

TERMINACIÓN UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL¹

Matheo Restrepo Yepes²

RESUMEN. El texto analiza la terminación unilateral por incumplimiento en la contratación estatal. En primer lugar, se discurre sobre las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993, presentando la terminación unilateral como una cláusula regulada integralmente. De allí que su inclusión en los contratos de estas entidades se circunscriba a los supuestos definidos por el legislador; conclusión que se extiende al régimen de contratación con las entidades sin ánimo de lucro. Respecto a las entidades exceptuadas, se presenta el debate sobre la licitud o no de la cláusula, con fundamento en la autonomía de la voluntad. Se estudian las tesis contrapuestas en la jurisprudencia y la postura de Montoya Penagos. Con fundamento en el principio de legalidad de las actuaciones administrativas, se concluye que las entidades exceptuadas solo pueden incluir esta cláusula cuando fueron expresamente habilitadas por la ley.

Introducción

El derecho administrativo, desde sus inicios, es un conjunto de normas —principios y reglas— orientadas a dirigir al Estado. Se trata del sometimiento del *levitan* al derecho, a las normas preestablecidas por la voluntad popular en boca del legislador. Emerge como un derecho diferencial en virtud del sujeto obligado: la Administración; de allí que las normas que rigen las relaciones entre los particulares no sean suficiente y se requiera una *contención* a un agente eminentemente distinto en cuanto a sus potestades y fines esenciales. Con el Estado de derecho democrático se concibe cada exorbitancia o poder excepcional

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 13 de mayo 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 Fabián G. Marín Cortés, 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 IV, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* —CEDA—.

de la Administración pública como un medio con el único fin de satisfacer el *interés general* y prestar oportuna y eficazmente servicios públicos.

Lo anterior no significa que el derecho privado sea absolutamente inaplicable o distante a la labor de las entidades estatales; por el contrario, existen materias, como la contratación estatal, donde las normas civiles y comerciales se armonizan con el principio de legalidad y los fines del Estado. De esta relación entre las normas comunes y derogatorias emana una tensión histórica, pues se identifican problemas pragmáticos donde no es sencillo determinar cuál régimen normativo se sobrepone al otro. A continuación se estudia una temática incierta y controversial: la cláusula de terminación unilateral en la contratación pública. Especialmente, se cuestiona la validez de la cláusula en los distintos regímenes de contractuales. Este acuerdo traduce la posibilidad de que una de las partes del contrato lo resuelva siempre que identifique un incumplimiento de tal entidad.

El propósito de este análisis es enriquecer la propuesta editorial del profesor Juan David Montoya, específicamente el Capítulo III «Fundamentos de la terminación unilateral por incumplimiento en la contratación estatal» al interior de las sesiones del Centro de Estudios de Derecho Administrativo —CEDA—³. Se estudiará cada régimen contractual describiendo: *i*) la tesis del autor, *ii*) el desarrollo jurisprudencial y *iii*) la opinión que sea pertinente.

1. Entidades sometidas a la Ley 80 de 1993

En primer lugar, es preciso pronunciarse sobre el régimen que en algún momento el legislador consideró que debería ser la regla general: la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —EGCAP—. En el marco de este estatuto, se destaca que el artículo 14 reguló algunos instrumentos que pueden utilizar las entidades estatales para cumplir el objeto contractual, denominados cláusulas *exorbitantes* al derecho común: reversión, interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral y caducidad. Las dos últimas implican la terminación unilateral del contrato por parte de la entidad.

El legislador previó que estas cláusulas siempre deberían incluirse en los contratos de obra, en los 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. Por otra parte, su inclusión es potestativa en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los demás, en ausencia de competencia legal, se asume que su inclusión está proscrita.

³ MONTOYA PENAGOS, Juan David. Terminación unilateral por incumplimiento. Capítulo III. Texto inédito. 15 p.

