

## APROXIMACIÓN A LOS FUNDAMENTOS GENERALES DE LA «TERMINACIÓN UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO»<sup>1</sup>

Aura Sofía Palacio Gómez<sup>2</sup>

**RESUMEN.** El capítulo II, denominado «Fundamentos de la terminación unilateral por incumplimiento en la contratación estatal», pertenece al texto inédito de la «cláusula de terminación unilateral por incumplimiento». En este apartado se analizan y estudian los fundamentos generales de la «terminación unilateral por incumplimiento», haciendo referencia a los artículos 1602 –a partir del principio de autonomía de la voluntad privada–, 1609 –que la jurisprudencia ha entendido como la «excepción de contrato no cumplido»–, 1625 –que hace referencia a las formas de extinguir las obligaciones– y, por supuesto, al 1546 –que contiene la «condición resolutoria tácita»–. El propósito del texto radica en describir las ideas del autor, pero, sobre todo, de debatirlas.

### Introducción

En el capítulo II de su texto inédito, sobre la cláusula de «terminación unilateral por incumplimiento», Juan David Montoya indaga por los fundamentos jurídicos para pactarla. Para tal propósito, expone, de un lado, los fundamentos generales – que se ampliarán a continuación– y de otro, los fundamentos específicos, en los cuales se insinúan el artículo 1882 del Código Civil –contrato de compraventa–; los artículos 1983 y 1984 *ibidem* –contrato de arrendamiento–; el artículo 2056 *ibidem* –contrato de obra–; el artículo 973 del Código de Comercio –contrato de suministro– y el artículo 1068 *ibidem* –contrato de seguro–.

A continuación, se describen las ideas principales del texto inédito del autor, haciendo una valoración crítica, proponiendo las salvedades que sean del caso y planteando las observaciones que suscite su lectura.

---

<sup>1</sup> 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 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.

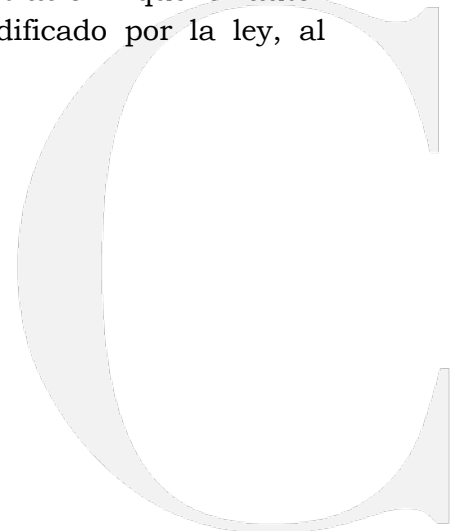
<sup>2</sup> Auxiliar de Investigación del Grupo de Estudio de Derecho Público, Nivel V Básico, adscrito al Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–.

## 1. Breve descripción del razonamiento jurídico del «derecho público» y del «derecho privado»

Juan David Montoya ofrece, como temática introductoria al capítulo, su interpretación sobre una de las diferencias entre el «derecho público» y el «derecho privado». El primero –el público– se rige por el «principio de competencia», de manera que las autoridades se someten positivamente al principio de legalidad, esto es, solo pueden hacer lo que se les permita, de forma que impera la «subordinación». El autor considera que el «principio de competencia» tiene dos formas de abordarse: la versión *estricta*, que se materializa en temas que afectan derechos individuales, y que requieran una actitud de abstención; y la versión *flexible*, que ocurre ante actividades prestacionales, y que se requiere en tanto la legalidad no puede asfixiar o paralizar la actividad de la Administración.

Por su parte, el segundo –el privado– se fundamenta en el «principio de capacidad», de ahí que el sometimiento de los particulares ocurra en sentido negativo, permitiéndoseles hacer todo aquello que el ordenamiento no les prohíba, imperando lo que denomina el «ámbito dominado por la coordinación». Sin embargo, reconoce que esta distinción se confunde cuando la Administración asume tareas de los particulares –como es el caso de las Empresas de Economía Mixta y las Empresas Industriales y Comerciales de Estado–. En su criterio, este aspecto cambia el régimen jurídico de las entidades, aplicándose, por regla general, el derecho privado.

