

**La terminación unilateral por pacto convencional en contratos estatales
regidos por el derecho privado**

Trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Derecho Público para la
Gestión Administrativa

Estudiante: Marcelo Giraldo Álvarez
Código: 201528045

Lector: Antonio José Núñez Trujillo
Abogado –Especialista - Magister

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Maestría en Derecho Público para la Gestión Administrativa

Bogotá

2017

La terminación Unilateral por pacto convencional en contratos estatales regidos por el derecho privado

TABLA DE CONTENIDOS

Resumen	4
Introducción	5
Objetivos	5
1. Problema jurídico	6
2. Definición de contrato y de obligaciones	8
2.1. Del Contrato	
2.2. De las obligaciones	
3. De la terminación unilateral	10
3.1. La terminación unilateral y otras figuras cercanas	
3.1.1. El derecho de retracto	
3.1.2. La renuncia	
3.1.3. La resolución y la terminación judicial por incumplimiento	
3.1.4. La revocación	
3.1.5. El desistimiento	
3.1.6. La resiliación	
3.1.7. La rescisión	
3.2 Terminación unilateral en estricto sentido	
3.3 Declaratoria de caducidad	
3.4 Conclusión	
4. Del marco constitucional de la contratación estatal	20
4.1 Principios constitucionales	
4.2 Principios rectores de la función administrativa	
5. De los principios de la contratación civil trasversales a la terminación unilateral	24

5.1	Postulado de la autonomía de la voluntad dentro de un Estado social de derecho	
5.2	Límites a la autonomía de la voluntad	
5.3	De la buena fe	
5.4	De la fuerza obligatoria del contrato	
6.	De la terminación anticipada del contrato en el derecho privado y naturaleza jurídica de la cláusula resolutoria expresa	29
6.1	La terminación anticipada en el Estatuto General de Contratación Pública	
7.	Inclusión de cláusulas resolutorias expresas que permitan la terminación unilateral en los contratos estatales con régimen privado de contratación	31
7.1.	Tesis que rechazan la posibilidad de incluirla	
7.2.	Conclusión	
7.3.	Tesis que defienden la posibilidad de incluirla	
7.4.	Posición personal. Tesis frente al problema jurídico planteado	
8.	Conclusiones	70
9.	Bibliografía	75
10.	Anexo I. Producto. Modelo de cláusula resolutoria expresa en contratos de entidades públicas reguladas por el derecho privado	81
10.1.	Cláusula de terminación unilateral	

La terminación unilateral por pacto convencional en contratos estatales regidos por el derecho privado

Resumen

La terminación unilateral por pacto convencional constituye la cesación de los efectos del contrato. Con el presente trabajo se analizará la validez del pacto y si para su aplicación se exige pronunciamiento judicial previo, o si alguna de las partes puede, unilateral y extrajudicialmente disolver el vínculo. De concluirse que la intervención del juez no es necesaria, se hace preciso establecer el procedimiento a desarrollar. Algunos consideran que ello significaría justicia por mano propia o desconocimiento de la fuerza normativa u obligatoria del contrato (*pacta sunt servanda*), o del principio de legalidad de contratos de entidades públicas regidos por el derecho privado, otros, en cambio, miran estas figuras de cesación sin presencia del juez como formas de auto composición de intereses privados o como expresión de la autonomía privada.

En los contratos de derecho público la administración tiene prerrogativas de carácter excepcional, fundadas en la necesidad de asegurar la eficiente prestación de los servicios públicos y la prevalencia del interés general, lo que hace que la relación en el negocio jurídico sea desigual, en beneficio de la administración. Uno de los medios para el adecuado cumplimiento del contrato es la terminación unilateral, prerrogativa derivada del poder público. Al respecto, se discute si las entidades exceptuadas del régimen de contratación estatal tienen la posibilidad de pactar cláusulas tales como la terminación unilateral por incumplimiento del contrato, sin que ello implique la existencia de una parte más fuerte dentro de la relación jurídica, la ruptura de la igualdad entre los contratantes o el ejercicio de una potestad arbitraria o exorbitante propia del derecho contractual público, lo cual supone un problema por la privación de una instancia que permita resolver el contrato, sin necesidad de declaración judicial.

Lo anterior, se podría solucionar pactando en el contrato una cláusula resolutoria expresa que permita, una vez agotado el procedimiento establecido, que la entidad pueda dar por terminado el contrato ante el incumplimiento del contratista, aun cuando un sector de la doctrina ha considerado que esta figura constituye un privilegio predicable de una relación jurídica de subordinación propia del derecho público, ha tomado fuerza una teoría que considera que su pacto no supone un privilegio de parte, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Es así como pretendo hacer un análisis jurisprudencial y normativo que permita concluir no solo la validez de la cláusula que pacte la terminación unilateral, sino la validez de la consecuencia que se deriva de su aplicación, esto es, la capacidad que tiene la administración de declarar el incumplimiento del contrato y resolverlo sin necesidad de declaratoria por parte del juez del contrato. Propongo como producto final la elaboración de un modelo de cláusula resolutoria expresa y el procedimiento para su aplicación.

Palabras claves: Prerrogativa de carácter excepcional, terminación unilateral, contratos de derecho privado, cláusula resolutoria expresa, incumplimiento, autonomía de la voluntad.

Introducción

En materia contractual la administración pública tiene la dirección en la celebración y ejecución de los contratos, es así como uno de los medios que puede utilizar la entidad estatal para el adecuado cumplimiento del negocio jurídico es la terminación unilateral; de manera general, el legislador ha previsto diversas circunstancias en las cuales la administración puede finalizar una relación contractual de manera unilateral. Dentro del género terminación unilateral al que se alude en el estatuto de contratación estatal, se pueden identificar: i) la terminación unilateral propiamente dicha, ii) la declaratoria de caducidad administrativa del contrato, y iii) la terminación unilateral cuando se configuran algunas causales de nulidad absoluta respecto del contrato estatal correspondiente. Las empresas estatales excluidas del régimen de contratación pública no pueden pactar cláusulas excepcionales que les permitan terminar los contratos de manera unilateral ante situaciones que pongan en peligro la satisfacción del objeto contractual, esto por cuanto ante un incumplimiento grave la entidad debe recurrir a la declaración judicial. Lo anterior denota una problemática para estas entidades, al no poder hacer uso de tan importante prerrogativa ante la evidente afectación de los servicios a su cargo como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contraídas con un particular a través de un negocio jurídico.

Es así como pretendo hacer un análisis jurisprudencial, doctrinal y normativo que permita concluir no solo la validez de la cláusula que pacte la terminación unilateral, sino la validez de la consecuencia que se deriva de su aplicación, esto es, la capacidad que tiene la administración de declarar el incumplimiento del contrato y resolverlo sin necesidad de declaratoria por parte del juez del contrato. Propongo como producto final la elaboración de un modelo de cláusula resolutoria expresa y el procedimiento para su aplicación.

Objetivo

General

Hacer un análisis jurisprudencial, doctrinal y normativo que permita concluir no solo la validez de la cláusula que pacte la terminación unilateral, sino la validez de la consecuencia que se deriva de su aplicación, esto es, la capacidad que tiene la administración de declarar el incumplimiento del contrato y resolverlo sin necesidad de declaratoria por parte del juez del contrato.

Específico

Proponer como producto final la elaboración de una cláusula resolutoria expresa y el procedimiento para su aplicación, que permita terminar de manera unilateral

el contrato ante el advenimiento de un incumplimiento grave de las obligaciones por parte del contratista.

1. Problema jurídico

El análisis que se adelantará en el presente trabajo de grado pretende resolver el siguiente problema jurídico en la gestión pública:

¿La terminación unilateral por pacto convencional en contratos estatales regidos por el derecho privado constituye una modalidad propia de las cláusulas excepcionales o por el contrario corresponde a una manera válida de extinguir el negocio jurídico a la luz de la ley civil y comercial?

Las empresas estatales excluidas del régimen de contratación pública no pueden pactar cláusulas excepcionales que les permitan terminar los contratos de manera unilateral ante situaciones que pongan en peligro la satisfacción del objeto contractual, esto por cuanto ante un incumplimiento grave la Administración deberá recurrir a la declaración judicial, situación que denota una problemática para estas entidades, al no poder hacer uso de tan importante prerrogativa ante la afectación de los servicios a su cargo como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contraídas con un particular a través de un negocio jurídico o de situaciones que puedan afectar la satisfacción del objeto contractual.

Uno de los medios para la materialización de los intereses inmersos en el contrato es la terminación unilateral, prerrogativa derivada del poder público, cuya finalidad es la de evitar la interrupción, retardo o paralización en la continuidad de la actividad, función o servicio público a cargo de las entidades públicas. No obstante, su aplicación se encuentra excluida, entre otros, en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales e industriales del estado¹.

En principio, la exclusión del uso de las prerrogativas obedece a que cuando el estado actúa en ejercicio de actividades industriales y/o comerciales, lo hace en igualdad de condiciones a como lo hace un particular, en el cual la satisfacción de los intereses colectivos no es un fin esencial, directo e inmediato, sino que existe de por medio un interés de tipo empresarial, que busca satisfacer un ánimo de

¹ Ley 80 de 1993. Parágrafo Artículo 14. 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

lucro. En ese sentido, las relaciones de negocio que se traban son de tipo horizontal, en el que no existe un interés público inmediato de por medio que justifique la imposición de una parte sobre la otra, y por lo tanto las relaciones jurídicas son de tipo equivalentes.

Pese a lo anterior, en el derecho civil y comercial, existe la posibilidad de pactar cláusulas tales como la terminación unilateral por incumplimiento del contrato, sin que ello implique la existencia de una parte más fuerte dentro de la relación jurídica, la ruptura de la igualdad entre los contratantes o el ejercicio de una potestad arbitraria o exorbitante propia del derecho contractual público.