El artículo 17 *ibidem* dispuso como causales para terminar *pura y simplemente* los contratos: *i)* que las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga; *ii)* la muerte o incapacidad física del contratista o la disolución de la persona jurídica; *iii)* la interdicción judicial o la quiebra del contratista; y *iv)* por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. En consonancia, de los artículos 44 y 45 *ejusdem* se desprende la terminación del contrato cuando este se celebre con personas incurso en causales de inhabilidad, se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal y cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten.

En este sentido, la cláusula excepcional de terminación unilateral *pura y simple* no se aplica con fundamento en el incumplimiento del contratista, de modo que no es asimilable al pacto objeto de estudio: la cláusula de terminación unilateral por *incumplimiento*. Sin embargo, el artículo 18 del EGCAP dispone:

«La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los 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, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre» (énfasis fuera de texto).

El legislador facultó a las entidades estatales sometidas a la Ley 80 para terminar los contratos en virtud del incumplimiento del contratista y tipificó este como grave y directo, orientando la caducidad como una potestad que pretende conservar el contrato y la debida ejecución de las obligaciones. En virtud de las normas descritas, Montoya concluye que «En la contratación estatal sometida a la Ley 80 de 1993, el régimen de la terminación unilateral –sea o no resultado del incumplimiento de las obligaciones– está regulado integralmente por el Estatuto General de Contratación»⁴. De allí que no sea necesario remitirse al derecho privado, a través del artículo 13, para fundamentar la inclusión de la cláusula de terminación unilateral, sea pura y simple o en virtud del incumplimiento del contratista –caducidad–⁵. Por el contrario, la ley habilitó la inclusión de la cláusula, pero dispuso todo un sistema de reglas que la condicionan en su pacto y aplicación. Por fuera de esta regulación solo es admisible incluir la cláusula cuando el contrato se rige por el derecho común y este la considera como un elemento de

⁴ MONTROYA PENAGOS. Op. Cit., p. 11.

⁵ El artículo 13 dispone: «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».

la naturaleza del negocio, como en el contrato de compraventa, mandato, seguro, entre otros⁶.

Se comparte el criterio de Montoya, pues el nivel de tratamiento del EGCAP es tan concreto que difícilmente podría sostenerse una tesis contraria. La cláusula es válida en el régimen de las entidades sometidas; su licitud no se desprende de la autonomía de la voluntad de la entidad estatal sino de la habilitación clara y expresa del legislador. Esta conclusión se extiende al régimen contractual del Decreto 92 de 2017, para contratos celebrados con entidades privadas sin ánimo de lucro —ESAL—, en virtud del artículo 355 de la Constitución Política. Si bien el Decreto autónomo no dispone ninguna regla en relación con la terminación unilateral pura y simple o la caducidad, el artículo 8 remite al EGCAP en lo no regulado⁷.

2. Entidades exceptuadas

La validez de la terminación unilateral por incumplimiento en el marco del EGCAP no es una discusión compleja; en cambio, la controversia es álgida e inconclusa tratándose de las entidades con régimen contractual exceptuado. El cuestionamiento es simple: si estas entidades aplican derecho civil y comercial ¿pueden pactar la terminación unilateral por incumplimiento en virtud del principio de la autonomía de la voluntad? La controversia radica en que este pacto se considera una ruptura en la igualdad entre los contratantes y, por tanto, una cláusula excepcional; de modo que si la inclusión de potestades exorbitantes se rige por lo dispuesto en el EGCAP ¿las entidades exceptuadas podrían incluirla al margen de los supuestos taxativos de la Ley 80, con fundamento en el derecho común?

Montoya Penagos admite esta posibilidad en virtud de tres argumentos⁸: *i*) estas entidades aplican derecho privado, un sistema de normas que se orienta por el principio de la *capacidad* y no de la *competencia*, donde la autonomía de la voluntad tiene un valor axiológico relevante y todo lo que no se encuentra expresamente prohibido —como el pacto de la terminación unilateral— se entiende permitido; *ii*) la fuerza obligatoria del contrato —artículo 1.602 del Código Civil⁹— y

⁶ MONTOYA PENAGOS. Op. Cit., p. 12.