Para enfocarse en su tema de análisis, Montoya sostiene que el régimen contractual público contempla una remisión a las disposiciones del derecho civil y comercial –artículo 13, inciso 1, de la Ley 80 de 1993 o EGCAP–, que indica que la Administración actuará como un particular en los demás aspectos no regulados en esta ley. Esta conclusión no se comparte, al considerarse, por un lado, que el principio de legalidad estricto en el caso de la Administración –que el autor denomina «principio de competencia»– no puede ser modificado por la ley, al



reconocerse constitucionalmente<sup>3</sup> –artículo 6 Superior<sup>4</sup>–; y por otro, que ese tampoco fue el alcance previsto en la norma, la sujeción de la actividad de la Administración a un marco de normas en sentido positivo no ocurre, exclusivamente, por el régimen aplicable, sino también por la naturaleza del sujeto y de la función. Aun cuando la Administración aplique el derecho civil y el comercial, no podrá comportarse, en esencia, como un particular, porque su legalidad es distinta.

Aun cuando existan comunicaciones o interacciones entre el derecho privado y el derecho administrativo, esto no indica que este pierda sus elementos pilares –esenciales, los que lo identifican– solo por remitirse a aquel, o servirse de alguno de sus instrumentos. El artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 es un indicio considerable de que no existe una ruptura ni una desconexión, pues supedita a las entidades que aplican el derecho privado en su contratación a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, propio del régimen público.

Este disentimiento no desconoce que, como lo refiere el profesor Fabián Marín en su texto «principio de legalidad», este principio no se materializa de la misma forma que hace varias décadas, puesto que gran parte de las decisiones de la Administración, aun cuando contienen derecho rígido, también lo flexibilizan para servirse del conocimiento de otras áreas, o incluso formalizarlas y hacerlas propias<sup>5</sup>.

Sin perjuicio de la diferencia teórica con el autor, Montoya señala que la Administración se comporta como un «particular» de forma más «evidente» en los contratos de las entidades exceptuadas. En su consideración, en estos contratos es válido el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, siempre y cuando no se viole la ley, el orden público y las buenas costumbres. Por ende, la diferenciación

---

<sup>3</sup> En la Sentencia C-710 del 2001, la Corte Constitucional lo consideró como un principio constitucional rector del ejercicio del poder. «La consagración constitucional del principio de legalidad se relaciona con dos aspectos básicos y fundamentales del Estado de derecho: con el principio de división de poderes en el que el legislador ostenta la condición de representante de la sociedad como foro político al que concurren las diferentes fuerzas sociales para el debate y definición de las leyes que han de regir a la comunidad. Y de otro lado, define la relación entre el individuo y el Estado al prescribir que el uso del poder de coerción será legítimo solamente si está previamente autorizado por la ley. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa» (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-710 del 5 de julio de 2001. MP. Jaime Córdoba Triviño).

<sup>4</sup> «Artículo 6o. 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».

<sup>5</sup> MARÍN CORTÉS, Fabián G. Principio de Legalidad: Cambio de un Paradigma. 1a Edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo, 2021. p. 69.

entre la «competencia» y la «capacidad» se difumina para efectos del sometimiento al principio de legalidad, aun cuando deba satisfacerse el interés general.

A partir de esta premisa de análisis, el autor plantea y analiza los fundamentos jurídicos de la «terminación unilateral» en el régimen civil y comercial, discutiendo su aplicación a las entidades estatales sometidas y exceptuadas de la Ley 80 de 1993. Se anticipa que el análisis del autor, que a continuación se expone, parte de reconocer el sesgo al interpretar las disposiciones civiles y comerciales, al considerarse que no es absoluta la remisión al régimen de los particulares, por parte de las entidades estatales.

## **2. Disposiciones generales que fundamentan la «terminación unilateral por incumplimiento»**

Montoya reconoce que la «terminación unilateral por incumplimiento» es un elemento de la naturaleza de varias tipologías contractuales; pero se pregunta si es posible pactarla como un elemento accidental del contrato. Su análisis tiene en cuenta que incluso en el derecho privado el asunto es problemático, al existir la «acción resolutoria tácita» que exige pronunciamiento judicial; y que en el derecho público la posibilidad es más problemática, en tanto cree que las cláusulas están prohibidas al no existir una permisión expresa. No obstante, estudia y problematiza los fundamentos generales de la «condición resolutoria tácita», la «excepción de contrato no cumplido», la «fuerza obligatoria del contrato» y el carácter no taxativo de las «formas de extinción de las obligaciones».