Ahora bien, en aquellos contratos en los que el Estado interviene en ejercicio de actividades industriales y/o comerciales, la dificultad que reviste el uso de las cláusulas descritas en el párrafo anterior, se encuentra que para un sector de la doctrina y la jurisprudencia, la actividad en materia contractual desarrollada por la administración está sujeta al principio de legalidad, sin importar el régimen de contratación al cual debe ajustar su actividad, por cuanto sus decisiones deben corresponder con las atribuciones y competencias expresamente establecidas por el ordenamiento jurídico. Así las cosas, el hecho que el uso de la prerrogativa de terminar unilateralmente el contrato se encuentra excluida de forma expresa en el párrafo 14 de la ley 80 de 1993, para los contratos en los cuales el estado desarrolla actividades industriales y/o comerciales, el uso de las cláusulas resolutorias expresas, cuyo efecto jurídico no es otro que terminar unilateralmente el contrato, estarían afectadas de nulidad absoluta, por existir objeto ilícito, al contrariar normas de orden público, que expresamente prohíben que el estado termine unilateralmente el contrato.

La posición descrita, supone un problema para las entidades que desarrollan este tipo de actividades, en tanto que se estaría privando de una instancia que permita rescindir el contrato, sin necesidad de declaración judicial, y salvar la satisfacción del objeto contractual, a través de la celebración de otro negocio jurídico.

Como alternativa para solucionar el problema jurídico planteado se propone el pacto contractual de una cláusula resolutoria expresa que permita, una vez agotado el procedimiento establecido, que la administración, siempre y cuando haya cumplido con sus obligaciones a cargo, o al menos, se haya allanado a cumplirlas, pueda mediante un breve procedimiento que garantice el debido proceso dar por terminado el contrato ante el incumplimiento del contratista. Un ejemplo en el que se puede evidenciar la problemática planteada en el presente trabajo de grado, es el siguiente: el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - Fonade, empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero, celebra un contrato para la construcción de un mega-colegio, sin embargo el contratista seleccionado para la ejecución de las obras, incurre en situación que pone en riesgo la satisfacción del objeto del contrato; si se adhiere a la tesis que no permite terminar unilateralmente el contrato, se deberá acudir a instancias judiciales, en las cuales se declare el incumplimiento, pero ello conlleva un riesgo

y es la insatisfacción del objeto contratado, en tanto que la resolución judicial un término prolongado de tiempo, por lo que la entidad no satisfará de manera oportuna la necesidad que dio génesis al contrato. Por el contrario, si se permite el uso de la terminación unilateral, a través de la cláusula resolutoria expresa, ante la misma situación de incumplimiento, se podría resolver el contrato, y a su vez disponer de los recursos para celebrar el mismo negocio jurídico con otro contratista, con el fin de salvaguardar la necesidad que originó el desarrollo de la actividad contractual de la administración y sin detrimento material para el contratista, quien conserva la posibilidad de acceso a medios de defensa judicial si considera que la entidad hizo uso indebido de esta facultad.

2. Definición de contrato y de obligaciones

2.1. Del contrato

De acuerdo con el problema jurídico planteado en el presente trabajo, considero pertinente hacer una breve referencia a estos dos conceptos, básicamente para puntualizar desde ya el alcance del principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones negociables y del incumplimiento de las obligaciones.

El contrato encuentra su definición expresa dentro de algunos artículos de la Ley 80 de 1993², del Código Civil³ y del Código de Comercio⁴, con fundamento en los cuales se entiende como el acto o acuerdo que dentro del conglomerado social o de la organización estatal celebran dos o más partes, de conformidad con su voluntad y condiciones propias, con sujeción a los límites que imponen las normas imperativas, en razón al cual se fija un conjunto de obligaciones y derechos judicialmente exigibles, dada su condición de norma, ley o reglamento de la específica relación. De los contratos surge una pluralidad de obligaciones recíprocas entre las partes, –relaciones sinalagmáticas–, que conlleva la creación de derechos correlativos a las obligaciones contraídas, de suerte que las partes son al tiempo acreedoras y deudoras. **En ese orden de ideas, se entenderá que el contrato es el marco dentro del cual se fijan los derechos y obligaciones de las partes; la obligación por excelencia del deudor radica en satisfacer la prestación principal debida, la cual constituye el objeto del contrato.**

El contrato es un mecanismo o instrumento para la satisfacción de las necesidades de las personas, pero no constituye en sí mismo un fin, **elemento esencial del**

²Ibíd. Art. 32.- De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación [obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública].

³ Código Civil. Artículo 1495. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

⁴ Código de Comercio. Artículo 864. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial.

contrato es el acuerdo de voluntades en cuanto es la expresión de la intención de las partes de autorregular una situación.

2.2. De las obligaciones

En principio el incumplimiento es predicable de las obligaciones en particular y no del contrato en su generalidad, motivo por el cual es pertinente hacer referencia a este concepto.

Es así como se debe advertir que el término jurídico “obligación” no tiene definición legal –más allá de lo que se establece acerca de las civiles y naturales⁵– es así como la doctrina nacional lo precisa como el vínculo protegido por el derecho, que puede surgir de diversas fuentes jurídicas de acuerdo con las normas y la jurisprudencia –contratos, actos jurídicos unilaterales, hecho ilícito, ley, enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, fraude a la ley, etc.⁶–, en virtud del cual la parte deudora debe cumplir con una prestación a favor del acreedor, so pena de ejecución judicial. Al respecto el profesor Hinestrosa, señaló:

Obligación significa ligamen, atadura, vínculo, términos próximos entre sí, cuando no sinónimos, que vertidos al derecho implican una relación jurídica, o sea una relación sancionada por aquel, establecida entre dos personas determinadas, en razón de la cual un sujeto activo, que se denomina acreedor, espera fundadamente un determinado comportamiento, colaboración, que es la prestación, útil para él y susceptible de valoración pecuniaria, de parte y cargo de otro, sujeto pasivo, llamado deudor, quien se encuentra, por lo mismo, en la necesidad de ajustar su conducta al contenido del nexo, so pena de quedar expuesto a padecer ejecución forzada, o sea a verse constreñido alternativamente, a instancia de su contraparte, a realizar la prestación original o a satisfacer su equivalente en dinero y, en ambos casos, además, a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento⁷.

De igual manera cabe recordar que las obligaciones están constituidas por dos elementos denominados débito y responsabilidad⁸; que en virtud del primero el

⁵ Código Civil. Artículo 1527.- Las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se dado o pagado, en razón de ellas.

⁶ Código Civil. Artículo 1494.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia. Código de Comercio. Artículo 830. El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause. Artículo 831.- Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.

⁷ Fernando Hinestrosa. Tratado de las obligaciones. Universidad Externado de Colombia. 2002. Pág. 55.

⁸ *Ibidem*. Pág. 78. Resalta, entonces, los dos elementos característicos de la relación obligatoria: el débito y la responsabilidad. Débito consistente en la esperanza o creencia del beneficiario de la prestación, de que el obligado cumplirá exactamente el compromiso contraído, junto con la

deudor se encuentra llamado al cumplimiento del objeto debido, al comportamiento o conducta que el acreedor espera para su satisfacción; que el segundo es la posibilidad del acreedor, frente a la renuencia del deudor, de exigir judicialmente no solo el pago de la prestación *in natura*, sino también de los perjuicios ocasionados, dentro de los cuales aparecen claramente los intereses moratorios.

3. De la terminación unilateral

No existe ninguna norma con carácter general ni en el Código Civil ni en el de Comercio que defina o reglamente la terminación unilateral de los contratos, razón por la cual ha sido la doctrina la encargada de estudiar la figura, para concluir que no es aplicable a todo tipo de contratos sino únicamente a los de tracto sucesivo, principalmente a aquellos en los que no se pactó término de duración, y excepcionalmente a los de duración determinada. Francesco Messineo se refiere a ella como:

El medio para disolver la relación nacida del contrato, por la sola voluntad e iniciativa de una de las partes, sin necesidad de demanda judicial ni de juicio; basta que el que *desiste* comunique a la contraparte su decisión. Es por lo tanto un caso de derecho potestativo que, ejercitado, actúa extrajudicialmente⁹.

3.1. La terminación unilateral y otras figuras cercanas

Las siguientes figuras jurídicas tienen un enfoque desde la óptica del derecho privado, lo que se pretende es indicar que la Ley ha establecido una serie de casos similares a la terminación unilateral:

3.1.1. El derecho de retracto.

El derecho de retracto, de arrepentimiento o de desistimiento, es la manifestación de voluntad de desligarse unilateralmente de un contrato, retomando el consentimiento previamente otorgado, como si éste nunca hubiere existido, derecho de retracto que tiene su origen en el contrato o en la ley. En el primer caso encontramos las arras penitenciales, en las que cualquiera de los contratantes puede dejar sin efectos el contrato celebrado, perdiendo las arras el que las haya dado, o entregándolas dobladas el que las haya recibido (arts. 1859 C. C. y 866 C. Co.). Algunos otros casos de retracto consagrados en la Ley son: cuando le permite

necesidad en que se halla el deudor de preferir el interés ajeno al propio y acomodar sus actos y omisiones a la finalidad del vínculo. Y responsabilidad, término con el que se señala la posibilidad que tiene el acreedor, una vez establecida la renuencia del obligado al pago, de exigir coercitivamente la prestación específica determinada en el título y, en subsidio, trocado el bien o el servicio en dinero, realizar la expropiación forzosa de los bienes del deudor por causa de utilidad privada, hasta concurrencia del equivalente pecuniario de la prestación y de los perjuicios del incumplimiento, mediante proceso ejecutivo.

⁹ Francesco Messineo. Doctrina general del contrato II. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. Págs. 420 y 421.

al pasajero desistir del transporte contratado (art. 1002 C. Co.); en el caso del comprador que desiste del contrato de compraventa cuando el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega de la cosa (inc. 2º art. 1882 C. C.); o al contratante que encargó una obra, hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos y dándole lo que valga el trabajo hecho y lo que hubiere podido ganar en la obra (art. 2056 C. C.). El derecho de retracto es siempre potestativo en la medida en que queda al arbitrio de su titular decidir si lo ejercita o no. Otras veces el derecho a desistir es consecuencia del incumplimiento de una de las partes.