⁷ El artículo 8 dispone: «Aplicación de normas generales del sistema de contratación pública. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto».

⁸ MONTOYA PENAGOS. Op. Cit., p. 14-15.

⁹ El artículo 1.602 dispone: «Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales».

la libertad para definir formas de extinción del contrato —1625 *ibidem*¹⁰— defienden la licitud de la cláusula en el derecho privado; y *iii*) su inclusión no supone desconocer el principio de competencia que rige las actuaciones administrativas, pues la remisión al derecho civil y comercial se armoniza con los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política, y no se evidencia una extralimitación en las competencias de las entidades que así procedan¹¹. A su tesis agrega un matiz: que solo es aplicable respecto de la terminación unilateral, pues sería irresponsable admitir que, con fundamento en la autonomía de la voluntad es posible incluir cualquier potestad excepcional en contratos regidos por el derecho privado. Asimila esta idea al acuerdo de una dictadura en virtud de una decisión democrática¹².

El autor sostiene que «a simple vista» la cláusula es válida y que un sector de la Jurisprudencia comparte esta idea; sin embargo, plantea que la tesis mayoritaria del Consejo de Estado se aparta. Es pertinente exponer la disidencia jurisprudencial con el ánimo de verificar los argumentos que sustentan ambas posturas y las críticas que son admisibles. De antemano, se anuncia que no se

¹⁰ El artículo 1.625 dispone: «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 (...)».

¹¹ El artículo 6 superior dispone: «Los particulares sólo 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»; el artículo 121 preceptúa: «Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley»; finalmente, el artículo 122 ordena: «No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente [...]».

¹² MONTOYA PENAGOS. Op. Cit., p. 14. En principio, esta problemática no compete al texto; no obstante, se pone de presente su relevancia, pues el Consejo de Estado ha propuesto lo que para Montoya es una conclusión irreflexiva en los siguientes términos:

«Ahora bien, si se entiende que la liquidación unilateral no es de aquellas que la Ley enlista como potestades o facultades al derecho común, nada impide que en un contrato que se rige por normas de derecho privado, tal como lo son los contratos celebrados por Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, las partes en ejercicio de la autonomía dispositiva o negocial puedan convenir su ejercicio, siempre y cuando dicha estipulación no vaya en contra de normas imperativas, no se encuentre expresamente prohibida por la Ley y, por supuesto, que con su ejercicio no se afecte la prestación los servicios públicos o el cumplimiento de las finalidades estatales.

»Con otras palabras, resulta totalmente válido que en un contrato que se rige por normas de derecho privado, las partes convengan que ante la falta de acuerdo para liquidar el contrato, una de ellas pueda proceder a liquidarlo unilateralmente, siempre y cuando que esa posibilidad haya sido prevista y autorizada dentro del pliego de condiciones o acordada en el mismo contrato, que no vaya en contra de normas de carácter imperativo, y que no se afecte la prestación los servicios públicos o el cumplimiento de las finalidades estatales» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 20 de febrero de 2017. Exp. 56.939. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa). Bien podría hablarse de una *puerta de entrada* jurisprudencial para el acuerdo de una potestad clásicamente concebida como exorbitante en los contratos sometidos a derecho privado.

comparte la tesis de Montoya Penagos, pues la remisión al derecho común en los regímenes exceptuados se somete al principio de legalidad. La exclusión de estas entidades del EGCAP no conlleva una transformación orgánica en la lógica de sus procedimientos administrativos. Estas ideas se desarrollan con mayor exactitud en los siguientes acápite.

