código de Comercio

Este tipo de contratos tampoco hacen parte del ámbito de aplicación del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pues se encuentran dentro de las excepciones del párrafo. El EGCAP deroga las normas comunes referentes a la relación ante aseguradora y la sustituye por la declaración unilateral del siniestro como un mecanismo para el cumplimiento forzoso de las obligaciones. De acuerdo con la regulación del artículo 1068 del Código de Comercio, se establece que la mora en el pago de la prima produce la terminación automática del contrato, independientemente de la voluntad de la aseguradora y sin necesidad de pronunciamiento judicial.

Pero no se concibe que la garantía quede al arbitrio del tomador, pues lo que se justifica es proteger al beneficiario de la póliza. Como consecuencia, el autor concluye que «[...] existe una derogatoria del derecho privado en la terminación unilateral del seguro de cumplimiento a favor de las entidades públicas sometidas al Estatuto General [...]»³¹.

Bibliografía

Doctrina

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

MOLINA MORALES, Ranfer. La resolución unilateral del contrato por incumplimiento. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021. 272 p.

Cibergrafía

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Definición de desistir. [en línea]. Recuperado de: <https://dle.rae.es/desistir?m=form>

³⁰ Ibid., p. 34.

³¹ Ibid., p. 36.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Definición de resolver. [en línea]. Recuperado de:
<https://dle.rae.es/resolver?m=form>