Importante señalar que existen algunas diferencias entre derecho de retracto y la terminación unilateral. En primer lugar, el derecho de retracto concierne tanto a contratos que todavía no han comenzado a ejecutarse como a aquellos cuya ejecución ya inició, mientras la terminación unilateral sólo tiene relevancia en contratos cuya ejecución se está desarrollando. En segundo lugar, mientras la retractación opera en todo tipo de contratos, sin importar que sean de ejecución instantánea, de ejecución prolongada o de tracto sucesivo, la terminación unilateral concierne exclusivamente a estos últimos. Finalmente, el retracto puede tener tanto efectos retroactivos como hacia el futuro, mientras que la terminación unilateral opera sólo hacia el futuro.

3.1.2. La renuncia.

La renuncia consiste en un acto por medio del cual una de las partes renuncia voluntariamente y tiene como efecto la extinción del contrato. En este sentido, la expresión se usa principalmente para calificar la ruptura del contrato de mandato por parte del mandatario (art. 2189 C. C.). La renuncia se considera una forma de revocación unilateral, que puede ser también terminación, cuando el mandato no implica la ejecución de un acto aislado sino una serie de actos sucesivos que se extienden en el tiempo.

3.1.3. La resolución y la terminación judicial por incumplimiento.

Cuando en un contrato bilateral uno de los contratantes injustificadamente incumple su obligación, el contratante que ha cumplido o se ha allanado a cumplir tiene dos alternativas: obligar al deudor a que cumpla o pedir la resolución del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios (art. 1546 C. C.). El Código de Comercio acoge la distinción doctrinal y jurisprudencial entre resolución y terminación, la primera con efectos retroactivos y reservada para contratos de ejecución instantánea, y la segunda con efectos hacia el futuro, y aplicable a contratos de ejecución sucesiva. La regla general es la necesidad de acudir al juez para que la decrete. Ante el incumplimiento de una de las partes el contrato no se resuelve de pleno derecho. La resolución y terminación judicial están subordinadas al incumplimiento de las obligaciones de uno de los contratantes y deben ser decretadas por el juez.

3.1.4. La revocación.

Noción de difícil delimitación no sólo porque no existe una definición legal de la misma, sino porque la doctrina no es unánime en cuanto a su ámbito de aplicación. Parece que la noción de revocación es un término equivalente al de terminación unilateral cuando la revocación designa la pérdida de efectos de un contrato de tracto sucesivo por la voluntad de una de las partes. De ahí tal vez el que en algunos casos el legislador utiliza la palabra revocación en lugar de terminación, como en el contrato de seguro, cuando señala que el contrato podrá ser revocado unilateralmente por cualquiera de los contratantes (art. 1071 C. Co.) o en el de fiducia mercantil, donde se faculta al fiduciante a revocar el contrato cuando expresamente se haya reservado ese derecho (num. 11 art. 1240 C. Co.). No obstante, esta equiparación es parcial, como quiera que la revocación es una noción más amplia que la de terminación unilateral. En primer lugar, la revocación concierne negocios jurídicos unilaterales y bilaterales mientras que la terminación unilateral no recae sino sobre contratos. En segundo lugar, la revocación de un acto jurídico puede producir tanto efectos retroactivos como hacia el futuro, al paso que la terminación unilateral no produce sino efectos hacia el futuro. En tercer lugar, cuando la revocación designa la ruptura de una convención, ella comprende la ruptura de común acuerdo (revocación voluntaria o amigable) y además la ruptura unilateral (revocación unilateral). Por su parte, la terminación unilateral descarta la idea de terminación amigable, de común acuerdo.

3.1.5. El desistimiento.

El término “desistimiento” se utiliza en derecho de contratos como sinónimo de “retractación”. En todo caso, es utilizado principalmente en derecho procesal para calificar una forma anormal de terminación del proceso, en la que el demandante renuncia a las pretensiones de la demanda y que tiene los mismos efectos que una sentencia absolutoria cuando esa renuncia es aceptada por el juez.

3.1.6. La resiliación.

Es la adaptación al español de la locución francesa *resiliation*, que designa la ineficacia futura de un contrato de tracto sucesivo, sea que esa ineficacia provenga de la voluntad de una de las partes (*resiliation unilateral*), o del común acuerdo (*resiliation conventionnelle*). Figura que tiene efectos hacia el futuro.

3.1.7. La rescisión.

Es una forma de ineficacia de los contratos por nulidad relativa, por lesión enorme o por vicios redhibitorios y que debe ser siempre decretada por el juez.

Frente al alcance de la terminación unilateral, vale la pena mencionar la sentencia del Consejo de Estado en la que el Magistrado Mauricio Fajardo puntualizó:

De otro lado, a propósito de la *terminación del contrato*, entendiendo que esa figura no es más que la finalización o extinción de la vigencia de un determinado vínculo obligacional, según los lineamientos que al respecto ha trazado la doctrina¹⁰, resulta perfectamente posible distinguir entre modos normales y modos anormales de terminación de los contratos.

En la primera categoría, esto es entre los *modos normales de terminación de los contratos de la Administración*, suelen y pueden incluirse las siguientes causales: **a).**- cumplimiento del objeto; **b).**- vencimiento del plazo extintivo de duración del contrato; **c).**- terminación o vencimiento del plazo extintivo convenido para la ejecución del objeto del contrato y **d).**- acaecimiento de la condición resolutoria expresa, pactada por las partes.

Los *modos anormales de terminación de los contratos de la Administración* se configuran, a su turno, por: **a).**- desaparición sobreviniente del objeto o imposibilidad de ejecución del objeto contratado; **b).**- terminación unilateral propiamente dicha; **c).**- declaratoria de caducidad administrativa del contrato; **d).**- terminación unilateral del contrato por violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades; **e).**- desistimiento -o renuncia-, del contratista por la modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte más del 20% del valor original del mismo; **f).**- declaratoria judicial de terminación del contrato; y **h).**- declaratoria judicial de nulidad del contrato.

Además se encuentra, como causal de terminación de los contratos de la Administración, el *mutuo consentimiento de las partes*, la cual se ubica en un estadio intermedio, puesto que no corresponde exactamente a los modos normales de terminación del contrato –puesto que al momento de su celebración las partes no querían ni preveían esa forma de finalización anticipada–, como tampoco corresponde en su totalidad a los modos de terminación anormal, dado que está operando la voluntad conjunta de los contratantes y ello forma parte esencial del nacimiento y del transcurrir normal de todo contrato (artículo 1602 C.C.)¹¹.

En la precitada sentencia, el Magistrado Mauricio Fajardo plantea que, dado que en las normas que rigen la contratación estatal, la *terminación unilateral* se ha previsto como una potestad excepcional a favor de las Entidades Estatales contratantes, se hace necesario examinar si en los contratos de la Administración Pública regidos por las disposiciones del Derecho Civil o del Derecho Comercial, según el caso, en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 80, las partes del contrato tendrían la posibilidad de convenir válidamente, por vía contractual, la potestad de terminación unilateral a favor de una de ellas. Sobre este punto en particular haré referencia en el capítulo en el que se analizan las distintas posiciones teóricas sobre la inclusión de cláusulas resolutorias expresas en este tipo de contratos.

Ahora bien, haciendo referencia a la terminación unilateral, cabe señalar que se trata de una potestad exorbitante que se manifiesta en un privilegio contractual derivado de la superioridad que ostenta la administración pública en su condición de titular del *imperium estatal*, cuyo efecto jurídico es el de extinguir el contrato, bajo la lógica que

¹⁰ Héctor Jorge Escola. Tratado integral de los contratos administrativos. Volumen I, parte general. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977. Páginas 469 a 499.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia de 2012. Exp. 22220. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

su ejercicio solo puede surgir ante la concurrencia de las causales objetivas previamente establecidas en la ley¹².

Dentro del género de la “*terminación unilateral de los contratos estatales*” por determinación de la Entidad Estatal contratante, se encuentran las siguientes modalidades: la terminación unilateral propiamente dicha, la caducidad y la terminación unilateral cuando se configuran causales de nulidad absoluta respecto del contrato estatal correspondiente, según las previsiones del inciso 2º del artículo 45 de la misma Ley 80.

A manera de enunciado haré referencia a las características comunes a estas tres modalidades: en todos los casos es la Ley la que consagra, de manera expresa, la facultad que tiene la administración para declararlas.

Las tres figuras producen en principio el mismo efecto, consistente en poner fin al respectivo contrato estatal, pues el objeto de todas ellas es dar por terminado el contrato estatal.

Las tres figuras solo pueden aplicarse a contratos vigentes.

La declaratoria en cualquiera de los tres casos, constituye un acto administrativo.

En las tres figuras, el acto administrativo podrá ser objeto de control judicial a través de la acción contractual.

Después de la declaratoria, en cualquiera de los casos, será necesario proceder a la liquidación del contrato estatal.

Se cumple con la función de tener la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato estatal por parte de la entidad estatal. Tiene por objeto evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos.

A continuación paso a desarrollar la terminación unilateral propiamente dicha y la caducidad:

3.2. Terminación unilateral en estricto sentido.

Figura jurídica que encuentra su sustento legal en los artículos 14 y 17 de la Ley 80 de 1993. De conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la citada norma, a las entidades públicas les asiste un mandato de dirección general del contrato, encaminado a mantener indemne la finalidad que se busca con la celebración del

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia de 2007. Rad. 25000232600019960248201. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

negocio jurídico, que no es otro que el de garantizar el bienestar general. Al respecto, el numeral 1 del artículo en cita, señala:

Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

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

Esta prerrogativa excepcional de la cual el Estatuto de Contratación dotó expresamente a la entidad estatal contratante como una herramienta cuyo fin exclusivo, lejos de ser un acto represivo contra el contratista o en contra de la ejecución del contrato mismo, es el de lograr el cabal cumplimiento de los cometidos estatales, y en ese sentido, impedir que se frustre la realización del objeto contractual. Tiene como objeto evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos. Cada vez que se ejerza esta potestad, deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener el equilibrio inicial. Lo anterior indica que la modalidad de terminación unilateral del contrato estatal **no es una sanción y por tanto, a partir de su ejecutoria no se genera inhabilidad alguna** en relación con el contratista afectado. Para dar aplicación a esta modalidad de terminación unilateral, la entidad contratante debe ceñirse a las causales establecidas en la Ley. **No se puede aplicar** en contratos con personas públicas internacionales o de cooperación, ayuda o asistencia en los contratos 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 del Art. 14 de la Ley 80/93, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguros tomados por las entidades estatales. **De manera voluntaria** puede pactarse en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos no mencionados en el artículo 14 de la Ley 80/93 se entiende que las cláusulas se encuentran prohibidas.