2.1. Jurisprudencia que admite su inclusión¹³

De las providencias que coinciden con Montoya Penagos es preciso distinguir entre argumentos principales y secundarios. Sin duda, el argumento fundante de esta tesis es la primacía de la autonomía de la voluntad en el régimen de derecho privado. Así, por ejemplo, la Subsección B de la Sección Tercera sostuvo en el año 2019 que: «El cambio de concepción ha significado entonces el pasar de entender que las entidades estatales exceptuadas del Estatuto Contractual no podían pactar cláusulas unilaterales, pues no contaban con la habilitación legal para hacerlo, a un entendimiento que, por el contrario, considera que, al igual que los privados, *la habilitación deviene de la propia autonomía contractual*» (énfasis fuera de texto)¹⁴.

Ahora bien, al igual que Montoya, articulan la autonomía de la voluntad privada con la libertad para definir modos de extinción de las obligaciones. En otras palabras, si se pueden pactar cláusulas resolutorias ordinarias ¿qué impide que el incumplimiento constituya una de estas?, reproduciendo la coordinación entre los artículos 1602 y 1625 del Código Civil. En este sentido, la misma Subsección B dispuso en el año 2016:

«Ciertamente el artículo 1602 del Código Civil prescribe que los contratos sólo pueden invalidarse por causas legales o el mutuo acuerdo de las partes. En el mismo sentido, el artículo 1625 *ibidem*, prescribe que la extinción de las obligaciones debe darse por la convención de los interesados o por las diez causales allí consagradas. Sin embargo, tal enumeración resulta insuficiente, pues el mismo Código reconoce causales adicionales en otras disposiciones, como la declaración unilateral de terminación, como sucede con el desahucio, la cesación, la renuncia o la revocación, que se encuentran reconocidas en artículos tales como el 2009, 2011, 2056, 2189 y 2193. Otro tanto sucede con el

¹³ Sobre esta postura, véase: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 17 de octubre de 2012. Exp. 2.220. C.P. Mauricio Fajardo Gómez; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2016. Exp. 51.113. C.P. Ramiro Pazos Guerrero; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 24 de agosto de 2016. Exp. 41.783. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa [E]; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de julio de 2017. Exp. 57.394. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 19 de junio de 2019. Exp. 39.800. C.P. Alberto Montaña Plata.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 19 de junio de 2019. Exp. 39.800. C.P. Alberto Montaña Plata.

desistimiento, que constituye una forma de terminación unilateral ante la insatisfacción de las expectativas del acreedor»¹⁵.

A esto se suman dos argumentos secundarios: el primero está dado por una supuesta transformación o tendencia global que desecha la idea de un sistema de resolución judicial de los conflictos y transita hacia la permisión para incluir cláusulas resolutorias expresas¹⁶. Complementan esta idea con instrumentos de derecho internacional, como la Convención de Viena sobre compraventa internacional, los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y los principios europeos de derecho de los contratos. Sostienen que existen argumentos legales de derecho nacional e internacional para sostener la validez de la cláusula en el derecho privado y, por remisión al mismo, en la contratación de las entidades exceptuadas.

El segundo argumento es que la cláusula de terminación no tiene un carácter exorbitante o excepcional, pues es válida en el derecho de los particulares y, por tanto, no es una facultad exclusiva de la Administración ni traduce el ejercicio de *imperium estatal*. Sostienen que no es asimilable a la caducidad de la Ley 80 de 1993 ni a ninguna de las potestades descritas en el artículo 14, pues los efectos de la terminación unilateral por incumplimiento, en virtud del convenio, no implican todas las consecuencias que el EGCAP le asigna a la caducidad. A su juicio, solo se trata del acuerdo sobre una de las formas de terminar el contrato¹⁷.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2016. Exp. 51.113. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹⁶ En este sentido, la Corporación ha sostenido: «Ahora bien, lo propio ocurre en el derecho comparado donde la tendencia actual es la de ampliar el ámbito de aplicación de la terminación unilateral del contrato. Así por ejemplo países como Alemania, Italia, Reino Unido, Grecia, Dinamarca y Suiza, entre otros, prevén facultades de ruptura unilateral en caso de incumplimiento y los modernos códigos de Holanda, Brasil y Quebec son de la misma tendencia.