### *2.1. Artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio: terminación del contrato conforme a la «condición resolutoria tácita»*

Los artículos 1546<sup>6</sup> del Código Civil y 870<sup>7</sup> del Código de Comercio contienen, en consideración del autor, el fundamento principal para la terminación por incumplimiento de las obligaciones, siendo la regla general en el derecho privado. Sin embargo, menciona que un sector de la doctrina la reconoce, incluso, como fundamento para terminar *unilateralmente* el contrato. A diferencia de la idea expuesta, se considera que la «acción resolutoria», si bien permite terminar el

---

<sup>6</sup> «Artículo 1546. Condición resolutoria tácita. 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».

<sup>7</sup> «Artículo 870. Resolución o terminación por mora. En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios».

contrato, no lo admite de forma unilateral, porque supone que se le pida a un tercero. De esta forma, el efecto jurídico de ambas es el mismo, puesto que con ambas se termina el contrato, pero el procedimiento es distinto, en tanto la unilateral solo requiere la decisión de la parte cumplida; mientras que la «condición resolutoria» supone la intervención de un tercero. El artículo 1546 del Código Civil señala que quien cumplió el contrato «podrá pedir a su arbitrio» –esto es, podrá solicitar, demandar o reclamar– la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, pero nunca definirlo por su cuenta.

En sentido similar, Luis Claro Solar reconoce que la «condición resolutoria» no opera de pleno derecho, pues se requiere una providencia que la declare. En esa medida, considera que el solo incumplimiento no basta para que el contrato se extinga, bien pudiendo una de las partes exigir el cumplimiento y la otra hacerlo de forma voluntaria<sup>8</sup>.

Montoya reconoce esta distinción, y apoyándose en Luis Díez-Picazo comenta el caso de España, con lo que denomina el «debilitamiento de la declaratoria judicial de incumplimiento». La jurisprudencia permite que la resolución del contrato ocurra a través de declaraciones de voluntad extrajudiciales de las partes, siempre y cuando, en últimas, sean los tribunales quienes conserven la competencia para discernir sus consecuencias y determinar si la terminación estuvo correcta. En su análisis identifica el artículo 1124 del Código Civil Español, que, considera, hace referencia a una petición que no está sujeta a la contraparte, y por ende la califica como unilateral<sup>9</sup>.

A diferencia del autor, se entiende que el verbo «exigir» supone un sujeto al que se le exija, requiera, pida o reclame algo, que bien podría ser la parte o el juez, pero que en últimas no implica una actuación que se configure de forma unilateral, esto es, una potestad para cuyo ejercicio baste la voluntad de una sola persona. Se reconoce que la dificultad radica en el inciso tercero, que menciona la participación del Tribunal, pudiéndose interpretar que la resolución solo procede extrajudicialmente si el deudor acepta la elección del acreedor o que la sentencia ha de limitarse a declarar si la resolución se ajustó a derecho.

---

<sup>8</sup> CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Santiago de Chile: Editorial Nacional Gabriela Mistral, 1979. p. 215.

<sup>9</sup> «Artículo 1124 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[...].»

En un ejercicio de contraste, Montoya destaca que el artículo 1546 del Código Civil tampoco refiere directamente a la jurisdicción, por lo que señala que los razonamientos de la doctrina podrían aplicarse, sin tener en cuenta la limitante del inciso tercero. Sin embargo, luego reconoce que esta posición es controversial, porque desconoce la diferencia entre la «condición resolutoria ordinaria» –que opera de pleno derecho– y la «condición resolutoria tácita» –que requiere un pronunciamiento judicial–, y sostiene que: «[...] no es posible derivar esta cláusula [al referirse a la terminación unilateral del contrato] de los precitados artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, ya que tanto desde el punto de vista histórico como del gramatical se impone un control previo a la terminación del contrato, máxime cuando requieren el ejercicio del derecho de acción para demandar al deudor incumplido»<sup>10</sup>.