En este sentido el Consejo de Estado, señaló:

Esta modalidad de terminación unilateral únicamente puede tener aplicación respecto de aquellos específicos contratos estatales señalados en el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80, esto es: **a)** *“en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal”*; **b)** en los contratos que tengan por objeto *“la prestación de servicios públicos”*; **c)** en los contratos que tengan por objeto *“la explotación y concesión de bienes del Estado”* y **d)** *“en los contratos de obra”*, en cuanto en todos ellos resulta imperativa la inclusión de la cláusula excepcional de terminación unilateral; así mismo podría aplicarse en aquellos **f)** *“contratos de suministro”* y **g)** contratos *“de prestación de servicios”*, en los cuales se hubiere incluido expresamente esa cláusula excepcional, comoquiera que en estos dos (2) últimos casos dicha estipulación resulta facultativa y, por tanto, se encuentra expresamente autorizada por la ley su inclusión¹³.

Así las cosas, se evidencia que en materia de contratación estatal, las entidades públicas gozan de un privilegio ajeno al derecho privado, el cual tiene un fin exclusivo y es la satisfacción de las necesidades a cargo de la administración pública celebrante de un negocio jurídico que se canaliza por medio de las cláusulas excepcionales, a través de las cuales las entidades públicas pueden *“interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado”*.

Ahora bien, de las prerrogativas expuestas, reviste especial atención la terminación unilateral, como ya se indicó, se trata de un mecanismo tendiente a evitar que el Estado tenga un obstáculo jurídico que le imponga interrumpir, retardar o paralizar la continuidad de las actividades, funciones o servicios públicos a su cargo¹⁴ o incluso conjurar la situación de incumplimiento del contratista. En este sentido cabe indicar que la finalidad del contrato se debe entender como un mecanismo que tiene la Administración para regular las relaciones económicas con su co-contratante y de esta manera encausar los intereses hacia la búsqueda de la satisfacción de los objetivos estatales.

Marienhoff expresó:

La actividad del co-contratante debe tender a facilitar el cumplimiento de esos fines por parte del Estado, pero no es necesario que el co-contratante cumpla, ejecute o realice personal o directamente dichos fines, basta con que contribuya a que ello sea posible. No se trata de una substitución del Estado por el administrado para el cumplimiento de las funciones o fines a cargo de aquel, sino de una mera colaboración del administrado con el Estado para que éste cumpla dichas funciones¹⁵.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2012. Exp. 22220. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1293 de 2000. C.P. Luis Camilo Osorio Isaza.

¹⁵ Miguel S. Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo. T.III-A. 3 Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1993. Pág. 58

El deber de colaboración del contratista le implica en la ejecución de los contratos responsabilidad, diligencia y el deber de informar defectos y errores en cualquiera de las etapas del proceso de contratación.

Respecto a las causales que pueden dar lugar a la terminación unilateral, el artículo 17 de la ley 80 de 1993, prescribe:

Artículo 17. De La Terminación Unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sea del caso mencionar que respecto de la norma citada, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante Concepto 1293 del 14 de diciembre de 2000, explicó que la Administración provista de esta competencia no busca un efecto punitivo contra el contratista que le colabora en la obtención de los fines del Estado, sino que es un medio de control para evitar que las entidades públicas tengan obstáculos que interrumpan o paralizen la ejecución de las actividades o servicios públicos contratados.

En este orden de ideas, la Sala de Consulta, conceptuó:

Se reitera que según los explícitos dictados de la referida ley 80, es claro que la terminación unilateral tiene “... *el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos*” a cargo de la entidad estatal contratante y asegurar *la inmediata, continua y adecuada prestación...*” de los mismos.

La interpretación sistemática de los artículos 14 y 17 de la ley 80, así como lo dicho por la Sala en los conceptos 1293 de 2001 y 1952 de 2009, permiten señalar que la potestad exorbitante de terminación unilateral tiene las siguientes notas características: i) ámbito temporal para realizar la terminación: durante la ejecución del contrato; ii) las situaciones fácticas que lo permiten: la paralización y la afectación grave del servicio público; iii) la finalidad: evitar dicha paralización o afectación, iv) causales de procedencia, y v) debido proceso¹⁶.

Por otra parte, no obstante que el deber ser de las partes de un contrato es que cumplan con los acuerdos suscritos, no deja de ser cierto que en algunas

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 2150 de 2013. C.P. William Zambrano Cetina

circunstancias se pueden desatender las obligaciones contractuales, lo cual no resulta ajeno para el ordenamiento jurídico colombiano, que ha dispuesto una serie de mecanismos que regulan las consecuencias del incumplimiento contractual. Un ejemplo de dichas previsiones se encuentra en el artículo 1546 del Código Civil, en el que se señala que en todos los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria tácita 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. Igual presupuesto trae el Código de Comercio, el cual señala en su artículo 870, que “(...) *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.*”

A pesar de lo anterior, puede ocurrir que las partes de un contrato se interesen en la previsión de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones adquiridas, cuestión que es posible mediante la inserción de una cláusula resolutoria expresa.

3.3. Declaratoria de caducidad

Como ya se ha dicho, las entidades estatales tienen, entre otras potestades, las de interpretar, modificar y terminar unilateralmente el contrato, así como también la de declarar su caducidad ante el incumplimiento de las obligaciones del contratista. Facultades otorgadas por la ley, que surgen de la naturaleza especial de la relación existente entre la Administración y los particulares, de la condición de Estado y el cumplimiento de sus finalidades a través del contrato estatal.

La caducidad no solo goza de un carácter sancionatorio cuyo efecto es poner fin, de manera anticipada, a la relación contractual en virtud de la declaración unilateral que realiza la entidad estatal contratante cuando se configuran las hipótesis consagradas en las normas legales respectivas, sino que con ella se pretende la continuidad en la prestación de los servicios y funciones a cargo de las entidades estatales en los eventos en que se presente un incumplimiento del contratista que afecte grave y directamente el contrato y amenace con su paralización. En el escenario de la aplicación de la declaratoria de caducidad administrativa, como lo dispone el artículo 18 de la Ley 80 “*no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley*”, razón por la cual, una vez se encuentre en firme la declaratoria de caducidad, se genera para el contratista una inhabilidad que le impedirá por cinco (5) años participar en licitaciones ante cualquier entidad estatal así como celebrar contratos con cualquiera de dichas entidades y, por otra parte, se verá en la obligación de ceder los contratos celebrados o renunciar a su participación en los mismos si dicha cesión no fuere posible, artículo 9 Ley 80.

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, señala, entre otras cosas que:

- a) El Legislador pretendió con la institución de la caducidad -tanto en la Ley 80 de 1993 y antes con el Decreto-ley 222 de 1983 art. 62 letras a) a la f)- la remoción del contratista incumplido, con el fin de evitar que se interrumpa o paralice la prestación de los servicios y funciones a cargo de las entidades contratantes, y asegurar su continuidad, mediante la correcta ejecución del objeto contractual por la misma entidad o por un tercero en reemplazo del contratista incumplido. b) Por el anterior motivo, la oportunidad de la medida está íntimamente relacionada con el plazo de ejecución del contrato y, por tanto, una vez culminado éste, no es viable caducarlo para el propósito previsto en la ley, y con independencia de que no se haya extinguido el contrato en virtud de su liquidación; en efecto, se destaca que: i.) La caducidad es una atribución para afrontar el incumplimiento del contrato...¹⁷.

En el mismo sentido, la precitada providencia presenta la siguiente argumentación:

- i) Legalmente la caducidad sólo procede en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista "...que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización...". ii.) Se trata de un poder excepcional que le ha sido conferido a la Administración con la finalidad de afrontar el incumplimiento del objeto contractual y garantizar así la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos y funciones a cargo de la entidad contratante. iii.) El término o plazo concedido para la etapa de la liquidación unilateral o bilateral del contrato, no está destinado para la adopción de la caducidad del contrato. iv.) La facultad que tiene el acreedor de recibir o aceptar tardíamente o en mora el cumplimiento de la prestación, no puede ser entendida como una extensión del plazo estipulado en el contrato para ejecutarlo y que autorice, por tanto, declarar su caducidad dentro del término que se tiene para liquidarlo.

En ese orden de ideas, la Sala Contenciosa Administrativa, ha concluido que:

Las entidades estatales no deben esperar a que se venza el plazo de ejecución del contrato para comprobar si hubo un incumplimiento total del mismo y decretar la caducidad; todo lo contrario: las normas que consagran la facultad de declarar la caducidad exigen que el plazo no haya expirado para declararla, puesto que el incumplimiento que esas normas requieren para decretar la caducidad es el de las obligaciones que se deben ir cumpliendo continuamente para llegar al cumplimiento del contrato en su totalidad. Así, en la medida en que se acredite el incumplimiento de obligaciones que son fundamentales para la realización del objeto contratado, la entidad estatal, con un proceder diligente, advertirá que la prestación principal, el objeto del contrato, no será satisfecho dentro del plazo de ejecución y, por tal motivo, decretará la caducidad.

[...] Uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que *"la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del*

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2008. Exp. 17031. C.P. Ruth Stella Correa.

garante o de otro contratista...” y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado¹⁸.