[...]

Entonces, si la ley nacional e internacional, civil y comercial, establecen la terminación unilateral por incumplimiento como un elemento natural de determinados contratos, ya sean estos de ejecución instantánea o de tracto sucesivo; por qué no podrían contemplarla las partes como un elemento accidental de su negociación, que atienda el interés particular del contrato y de los intervinientes» (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 24 de agosto de 2016. Exp. 41.783. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa [E]; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de julio de 2017. Exp. 57.394. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

¹⁷ Al respecto, la Subsección A planteó: «Para la Sala resulta importante la precisión anterior, comoquiera que la cláusula de terminación unilateral pactada en el contrato que se enjuicia no puede ser asumida como el ejercicio de una potestad excepcional de la Administración, de aquellas especialmente reguladas por la Ley 80 de 1993, como lo consideró el Tribunal a quo, sino que se trata de uno de los modos indirectos de extinción de las obligaciones regulados por la legislación civil y comercial» (énfasis fuera de texto)

Esta tesis, sostenida por alguna jurisprudencia de las tres subsecciones de la Sección Tercera, es reprochable en, por lo menos, dos aspectos. En *primer lugar*, parten de una premisa incierta: la admisibilidad de la cláusula en el derecho privado. El propio Montoya Penagos expone en capítulos precedentes que la doctrina y la jurisprudencia del derecho común está dividida¹⁸. La discusión que subyace es sobre la derogatoria del modelo de resolución judicial dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, el cual, sostenemos, permanece incólume¹⁹. De allí que las consideraciones de un sector minoritario de la doctrina nacional emergente no pueden fundamentar la vigencia de la tesis según la cual la cláusula es válida en el derecho civil y comercial²⁰. En conclusión, defender la idea de que la terminación unilateral es admisible en los contratos de las entidades exceptuadas porque en el derecho privado es admisible es una falacia argumentativa.

En *segundo lugar*, aun suponiendo la admisibilidad de la cláusula en el derecho privado, no es válido asumir que esta no tiene carácter exorbitante o excepcional y, por tanto, es admisible en los contratos de las entidades exceptuadas al EGCAP por la remisión al derecho común. Es aquí donde la tensión entre el derecho administrativo y estas normas se hace evidente y es preciso revisar en qué términos se *armonizan* ambos regímenes. Al margen de la regulación en el derecho civil y comercial, se sostiene que el legislador fue exhaustivo en la Ley 80 de 1993 y consideró que la terminación unilateral por incumplimiento *i)* se denomina caducidad, *ii)* tiene efectos diferenciales —como la inhabilidad— y *iii)* implica una ruptura al principio de igualdad en las relaciones contractuales y, en consecuencia, su inclusión está reglada. En otras palabras, si bien el derecho común y el público *conversan* en el desarrollo de múltiples actividades y fines del Estado, existe independencia entre sus conceptos, lógicas y permisiones. Se reitera que en los contratos del Estado se sobrepone el principio de competencia sobre el de capacidad y, si el legislador no habilitó la inclusión de la caducidad en el contrato de todas las entidades estatales, mal haría el intérprete en asumir esta postura con fundamento en la remisión a normas civiles.

(CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 17 de octubre de 2012. Exp. 22.220. C.P. Mauricio Fajardo Gómez).

¹⁸ MONTOYA PENAGOS, Juan David. Terminación unilateral por incumplimiento. Capítulo I. Texto inédito. 22 p.

¹⁹ El artículo 1.546 dispone la condición resolutoria tácita en los siguientes términos: «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».

²⁰ MOLINA MORALES, Ranfer. La terminación unilateral del contrato por incumplimiento. En: Revista de Derecho Privado – Universidad Externado de Colombia. [En línea]. 2009. N° 17. [Citado el 10 de noviembre de 2018]. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/411/391>.