Para fundamentar la crítica anterior, por un lado, cita el artículo 1184 del Código de Napoleón, que dispone que el contrato no se resuelve de pleno derecho, y que su disolución debe ser demandada judicialmente<sup>11</sup>. Y por otro, acude a un argumento gramatical, al destacar la definición de los verbos «pedir» o «solicitar», mencionando que su uso excluye la posibilidad de terminar unilateralmente el contrato, siendo necesario la aceptación de la otra –configurándose, entonces, un mutuo disenso–; y que, en el contexto de la época, cuando se empleaba el verbo «pedir», se hacía referencia a las pretensiones ante el juez. Por lo tanto, finaliza con una conclusión que se comparte, y es que esta condición tiene una naturaleza jurídica incompatible con la cláusula de «terminación unilateral por incumplimiento».

## *2.2. Artículo 1609 del Código Civil: terminación del contrato como excepción de contrato no cumplido*

El autor sostiene que la «condición resolutoria tácita» está ligada a la «excepción de contrato no cumplido». La primera es una acción judicial que exige que el acreedor que honra sus compromisos tenga la posibilidad de pedir el cumplimiento o la resolución; y la segunda es un mecanismo de defensa que le permite al deudor suspender la ejecución del contrato. Esta excepción no cuenta con antecedentes normativos en el Código de Napoleón, ni en el chileno de Andrés Bello, y ha sido la

---

<sup>10</sup> MONTOYA PENAGOS, Juan David. Terminación unilateral por incumplimiento. Texto inédito, p. 6.

<sup>11</sup> «Artículo 1184. 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».



doctrina y la jurisprudencia la que la ha cimentado a partir del artículo 1609 del Código Civil<sup>12</sup> y de los principios de equidad y buena fe en la ejecución de las obligaciones correlativas.

Fernando Hinestrosa también las une de cierta forma, pues considera que la «condición resolutoria tácita» se «articula» con la «*exceptio non adimpleti contractus o non rite adimpleti contractus*», pero solo en la medida en que la prosperidad de aquella supone que el «demandante» –nótese la expresión– haya cumplido su obligación<sup>13</sup>. Además de compartir esta idea, se añade que la «excepción de contrato no cumplido» no supone, necesariamente, terminar el contrato, sino suspender su ejecución, afectando la obligatoriedad de las obligaciones, pero no extinguiéndolas a consideración de una parte. O de ser el caso –esto es, extinguirlas–, ocurriría como lo relata Hinestrosa, en el entendido de que para evitar la paralización *ad eternum* del contrato, se entendería que el incumplimiento de ambas partes supone un desistimiento mutuo o una conducta concluyente<sup>14</sup>.

Ahora bien, Montoya destaca que la jurisprudencia contencioso administrativa ha señalado que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora mientras el otro no cumpla su parte o se allane a cumplirla, de ahí que, por ejemplo, la entidad no pueda decretar la caducidad si su actuación ha provocado el incumplimiento del contratista. «En efecto, si las partes no están constituidas en mora no es posible reclamar la indemnización de perjuicios (arts. 1610 y 1615 del Código Civil), hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria (art. 1594 y 1595 del Código Civil) e, incluso, en los contratos de compraventa se invierte la carga del riesgo sobreviniente respecto de la cosa debida (art. 1731 y 1733 del Código Civil)»<sup>15</sup>.

En su análisis, señala que en el derecho privado se permite invocar la «excepción de contrato no cumplido» ante cualquier incumplimiento, mientras que en el derecho público se requiere el incumplimiento grave de la entidad contratante. Nótese que esta distinción de los efectos también demuestra que aun cuando la entidad aplique disposiciones del derecho civil y comercial, no podrá ser tratada como un particular, porque se afectaría la garantía del interés general y las demás finalidades que la contratación pública trae consigo.

---

<sup>12</sup> «Artículo 1609. Mora en los contratos bilaterales. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos».

<sup>13</sup> HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura y vicisitudes. 2da Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 586.

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> MONTOYA PENAGOS, Juan David. Op. cit, p. 9.