Es del caso resaltar que el objetivo que se persigue con la declaratoria de caducidad no es otro sino que la Administración garantice y proteja la satisfacción de los intereses colectivos, pueda tomar posesión de la obra y continuar a la mayor brevedad con la ejecución de la misma.

3.4. Conclusión

A manera de conclusión de este capítulo, se podría decir que, no obstante la particularidad de las modalidades de terminación unilateral examinadas, las mismas tienen unas características en común, las cuales han sido reconocidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado en los siguientes términos:

a) el hecho de que en todos esos casos es la ley la que consagra, de manera expresa, la facultad para que la entidad estatal contratante pueda realizar su declaración; **b)** cada una de esas figuras produce, en principio, el mismo efecto, consistente en poner fin de manera anticipada al respectivo contrato estatal, comoquiera que el objeto de todas ellas es, precisamente, el de dar por terminado el contrato estatal en cuestión; **c)** como corolario obligado de la característica anterior, se impone destacar que la terminación unilateral del contrato en cualquiera de sus modalidades, por razones de lógica elemental, sólo es posible aplicarla en relación con contratos vigentes, puesto que resulta ontológicamente imposible dar por terminado un contrato que ya hubiere finalizado con anterioridad; **d)** la declaratoria correspondiente, en cuanto debe ser adoptada por una entidad estatal en desarrollo de su actividad contractual, constituye un verdadero acto administrativo de naturaleza contractual; **e)** como obvia consecuencia de la nota anterior, cabe indicar que en todos esos casos el respectivo acto administrativo que pone fin a un contrato estatal de manera unilateral, será pasible de control judicial en virtud de la acción de controversias contractuales, cuyo ejercicio deberá realizarse dentro del término de caducidad establecido para el efecto en la ley; **f)** una vez ejecutoriada la decisión administrativa que dispone o determina la finalización unilateral del correspondiente contrato estatal, será necesario proceder a la liquidación del contrato estatal en cuestión¹⁹.

Así las cosas, se concluye que la terminación unilateral regulada en la Ley 80 de 1993, se manifiesta a través de actos administrativos y su uso se encuentra condicionado a la habilitación previa y expresa que haga el legislador. De igual manera, se puede señalar que aquellas entidades excluidas de la Ley 80 de 1993, como las empresas industriales y comerciales del estado, carecen de competencia para poder hacer uso de tan importante herramienta.

4. Del marco constitucional de la contratación estatal

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. 15024. Sentencia de 2012. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2012. Exp. 22220. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

4.1. Principios constitucionales

Colombia es un Estado social de derecho, fundado en la prevalencia del interés general, entre cuyos fines esenciales se encuentran servir a la comunidad, promover la prosperidad, garantizar los principios, deberes y derechos, garantizar la participación ciudadana, y asegurar la vigencia de un orden justo²⁰. En este sentido debemos decir que la contratación estatal tiene un claro fundamento constitucional, como quiera que representa el medio más importante a utilizar por las entidades para cumplir adecuadamente sus funciones constitucionales y legales y realizar los fines del Estado, en colaboración con los particulares. Razón por la cual, toda la actividad contractual, desde la planeación hasta la liquidación, debe tener en cuenta los principios consagrados en la Constitución Política. Dávila Vinueza señala:

La importancia del interés general radica en el doble papel que juega en relación con el ejercicio de la función pública, porque por una parte justifica y legitima la actuación de las autoridades, pero por otra la limita y circunscribe.

Ello, por cuanto es claro que la actuación de los diferentes órganos y funcionarios de la Administración pública se justifica y legitima solo en tanto esté orientada hacia el cumplimiento de los fines del Estado. Al respecto, la Carta expresamente establece que la función administrativa está al servicio de los intereses generales²¹. Este mandato se aplica a todas las ramas del poder, independientemente que sus funciones sean concernientes a la expedición de normas, a la administración de justicia, o a la ejecución de diversas actividades administrativas

Con independencia de la perspectiva de la cual se le estudie, o de la identidad de quienes lo celebren, un contrato, en su acepción más simple y esencial es la institución jurídica a través de la cual dos o más partes consienten en obligarse la una con la otra con el fin de obtener mutuos beneficios²².

En este sentido la Corte Constitucional señaló:

Para el cumplimiento de los fines del estado, es necesario el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. Luego el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz²³.

En cuanto a los principios integradores de los contratos del Estado, la Corte Constitucional. Indicó:

Así las cosas, se tiene que los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales son: (i) el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual la Administración pública está en capacidad de celebrar todos los contratos que

²⁰ C. P. Arts. 1° y 2°.

²¹ C.P. Art. 209.

²² Luis Guillermo Dávila Vinueza. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Edit. Legis. Págs. 2 y 3.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-449 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

resulten necesarios para satisfacer los intereses de la comunidad; (ii) el principio de la prevalencia del interés público, que le reconoce a la Administración una prerrogativa especial para ajustar el objeto del contrato a las necesidades variables de la comunidad; (iii) el principio de la reciprocidad de prestaciones, según el cual, lo importante y relevante en el régimen de contratación es la equivalencia real y objetiva entre los derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual, y no la mera equivalencia formal y subjetiva con la que se llega a la simple satisfacción de los intereses individuales considerados por las partes cuando se formalizó el contrato; y finalmente; (iv) el principio de la buena fe, que obliga a la Administración pública y a los particulares contratistas a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos²⁴.

Sobre el particular el Consejo de Estado, Sección Tercera, manifestó lo siguiente en providencia del 3 de diciembre de 2007:

Principios constitucionales aplicables a la contratación pública:

La actividad contractual del Estado, como situación jurídica y expresión de la función administrativa se encuentra sometida en un todo al imperio de la Constitución Política. Uno de los propósitos de la Ley 80 de 1993, precisamente, fue adaptar la normatividad en materia contractual a los mandatos y principios de la Constitución Política de 1991, entre otros, los de legalidad (arts. 6, 121 Y 122 C.P), igualdad (art.13 C.P); debido proceso (art. 29), buena fe (art. 83 C.P); responsabilidad (art. 90 C.P), prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P), interés público (art. 2 C.P. y concordantes), imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad y publicidad (art. 209 C.P.)²⁵

En este sentido, el interés público que se pretende satisfacer a través de la actividad contractual se desarrolla bajo los principios constitucionales de la función administrativa (artículo 209 C.P.) dentro del marco constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular.

A su turno, el Consejo de Estado expresó:

El principio de la buena fe que se sustenta en el valor ético de la confianza constituye la base de las relaciones jurídicas, que impone a los sujetos de derecho determinados comportamientos y reglas de conducta, tanto en el ejercicio de sus derechos como en el cumplimiento de sus obligaciones²⁶.

Dávila Vinueza²⁷ refiere al profesor González Pérez, analizando el principio de la buena fe quién cita en su obra a Sainz Moreno, afirma lo siguiente:

La aplicación del principio de la buena fe, por otra parte, comportará la confianza de la Administración en que el administrado que con ella se relaciona va a adoptar un

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 2007. Rad. 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715). C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2007. Exp. 15469. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁷ Luis Guillermo Dávila Vinueza. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Edit. Legis. Pág.5.

comportamiento leal en la fase de constitución de las relaciones, en el ejercicio de sus relaciones y en el cumplimiento de sus obligaciones frente a la propia Administración y frente a otros administrados. Como lo ha dicho Sainz Moreno, la buena fe de la Administración frente al ciudadano consiste en la confianza de que éste, no solo no va a ser desleal con el comportamiento honesto de la Administración, sino que tampoco va a utilizar a la Administración para obtener en su beneficio resoluciones contrarias a la buena fe de otro ciudadano²⁸.

Cabe resaltar que del anterior postulado constitucional se derivan importantes consecuencias para la contratación de entidades estatales, de manera especial en lo que corresponde a los principios de economía, transparencia y autonomía de la voluntad. En este sentido la Ley 80 de 1993 expresamente consagra que la buena fe es un principio regulatorio de los procesos de selección y de interpretación de los contratos.

En consecuencia, la realización del interés general que involucra la actividad contractual dota a las entidades estatales de directas atribuciones de dirección, control y vigilancia en la ejecución de los contratos (artículos 2,14 y 32 de la ley 80 de 1993), las cuales se manifiestan, entre otras, en la potestad de terminación unilateral de dichos contratos. Igualmente, el contratista colaborador (artículos 3 y 5 de la citada ley 80) debe cumplir con sus obligaciones en el tiempo, modo, lugar y conforme a los demás aspectos convenidos en el contrato, por ende ejecutar fiel y cabalmente su objeto.

4.2. Principios rectores de la función administrativa.

Prescribe el artículo 209 de la Constitución Política que “*La función administrativa [...] se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad [...]*”.

Sobre estos preceptos Dávila Vinueza ha dicho:

Así pues, existe eficiencia cuando la gestión estatal, con un adecuado manejo de los recursos, obtiene los resultados consecuentes con los fines del Estado.

Por su parte, la eficacia suele identificarse con efectividad, porque hace referencia a la obtención de resultados con un determinado nivel de calidad.

[...] Por último, en virtud al principio de economía, la gestión estatal debe realizarse con la mínima dispersión de recursos de tiempo y dinero; es una noción similar a la de eficiencia, y por ende muy ligada a ésta²⁹.

Sobre este particular en sentencia del 29 de agosto de 2007, el Consejo de Estado dijo:

La carta Suprema en su artículo 209 ordena que el ejercicio de la función administrativa se encuentra sometido a los principios de igualdad, de moralidad, de eficacia, de

²⁸ Jesús González Pérez. El principio general de la buena fe en el derecho administrativo. Madrid. 1983. Pág. 57.

²⁹ Luis Guillermo Dávila Vinueza. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Edit. Legis. Pág. 6 y7.

economía, de celeridad, de imparcialidad y de publicidad, razón por la cual en la medida en que la contratación estatal puede identificarse como una actividad administrativa, necesariamente deben aplicársele estos mismos principios, sin perjuicio de muchos otros que también forman parte del texto constitucional y que revisten enorme importancia en relación con las actividades de las entidades del Estado.