Sobre este asunto, no se comparte la postura de Montoya en cuanto a la articulación de los artículos constitucionales sobre la competencia —6, 121 y 122 antecitados— y la remisión al derecho privado, pues, en nuestro criterio, no son más que un argumento en contrario²¹. De hecho, la jurisprudencia que niega la licitud de la cláusula se sirve de él. A continuación se exponen los argumentos de la corriente jurisprudencial con este criterio²².

2.2. Jurisprudencia que no admite su inclusión²³

El argumento principal de quienes niegan validez a la terminación unilateral es el carácter excepcional de la cláusula, pues, en su criterio, resulta un pacto abusivo; mientras que para Montoya la terminación unilateral no tiene este atributo *per se*, pero sí podría tenerlo en su ejercicio. Esta ruptura entre el principio de igualdad se justifica en el derecho administrativo con el objetivo de garantizar la continua y eficaz prestación de servicios públicos o de atender necesidades comunes determinantes; en pocas palabras, el Estado se sobrepone a los particulares para garantizar el interés general.

A mi juicio, esta es una concepción de derecho administrativo que emerge de la toma de postura de una discusión en el derecho privado. Sin duda, se trata de una problemática trasladada sobre la posibilidad de acordar cláusulas ilegales o desproporcionadas con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, como es el caso de los contratos de adhesión. Si bien en el derecho privado la tesis de esta corriente no carece de argumentos, se insiste en que la construcción conceptual sobre la validez o no de la terminación unilateral por

²¹ MONTOYA PENAGOS. Op. Cit., p. 15.

²² En este sentido, la Subsección B explicó en el año 2011: «Recuérdese que los poderes excepcionales al derecho común, únicamente pueden ser ejercidos en los casos y en las condiciones que la ley autoriza a las entidades públicas, habida cuenta de que está por fuera de discusión que todas las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones a ellos asignadas específicamente en la Constitución Política, la ley y el reglamento y por lo mismo, son responsables por infringir estas normativas y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 , 121 y 122 superiores, preceptos de orden público e imperativos y en tal virtud, de obligatorio cumplimiento» (énfasis fuera de texto) (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de septiembre de 2011. Exp. 15.476. C.P. Ruth Stella Correa Palacio).

²³ Sobre esta postura, véase: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de septiembre de 2011. Exp. 15.476. C.P. Ruth Stella Correa Palacio; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 3 de septiembre de 2015. Exp. 38.247. C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de julio de 2016. Exp. 30.698. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 1 de agosto de 2018. Exp. 39.277. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

incumplimiento en los contratos de las entidades exceptuadas debe ser autónoma, en cuanto al uso de categorías y nociones propias del derecho público.

En sentido similar, existe un argumento secundario que también importa un cuestionamiento ajeno al derecho público, este es, el de la vigencia del sistema de resolución judicial del artículo 1.546. La Subsección A de la Sección Tercera sostuvo en el año 2016 que «[...] con base en el principio de la igualdad absoluta de las partes en el contrato de derecho privado, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de declarar incumplida a la otra parte, ni la de establecer el valor de tal incumplimiento, dado que no se puede ser juez y parte a la vez en esa clase de relación negocial»²⁴. De este modo, si los administrativistas no se cuestionan el modelo de administración de justicia ¿tendrían que hacerlo por una vertiente del derecho privado? Se considera que solo podría sostenerse idea en contrario en caso de una reforma legislativa, pero por el momento es claro que no existe agente que pueda abrogarse la autotutela de sus intereses o, en otros términos, tomar justicia por mano propia.