Pese a los comentarios anteriores, el autor se cuestiona si es posible la «terminación unilateral por incumplimiento» con fundamento en la «excepción de contrato no cumplido». En principio, plantea una negativa, al subyacerle el interés de preservar el vínculo contractual, pero luego menciona que podría interpretarse como una «terminación de facto» que se fundamenta en una de las causales de justificación que excluyen la antijuridicidad de la conducta, expresando que «[...] la legítima defensa sería un principio general del derecho que funda un mecanismo de autotutela que permite la terminación unilateral del contrato, aun en ausencia de habilitación expresa, siempre que exista por parte del deudor una lesión actual, injusta y real de los intereses del acreedor que no sea provocada por él»<sup>16</sup>.

No obstante, se considera que esta posibilidad configura un peligro, en tanto cualquiera se adjudicaría la facultad de autotutela, arriesgando principios transversales a los dos regímenes –público y privado–, como sería el de la seguridad jurídica y la vinculatoriedad del contrato como ley para las partes. Si bien la «excepción» es un mecanismo de defensa, no supone unilateralmente la extinción del contrato. Si ambas partes están de acuerdo en dejar sin efectos el negocio se estaría ante lo que Guillermo Ospina Fernández califica como la regla general para terminar anticipadamente el contrato: esto es, el mutuo disenso<sup>17</sup>, lo que, como su nombre lo indica, no admite la unilateralidad.

### *2.3. Artículo 1602 del Código Civil: terminación del contrato por la autonomía de la voluntad*

Otro fundamento de la «terminación unilateral del contrato» se ha propuesto a partir de la fuerza obligatoria del contrato –artículo 1602 del Código Civil<sup>18</sup>–. Destacando a un sector de la doctrina, Montoya señala que los contratos se rigen por el principio de paralelismo de las formas, de manera que en el derecho las cosas se deshacen como se hacen. De esta forma, si las obligaciones surgieron por el mutuo consentimiento, la revocatoria unilateral no sería viable, a no ser que la permitiera la ley. No obstante, considera que esta conclusión deriva en que la «terminación unilateral» está prohibida, siendo un aspecto inexacto, en tanto el derecho privado se rige por el principio de capacidad, no el de competencia, de manera que en virtud de la autonomía de la voluntad privada es posible pactar un poder potestativo para desistir del contrato.

<sup>16</sup> MONTOYA PENAGOS, Juan David. Op. cit, p. 11.

<sup>17</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen de las obligaciones. 3ª Reimpresión. 8ª Edición. Bogotá: Editorial Temis S. A., 2016. P. 484.

<sup>18</sup> «Artículo 1602. Los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales».



En la Sentencia del 30 de agosto de 2011, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que las partes, en expresión de su autonomía, siempre y cuando no contravengan el principio de buena fe, abuso del derecho y control judicial, podrán pactar cláusulas de «terminación unilateral», no estándoles prohibidas por su vinculación negativa al principio de legalidad. La libertad de configuración negocial o contractual lo permite, y en presencia de algún conflicto estará la acción judicial para dirimirlo<sup>19</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, Montoya señala que, incluso permitiendo la terminación unilateral, el fundamento no es directo; esto es, aunque el artículo 1602 admite la extinción de las obligaciones por la voluntad de una de las partes, sería *indirecto*, porque en su configuración hubo consensualidad –bilateralidad–, conociéndose como el «mutuo disenso anticipado». Al respecto, autores como Jorge López Santamaría indican que, no obstante, habría, cuando menos, unilateralidad al momento de hacerse efectiva<sup>20</sup>. Se difiere, en esencia, de esta posición, porque supondría admitir absurdos como que, por ejemplo, cuando las partes pactan y asignan el cumplimiento de una obligación, y esta finalmente se ejecuta por una de ellas, la obligación se transformó en una actuación unilateral en su ejercicio. En ese orden, se considera que la terminación del contrato fue consensuada, y la aceptación inicial de las partes la hace bilateral, cosa distinta ocurre con la declaratoria de incumplimiento, que es un exabrupto en el régimen de los particulares.

No obstante, Montoya considera que el artículo 1602 del Código Civil –leído con el artículo 1546 *ibidem*– es un fundamento *genérico* para la «terminación unilateral por incumplimiento», al sostener que la acción resolutoria es una norma supletiva, de manera que puede ser derogada o alterada por las partes, quienes podrían excepcionar el carácter judicial de la resolución.