Uno de tales principios, por ejemplo, es el de legalidad previsto en los artículos 6° y 121 de la Constitución Política, según el cual, todas las actuaciones que adelanten las autoridades del Estado deben estar previamente atribuidas por la Constitución Política y la ley, este principio fundamental en modo alguno podría considerarse ajeno a la actividad contractual del mismo Estado, puesto que solo en la medida en que las actuaciones que adelanten las entidades públicas, durante las etapas de selección de los contratistas o durante la ejecución de los contratos se ajusten rigurosamente al ordenamiento jurídico, se podrán tener por válidos los actos y contratos correspondientes³⁰.

5. De los principios de la contratación civil transversales a la terminación unilateral

5.1. Postulado de la autonomía de la voluntad dentro de un Estado social de derecho

El principio de la autonomía en el derecho contractual consiste en la potestad que tienen los sujetos de derecho de poder regular y de disponer por si mismos sus relaciones jurídicas. Se manifiesta principalmente en la libertad de contratar o no contratar, con quién hacerlo, cuándo hacerlo, seleccionar el tipo contractual que se ajuste a los intereses de las partes, establecer el contenido del negocio, entre otros³¹.

Ahora bien, dicha autonomía se manifiesta de manera principal a través del negocio jurídico, el cual es definido como un acto de autonomía dispositiva, en el que se regula o se dispone de intereses, para alcanzar una finalidad prevista y querida por el disponente. Dicho de otra manera, en el negocio jurídico hay un designio volitivo encaminado a la adquisición, modificación o extinción de un derecho subjetivo, **al cual el ordenamiento jurídico le reconoce plena eficacia y obligatoriedad**. La anterior precisión resulta de vital importancia, en tanto que la naturaleza jurídica de los documentos contractuales que se suscriben con ocasión de la ejecución de un contrato, obedece a la de un negocio jurídico, en el cual las partes disponen de sus propios intereses, renunciando en algunos casos o creando nuevas situaciones, todo bajo la lógica de la autonomía de la voluntad.

En este punto es pertinente recordar el artículo 1494 del Código Civil, que señala como una de las fuentes de las obligaciones el contrato; a su turno, el artículo 1602

³⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Exp. 15324. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³¹ Fernando Hinestrosa. Estudios de Derecho Privado, Bogotá. Función, límites y cargas de la autonomía privada. Universidad Externado de Colombia. 1986. Pág. 14

de la citada norma prescribe que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes, norma que constituye el reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad como actividad que crea, modifica o extingue relaciones jurídicas entre personas cuya manifestación suprema la constituye el negocio jurídico. Este se entiende como el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con los demás. No obstante, el poder que se les reconoce a las partes para reglamentar por sí el contenido de las obligaciones, no puede ser absoluto, pues encuentra límites en nociones como el orden público y las buenas costumbres, los cuales se encuentran recogidos en el artículo 16 del Código Civil, según el cual “*no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia está interesado el orden y las buenas costumbres*”³². Se ha entendido por la doctrina y la jurisprudencia que si la autonomía de la voluntad no es contra derecho o contra las buenas costumbres, es ley para las partes y rige los contratos, y si sus estipulaciones son claras no caben interpretaciones que las alteren.

El reconocimiento que el estatuto de contratación hace a la autonomía de la voluntad se concreta, entre otros, en los siguientes eventos: libertad de contratar o no, libertad de establecer algunas estipulaciones contractuales, posibilidad de recurrir a mecanismos de arreglo directo, posibilidad de sustraer del conocimiento de la jurisdicción ordinaria para pasarlo a la arbitral, posibilidad de terminar por mutuo acuerdo el contrato. Señala Dávila Vinueza,³³ la voluntad no es omnímoda sino que tiene límites y cargas. Constituyen límites no solo leyes imperativas sino las buenas costumbres y el orden público, de igual manera la voluntad debe ser clara, transparente y sin sorpresas. Corresponde a las partes minimizar la ambigüedad, particularmente en los pliegos de condiciones. Dice:

De suerte que en el artículo 1602 del Código Civil se recoge y condensa la regla de oro de la autonomía de la voluntad para crear, modificar y extinguir obligaciones, pues no solamente se reconoce explícitamente el poder de los particulares para regular por sí mismos el contenido y la modalidad del contrato, sino que también se les advierte a los contratantes que dicho reconocimiento sino al contrato que ha sido “legalmente celebrado”, es decir, a aquel cuya celebración se ha sometido al cumplimiento de las disposiciones legales previstas para su validez, pues se previene que, si así no procede, puede ser invalidado por causas legales; y, desde luego, también se les reconoce el poder de que disponen para invalidar, por su mutuo consentimiento, el contrato legalmente celebrado³⁴.

El reconocimiento de la voluntad privada para regular los propios intereses de los particulares, como si fuera una ley, se robustece con el contenido del artículo 1618 del Código Civil, bajo cuyo tenor, “*conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras*”, precepto respecto del cual la Corte Suprema de Justicia ha dicho: “*La ley no reconoce*

³² Derecho de las Obligaciones. Marcela Castro de Cifuentes (coordinadora). Rafael Romero Sierra. Tomo II. Segunda edición. Universidad de los Andes. Edit Temis. Págs. 261 y 262

³³ *Ibidem*. Pág. 529.

³⁴ *Ibidem*. Pág. 263.

*palabras sacramentales y la intención de las partes es la norma suprema para la interpretación de los contratos. Si las partes quisieron obligarse mutuamente por cierto lazo jurídico, ese consentimiento no puede depender de las palabras empleadas para manifestarlos...*³⁵. Pese a lo anterior, cabe señalar que este principio no solo está limitado por el orden público y las buenas costumbres, sino que se ve afectado también por razones de interés público y social, como consecuencia de la evolución de políticas que imponen restricciones a la autonomía de la voluntad, como por ejemplo en las relaciones laborales o en los de protección al consumidor.

A partir de una concepción liberal la autonomía privada se basa en dos pilares: la igualdad de las partes y la libertad en la negociación. Se parte de un ideal de sociedad integrada por sujetos libres e independientes y cuyas decisiones son las más adecuadas para la realización de sus intereses, sin embargo, este ideal en la práctica no existe por lo que los límites son necesarios³⁶.

5.2 Límites a la autonomía de la voluntad

Tradicionalmente los límites se refieren a normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres. Bernal Fandiño señala que:

Las normas imperativas son aquellas sobre las cuales las partes no pueden pactar en contrario. El orden público en un conjunto de principios trascendentes para una colectividad y que, de ser transgredidos, se puede poner en peligro la convivencia pacífica dentro de una sociedad. Es un concepto dinámico puesto que estos principios cambian con el tiempo y serán los jueces los que terminen su alcance según el contexto de cada situación. Las buenas costumbres se han considerado como el aspecto "moral" del orden público³⁷. No compartimos esta posición en la medida en que consideramos que la moral es una cuestión subjetiva, propia del fuero interno de las personas, sobre la cual el derecho no tiene injerencia. Optamos por cambiar la noción de moral por la de ética, pues esta se refiere a un común denominador social, de manera que no se imponen los máximos de conducta moral de cada individuo sino que se tiene como referencia unos mínimos de conducta necesarios para vivir en comunidad. En este orden de ideas, las buenas costumbres pueden entenderse como principios éticos que un conglomerado social considera como generalmente aceptados³⁸.

De igual manera, la autonomía de la voluntad encuentra límites en el Estado social de derecho. La concepción del liberalismo clásico acerca de los derechos individuales se ha modificado hacia un enfoque más social, lo que ha generado tensión entre la autonomía privada y el principio de la solidaridad, se ha afirmado que uno de los retos

³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de septiembre de 1930. Pág. 88.

³⁶ Juan Pablo Cárdenas (Editor). Derecho Comercial cuestiones fundamentales. Mariana Bernal Fandiño. Primera Edición. Universidad del Rosario. Edit. Legis. Pág 178.

³⁷ Fernando Hinestrosa. Tratado de las obligaciones. Tercera edición, Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2007. Pág. 282.

³⁸ Juan Pablo Cárdenas (Editor). Derecho Comercial cuestiones fundamentales. Mariana Bernal Fandiño. Primera Edición. Universidad del Rosario. Edit. Legis. Pág 178.

del derecho comercial consiste en conjugar la autonomía privada y la defensa de los derechos fundamentales de los terceros³⁹.

El estado social de derecho y la posibilidad de intervenir en la vida económica para proteger el interés general limitan la autonomía privada en materia contractual. Es así como principios del derecho mercantil como la libertad de empresa, la libre competencia, la finalidad de lucro y la especulación se ven limitados por una intervención estatal, que a través de la regulación o del juez, puede ajustar los contratos a los parámetros constitucionales de un Estado social de derecho⁴⁰. La jurisprudencia ha reconocido que si bien existe libertad de contratación, esta se encuentra limitada por la ley y por la necesidad de una intervención para garantizar relaciones justas y libres, pues *“toda libertad está gobernada por el marco axiológico de la Constitución que incorpora como principio basilar el de la solidaridad social y la prevalencia del interés general”*⁴¹. Incluso si la actividad no es de interés público también se presentan restricciones de tipo constitucional a la autonomía privada como sucedió en el caso de un establecimiento de comercio que le negó la entrada a una persona por su raza⁴². Aquí la libertad de contratación encuentra su límite en el principio constitucional de no discriminación.

5.3 De la buena fe

La buena fe contractual que rige los contratos, consiste fundamentalmente en **respetar en su esencia lo pactado**, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, **en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte**, y en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato, sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la **lealtad y corrección de la conducta propia**. Respecto al principio de buena fe, el artículo 1603 del Código Civil dispone:

ARTÍCULO 1603. Ejecución De Buena Fe. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

Sobre este principio consagrado en la Constitución Política en el artículo 83, la jurisprudencia constitucional lo ha definido como la necesidad que tienen los particulares y las autoridades públicas de actuar de forma honesta y leal⁴³. Tradicionalmente se ha establecido la diferencia entre buena fe subjetiva y objetiva.

³⁹ Ibídem. Pág. 179.