El último argumento es el del principio de legalidad que, como se ha esbozado, explica que la Administración pública no puede exceder las competencias constitucional y legalmente asignadas. De allí que solo pueden hacer lo expresamente permitido y todo lo demás se encuentra proscrito. En este sentido, este sector de la jurisprudencia sostiene que la inclusión de cláusulas exorbitantes —nótese la articulación con el argumento principal— es el ejercicio de una prerrogativa estatal y esta solo procede cuando exista habilitación legal, de allí que la remisión al derecho privado no implique una *permisión expresa* para incluir estas cláusulas. En palabras de la Corporación:

«En otras palabras, el pacto de facultades exorbitantes o excepcionales *sólo puede hacerse cuando medie autorización del legislador de incorporar al contrato las cláusulas que regulan su ejercicio*, es decir, en los eventos previa y expresamente establecidos por la ley, ya que estos poderes enormes no pueden quedar a la mera autonomía de la voluntad de las partes, a quienes no les es dable convenirlas, pues ello constituye una clara violación de los preceptos constitucionales antes citados, lo que acarrea la invalidez de las cláusulas correspondientes, al configurarse la causal de nulidad absoluta por objeto ilícito (artículos 1502, 1519 y 1741 del Código Civil), en tanto conlleva el ejercicio de funciones no asignadas por la Constitución o la ley a la Administración y vulneran el orden jurídico que por razones superiores y en interés general fija límites y restringe la autonomía de la voluntad en este ámbito» (énfasis por fuera de texto)²⁵.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de julio de 2016. Exp. 30.698. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de septiembre de 2011. Exp. 15.476. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Si bien se propone que este es un argumento secundario en la jurisprudencia, este debería ser el principal. Las entidades exceptuadas tienen un régimen contractual que acude a normas civiles y comerciales pero que no representa una *fuga* del derecho público. A mi juicio, el legislador reguló con especificidad en el EGCAP la caducidad, o terminación unilateral por incumplimiento en el derecho administrativo, y limitó su aplicación a determinadas entidades en ciertos tipos contractuales. De esto se desprende una prohibición para incluir la cláusula en los demás contratos, al margen de que esté permitida o no en el derecho común.

La única excepción admisible es el de las entidades exceptuadas de la Ley 80 pero expresamente habilitadas por el legislador para incluir cláusulas exorbitantes, como es el caso de las entidades prestadoras de servicios públicos —artículo 31 de la ley 142 de 1994²⁶— o las empresas sociales del Estado —artículo 195 de la Ley 100 de 1993²⁷—. En estos casos las entidades ejercen legítimamente la autonomía de su voluntad, salvo que la inclusión sea forzosa, pero de forma subordinada al principio de legalidad. La relación entre estos principios en el derecho administrativo es vertical.

Bibliografía

Doctrina

MONTOYA PENAGOS, Juan David. Terminación unilateral por incumplimiento. Capítulo I. Texto inédito. 22 p.

MONTOYA PENAGOS, Juan David. Terminación unilateral por incumplimiento. Capítulo III. Texto inédito. 15 p.

²⁶ El segundo inciso del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 dispone: «[...] Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa».

²⁷ El numeral sexto del artículo 195 de la Ley 100 de 1993 dispone: Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico: [...] 6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

MOLINA MORALES, Ranfer. La terminación unilateral del contrato por incumplimiento. En: Revista de Derecho Privado – Universidad Externado de Colombia. [En línea]. 2009. N° 17. [Citado el 10 de noviembre de 2018]. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/411/391>.

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 28 de septiembre de 2011. Exp. 15.476. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 9 de mayo de 2012. Exp. 20.968. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 17 de octubre de 2012. Exp. 22.220. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 9 de septiembre de 2013. Exp. 25.681. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 3 de septiembre de 2015. Exp. 38.247. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2016. Exp. 51.113. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 14 de julio de 2016. Exp. 30.698. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 24 de agosto de 2016. Exp. 41.783. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa [E].

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 20 de febrero de 2017. Exp. 56.939. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de julio de 2017. Exp. 57.394. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 1 de agosto de 2018. Exp. 39.277. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 19 de junio de 2019. Exp. 39.800. C.P. Alberto Montaña Plata.