#### 2.4. Artículo 1625 del Código Civil: terminación del contrato como una de las formas de extinguir las obligaciones acordadas por las partes

El último fundamento propuesto por Montoya para pactar la «terminación unilateral» del contrato se encuentra en el artículo 1625 del Código Civil<sup>21</sup>, cuyo contenido es similar a lo dispuesto en el artículo 1602 *ibidem*, por lo que su

<sup>19</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de agosto de 2011. rad. 11001310301219990195701. M.P. William Namén Vargas.

<sup>20</sup> LÓPEZ SANTAMARÍA, Jorge. Los contratos: parte general. Tomo I. 3ª Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1988. p. 322.

<sup>21</sup> «Artículo 1625. <Modos de extinción>. 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: [...]».

conclusión sobre la viabilidad se conserva. Si bien se comparte que los modos de extinción de las obligaciones no son taxativos, pudiendo acordarse uno adicional, no se considera que la «terminación anticipada» pueda calificarse como *unilateral*, por el mismo argumento propuesto previamente: la aquiescencia inicial de las partes es la que determina la naturaleza –bilateral– de la obligación, sin importar si su ejercicio está finalmente a cargo de solo una de ellas.

Al respecto, Hernán Darío Velásquez sostiene que el artículo 1625 del Código Civil permite que las partes por mutuo acuerdo extingan la obligación, ratificando la permisón que a su vez trae el artículo 1602 *ibidem*, aun cuando ambas hagan referencia impropia, en su consideración, a la nulidad o invalidez del negocio. Además, reconoce que las partes pueden pactar la terminación anticipada, pero no niega que, en todo caso, se trata de un mutuo disenso:

«Es factible que las partes hayan acordado al nacer el contrato que cualquiera puede darlo por terminado antes de vencerse el plazo, hipótesis en la cual podría pensarse que, de todas maneras, la terminación fue fruto del mutuo acuerdo, solo que se dio de manera anticipada el consentimiento. Nótese que *esa facultad de dar por terminada unilateralmente una relación bilateral, hay que mirarla con sumo cuidado, no sea que se esté en presencia de una cláusula abusiva o de un franco desequilibrio de las prestaciones mutuas que, a la postre, podrían dar lugar a desestimarla [...]*»<sup>22</sup>.

Sin embargo, en la propuesta teórica de Montoya se sostiene que el derecho privado permite la revocación unilateral de los contratos, bien sea por disposición expresa de la ley o por el pacto previo entre las partes. En sus términos, «[...] la condición resolutoria de que trata el artículo 1625 como causa de la extinción de las obligaciones puede provenir de la voluntad del acreedor ante el incumplimiento absoluto, defectuoso o tardío del deudor, siempre que se haya pactado debidamente».

Así las cosas, por lo pronto no se observa un fundamento jurídico suficiente a partir del cual se pueda concluir que la terminación *unilateral* por incumplimiento hace parte de las facultades de los particulares. Incluso la posibilidad de pactar este tipo de cláusulas, en virtud de la autonomía de la voluntad privada, resulta cuestionable, a partir de las discusiones recientes de la constitucionalización del derecho privado y del peligro que implica que los particulares se arroguen facultades de autotutela, propias de la Administración.

---

<sup>22</sup> VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío. Estudio sobre obligaciones. Bogotá: Editorial Temis S. A., 2010. p. 1052.

## **Bibliografía**

### ***Doctrina***

CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Santiago de Chile: Editorial Nacional Gabriela Mistral, 1979. 779 pp.

HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura y vicisitudes. 2da Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. 608 pp.

LÓPEZ SANTAMARÍA, Jorge. Los contratos: parte general. Tomo I. 3ª Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1988. p. 322.

MARÍN CORTÉS, Fabián G. Principio de Legalidad: Cambio de un Paradigma. 1a Edición. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo, 2021. 286 pp.

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

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen de las obligaciones. 3ª Reimpresión. 8ª Edición. Bogotá: Editorial Temis S. A., 2016. 514 pp.

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

### ***Jurisprudencia***

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-710 del 5 de julio de 2001. MP. Jaime Córdoba Triviño.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de agosto de 2011. Rad. 11001310301219990195701. M.P. William Namén Vargas.