⁴⁰ Ibídem. Pág. 180.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia T-420 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes. En esta sentencia la Corte se refiere a los límites de la autonomía privada con ocasión de un conflicto entre una agencia de publicidad y un periódico que suspendió el crédito y la pauta publicitaria de la agencia.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia T-131 del 23 de febrero de 2006. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-1194 del 3 de diciembre de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Mientras la buena fe subjetiva se refiere a una creencia de obrar conforme a derecho, la buena fe objetiva corresponde a una regla de conducta⁴⁴. La buena fe objetiva encuentra su campo de acción en el derecho de los contratos, pues se espera que los contratantes actúen de manera honesta, clara, leal y coherente. Así está establecido en los Códigos Civil y de Comercio⁴⁵. A su turno, la Corte Suprema de Justicia ha entendido la buena fe objetiva como una regla orientadora del comportamiento “que atañe al dictado de precisos deberes de conducta que, por excelencia, se proyectan en la esfera pre-negocial y negocial y, en procura de la satisfacción y salvaguarda de intereses ajenos (deberes de información, de claridad o precisión; de guarda material de la cosa; de reserva o secreto, etc.)”⁴⁶

5.4. De la fuerza obligatoria del contrato

La autonomía privada reflejada en la libertad contractual tiene una consecuencia: la obligación de acatar lo acordado. De una libertad inicial sigue un deber de cumplimiento. La fuerza obligatoria de los contratos radica en el acuerdo de voluntades, el conocido aforismo *pacta sunt servanda*, aunque la doctrina expone otros fundamentos:

Como las exigencias de la vida social, como un imperativo de la seguridad y del orden. Para otros la fidelidad de la promesa garantiza la defensa de los bienes de toda clase, que es la finalidad del derecho. Los contractualistas (Grocio, Pufendorf, Rousseau) la fundamentan en un pacto social tácito; y los utilitaristas (Bentham), en un interés positivo en beneficio de la sociedad y del individuo. Otros se apoyan en un natural impulso psicológico a cumplir (Lipps); o en el deber universal de decir la verdad o en un imperativo moral dirían los canonistas. Como también hay otros que indican el derecho positivo como el fundamento de toda validez jurídica⁴⁷.

Cuando el acuerdo es asumido libremente, nace para las partes la obligación de ejecutarlo. De ahí la importancia del consentimiento manifestado de forma libre.

6. De la terminación anticipada del contrato en el derecho privado y naturaleza jurídica de la cláusula resolutoria expresa

Los contratos deben ser cumplidos por las partes de buena fe, en la totalidad de sus obligaciones y en la forma y momento debidos. Razón por la cual es el cumplimiento la forma normal de extinción del vínculo contractual, aunque el contrato puede extinguirse por causas establecidas en la ley o en el contrato mismo.

⁴⁴ DERECHO COMERCIAL. CUESTIONES FUNDAMENTALES. Juan Pablo Cárdenas Mejía, Juan Jacobo Calderón Villegas y Yira López Castro Editores. Primera edición. 2016. Universidad del Rosario. Editorial Legis. Pág. 174.

⁴⁵ Código Civil. Artículo 1603, y Código de Comercio. Artículos 863 y 871.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de agosto de 2001. Rad. 6146. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

⁴⁷ Gabriel Escobar Sanín. Negocios Civiles y Comerciales. Tomo II. Teoría general de los contratos. Medellín. Biblioteca jurídica Dike 1994. Pág. 21.

En este sentido vale la pena anotar lo dicho en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al hacer referencia a sentencia de la Corte Suprema de Justicia:

De esta manera, no sólo por disposiciones constitucionales sino por la noción misma del contrato como instrumento jurídico – económico, este puede terminar en cualquier momento. Siguiendo los artículos 1602 y 1625 C.C., las causales de dicha terminación pueden ser, entre otras, consenso de las partes (resciliación o mutuo disenso) o porque ellas en ejercicio de la autonomía de la voluntad ceñida a la ley y a la buena fe han dispuesto de manera clara, expresa e inequívoca la terminación unilateral del contrato, esto es, la cesación o extinción del negocio jurídico por **acto unilateral**⁴⁸ de una parte⁴⁹.

Respecto del mutuo disenso, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia refirió hace un tiempo que es uno de los correctivos jurídicos que tienen las partes contratantes en el régimen común para terminar el contrato, esto es:

[..] La primera forma de disolución del contrato autorizada por la ley, que otros denominan mutuo disenso, resciliación o distracto contractual, es la prerrogativa que asiste a las partes, fundada en la autonomía de la voluntad, para deshacer y desligarse del contrato entre ellas celebrado. Fundados en el mismo principio, pueden mutuamente extinguir sus obligaciones, tal como lo enseña el primer inciso del artículo 1625 del Código Civil, en cuanto dice que toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula⁵⁰.

De acuerdo con lo anterior se concluye que dentro del acuerdo extintivo del negocio jurídico, además del mutuo disenso, está la posibilidad de pactar la condición resolutoria expresa. Sobre este particular expresó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

Por lo demás, la condición resolutoria expresa opera de pleno derecho desde que ella se cumple sin decisión judicial y la parte así lo declara a la otra y extingue las obligaciones pendientes del contrato sometido bajo esa condición. El hecho de que se controvierta ante el juez su ocurrencia no limita este efecto extintivo, dado que el pronunciamiento judicial es meramente declarativo, y es la voluntad de las partes la que hace obrar por su iniciativa la disolución del vínculo contractual; el juez verifica solamente si los hechos pertinentes se han realizado, y si los hechos han sido de la manera preestablecida. Pero la resolución no la pronuncia, es decir, no nace por su declaración en la sentencia⁵¹

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de diciembre de 2010 Exp. No. 41001310300120020846301. M.P. Arturo Solarte Rodríguez

⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil. Rad. 2150. 2013. C.P. William Zambrano Cetina.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 1979. G.J.t. CLIX. Pág. 306; en similar sentido: sentencia de 16 de julio de 1985, G.J. t. CLXXX. Pág. 125; 15 de septiembre de 1998. G.J. t. CCLV. Pág. 588.

⁵¹ *Ibíd.* Sala de consulta y servicio civil. Rad. 2150. 2013.

A juicio de la jurisprudencia en comento y la doctrina, respecto a la terminación unilateral, la falta de referencia expresa en el Código Civil de la misma dentro de los modos extintivos no es argumentación válida para descartar su procedencia jurídica, por cuanto la ley la consagra en numerosas hipótesis y contratos de derecho privado:

En general, ante la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo, lo cual no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces.⁵²

Se tiene pues que la condición resolutoria expresa es una modalidad de extinción del negocio jurídico según las estipulaciones y cláusulas del contrato, en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes. Al respecto, se discute si las entidades exceptuadas del régimen de contratación estatal tienen la posibilidad de pactar cláusulas tales como la terminación unilateral por incumplimiento del contrato, sin que ello implique la existencia de una parte más fuerte dentro de la relación jurídica, la ruptura de la igualdad entre los contratantes o el ejercicio de una potestad arbitraria o exorbitante propia del derecho contractual público, lo cual supone un problema por la privación de una instancia que permita resolver el contrato, sin necesidad de declaración judicial. Parte de la doctrina y la jurisprudencia ha considerado que esta figura constituye un privilegio predicable de una relación jurídica de subordinación propia del derecho público, no obstante, ha tomado fuerza una teoría que considera que su pacto no supone un privilegio de parte, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, no se puede dejar de lado que, no obstante el deber ser de las partes de un contrato, es que cumplan con los acuerdos suscritos, no deja de ser cierto que en algunas circunstancias se pueden desatender las obligaciones contractuales, lo cual no resulta ajeno para el ordenamiento jurídico colombiano, que ha dispuesto una serie de mecanismos que regulan las consecuencias del incumplimiento contractual. Un ejemplo de dichas previsiones se encuentra en el artículo 1546 del Código Civil, en el que se señala que en todos los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria tácita en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios. Igual supuesto trae el Código de Comercio, el cual señala en su artículo 870, que *“(...) 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.”*

⁵² Guillermo Ospina Fernández. Régimen General de las Obligaciones. Ed. Temis. Bogotá. 2005. Págs. 313 a 315

6.1 La terminación anticipada en el Estatuto General de Contratación Pública

La normatividad aplicable a los contratos estatales deviene de la Constitución Política y de las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo lo expresamente regulado por la ley 80 de 1993.

El artículo 32 ibídem define los contratos estatales, en concordancia con esta norma el artículo 40 de la 80 reitera el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal. De igual manera agrega que en los contratos celebrados por 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”* (inciso 4 ibídem).

En este sentido, puntualizó la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto 2150, ya citado, que lo indicado sobre la terminación anticipada por mutuo disenso de los contratos en el derecho privado, al tener pleno soporte constitucional y legal en las normas mercantiles y civiles, cobra vigencia para la contratación estatal por disposición expresa de los artículos 13, 32 y 40 de la ley 80 de 1993. No obstante, para dicha terminación no basta el simple acuerdo de las partes, sino que debe verificarse que la extinción del vínculo contractual esté conforme con la finalidad de interés público ínsita en la contratación estatal y la observancia de los principios constitucionales de la función administrativa. Deberá la entidad estatal evaluar que los fines del Estado, el interés y el servicio público que se quieren satisfacer con el contrato, se observarán más efectivamente con la inclusión de manera expresa y clara de una cláusula que permita la terminación anticipada por mutuo disenso del contrato al presentarse ciertas condiciones previamente establecidas

7. Inclusión de cláusulas resolutorias expresas que permitan la terminación unilateral en los contratos estatales con régimen privado de contratación

Se discute si las entidades exceptuadas del régimen de contratación pública pueden pactar cláusulas tales como la terminación unilateral por incumplimiento del contrato, sin que ello implique la existencia de una parte más fuerte dentro de la relación jurídica, la ruptura de la igualdad entre los contratantes o el ejercicio de una potestad arbitraria o exorbitante propia del derecho contractual público, lo cual supone un problema para estas entidades por la privación de una instancia que permita resolver el contrato, sin necesidad de declaración judicial. En este sentido, se analizarán las diferentes posiciones tanto doctrinales como jurisprudenciales generadas frente a la posibilidad de permitir la resolución unilateral de pleno derecho por incumplimiento.

7.1. Tesis que rechazan la posibilidad de incluirla

Una de las características del contrato administrativo es que la Administración goza de ciertas prerrogativas de carácter excepcional, justificadas en la necesidad de garantizar la adecuada prestación de los servicios públicos y la prevalencia del bienestar general, lo que hace que la relación negocial entre el Estado y el contratista sea desigual, con miras al cumplimiento de su finalidad.

Para el Consejo de Estado el principio de legalidad es orientador del ejercicio de las actividades de las entidades con régimen privado, corporación que consideró en su momento que la potestad de terminación unilateral por parte de la administración no se encuentra sometida a la autonomía de la voluntad de las partes, sino que, por el contrario, su tratamiento se encuentra previsto en el ordenamiento jurídico, razón por la cual la actividad que despliegue en materia contractual está supeditada al principio de legalidad. En cuanto al privilegio con que cuenta la Administración Pública en los contratos que celebra, como el de la decisión unilateral y ejecutoria, que le permite ejercer directamente potestades y derechos otorgados por la Ley, sin tener que acudir ante la Justicia Contencioso Administrativa, ha indicado que se trata de un poder que es ajeno a las facultades de los particulares, salvo expresa autorización legal. Para ilustrar con mayor profundidad lo antes expresado me referiré a las siguientes sentencias del Consejo de Estado, en las cuales puntualizó:

Así mismo, es necesario señalar que la actividad en materia contractual desplegada por la Administración se encuentra supeditada al principio de legalidad en cuanto que sus decisiones deben encontrarse sometidas a las atribuciones y competencias determinadas expresamente por la Ley. Ello significa que cuando las entidades del Estado se relacionan con los particulares, mediante el vínculo contractual, el ejercicio de las facultades requiere de definición legal previa y expresa, en tanto que es la propia Ley la que establece límites a la autonomía de la voluntad, por tanto, aunque en virtud del principio de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto la ley no las haya facultado para ello y, se reitera, las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual⁵³.

En otro fallo expresó:

Se hace claridad sobre las potestades de la Administración cuando el régimen jurídico que impera en el contrato es de derecho privado.

[...] Pero esa facultad de imponer multas en forma unilateral, no puede ser usada sino en los casos en los cuales expresamente lo autoriza la ley, es decir, en los contratos administrativos, hoy denominados contratos estatales, sin que pueda una entidad de derecho público extenderla a otros eventos no consagrados en la norma, bajo el argumento de que ese es un contrato de naturaleza especial. No es la importancia de la materia del contrato, en este caso, las exportaciones, no lo que sobre ella opine la entidad, lo que faculta para usar poderes exorbitantes. Ese establecimiento público

⁵³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1994. Rad. 7879. C.P. Carlos Betancourt Jaramillo.

demandado, sólo podía usar tales poderes cuando se encuentre frente a uno de los contratos señalados en el Art. 16 del Decreto 222/83, pero no en uno que no está incluido en esa norma, los cuales se regirán por el derecho privado, donde el incumplimiento y la sanción que de él se derive, sólo puede ser decretado por los jueces (...)⁵⁴.

Frente a que el régimen del contrato sea el correspondiente al derecho privado, en el cual las partes actúan en igualdad de condiciones, señaló la citada corporación:

Resulta claro que ninguna de ellas estaba autorizada para hacer uso de prerrogativas o potestades que son propias del derecho público y por ende, no usuales en el derecho común.

[...] en aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos detentan la naturaleza de contratos estatales, por lo tanto, aunque en virtud del principio de autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiera estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto que la ley no las ha facultado para ello y las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual⁵⁵.

En esta misma sentencia recordó el Consejo de Estado que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 tiene prevista la prescindencia de las cláusulas excepcionales tratándose de contratos interadministrativos; en consecuencia, en esta clase de contratos no es posible estipular cláusulas excepcionales al derecho común.

En sentencia posterior, refiriéndose a la igualdad de condiciones que debe prevalecer en los contratos de derecho privado, la misma corporación señaló:

En principio se puede afirmar que uno de los privilegios con los cuales cuenta la Administración Pública en los contratos que celebra es el de la decisión unilateral y ejecutoria, el cual le permite ejercer directamente potestades y derechos otorgados por la Ley, de manera expresa, sin tener que acudir ante la Justicia Contencioso Administrativa. Se trata de un poder que es ajeno a las facultades de los particulares, salvo expresa autorización legal.

[...] En este sentido cabe precisar que uno de esos actos administrativos para los cuales la Administración Pública requiere competencia para su adopción, lo que es lo mismo, autorización legal para su expedición es aquél mediante el cual se liquida un

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1994. Exp. 9288. C. P. Daniel Suárez Hernández.

⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2009. Rad. 24639. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

contrato de manera unilateral, en tanto, a través de dicho acto se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas (...) ⁵⁶.

Para la corporación resultaba claro que ninguna de las partes estaba autorizada para hacer uso de potestades que son propias del derecho público, y por ende, no usuales en el derecho común, por tanto, en los contratos que celebren las entidades de derecho público, cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos detentan la naturaleza de contratos estatales. En otro caso, relacionado con la declaración de la caducidad del contrato, se señaló que al aplicar este tipo de cláusulas se rompe con el principio de igualdad, posibilidad que es insólita en contratos de derecho privado regidos por las normas del Código Civil y del Código de Comercio, régimen al que están sujetas entre otras, las empresas industriales y comerciales del Estado, al respecto enfatizó:

Esas facultades excepcionales, como por ejemplo, la de declarar la caducidad del contrato, según reiterada jurisprudencia, es un juzgamiento que efectúa una de las partes del mismo, la entidad estatal, respecto del cumplimiento de la otra parte del negocio jurídico para determinar si existe un incumplimiento de sus obligaciones, rompiendo con ello, el principio de igualdad que tradicionalmente había caracterizado a las relaciones contractuales. Esta posibilidad es insólita en los contratos de derecho privado celebrados entre particulares y regidos por las normas del Código Civil y del Código de Comercio, régimen jurídico al cual, como se explicó, estaban sujetas las empresas industriales y comerciales del Estado para la fecha del contrato origen de esta controversias y cuyas normas en principio, "... si bien permiten que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes puedan pactar sanciones al incumplimiento contractual como la cláusula penal en sus artículos 1592 y 867 respectivamente, no contemplan la posibilidad de que una de las partes pueda por sí y ante sí declarar dicho incumplimiento respecto de la otra, siendo el juez competente para resolver las controversias surgidas de esa relación contractual, quien debe determinar la existencia y extensión de tal incumplimiento y por ende, la procedencia del cobro de la sanción pactada.

Así las cosas, advierte la Sala que las cláusulas (...) del contrato, en tanto facultan a la administración, contratante para imponerlas o declararlas unilateralmente, adolecen de un vicio de nulidad absoluta, esto es, objeto ilícito, al contravenir normas de derecho público y de carácter imperativo, y por tal motivo la Sala, en ejercicio de sus facultades legales, de oficio las declarará nulas (...) ⁵⁷.

Posteriormente en sentencia del 15 de febrero de 2012, expediente 19730 señaló que el verdadero vicio que ostentaba el caso en estudio era que la cláusula contractual que permitía la terminación unilateral y discrecional, o *ad nutum*, es

⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2009. Rad. 16372. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2011. Rad. 15.476. MP. Ruth Stella Correa Palacio.

ilegal, no sólo por no corresponder con una de las causas enlistadas legalmente para ponerle fin al contrato estatal sino también por ser contraria al servicio público y al interés general ya que obligatoriamente toda la actividad de las partes debe enderezarse hacia la ejecución del objeto contractual y no hacia su inejecución.

Ahora bien, en cuanto a la ejecución del contrato, resulta pertinente hacer referencia a las sentencias de la Sección III con radicado 24510 y 25681 cuyo ponente fue el Consejero Jaime Orlando Santofimio, no obstante una de ellas se trató de un contrato de arrendamiento entre una entidad regulada por el estatuto de contratación pública y un particular, se pactó en una de sus cláusulas que se regiría, entre otros, por el principio de terminación unilateral, estipulación que está en contra de la expresa prohibición consagrada en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 que ordena prescindir en esta clase de contratos de las potestades excepcionales, sin embargo vale la pena traerla a colación por los argumentos esbozados en referencia al principio de legalidad:

Las estipulaciones para dar por terminado el contrato unilateralmente y de manera discrecional, que hoy en día encuentran cabida con mayor vigor en el derecho privado, no son admisibles en los contratos estatales porque la prestación del servicio público y el interés general lo impiden (...) Aún más, pactar en un contrato estatal la posibilidad de darlo por terminado de manera discrecional o “a conveniencia” de una de las partes (así se haya convenido sólo a favor de la entidad contratante) también pone en evidencia que para celebrar ese negocio jurídico, la Administración desatendió el principio de la planeación. (...) la potestad exorbitante que tiene la Administración de dar por terminado el contrato no es una facultad discrecional sino que debe cimentarse en las causales previstas en la Ley y por consiguiente en ningún caso puede soportarse la decisión en una cláusula contractual que no tenga correspondencia con una causa legalmente prevista. (...)

Y como la determinación que haya de tomar la Administración debe verse en un acto administrativo, éste no sólo debe ser comunicado sino que además debe ser debidamente motivado y en su producción ha debido hacerse efectivo el debido proceso permitiendo la audiencia y la defensa del contratista. (...) En consecuencia, si en un contrato de esta laya la Administración incorpora la potestad excepcional de darlo por terminado unilateralmente, esa cláusula es absolutamente nula porque se está pactando contra expresa prohibición legal⁵⁸.

Continúa la sentencia indicando que:

Así que entonces, una vez celebrado el contrato, la ejecución del objeto contractual resulta siendo la finalidad que debe ser atendida primordialmente por las partes contratantes y es por esto que resulta contrario a la prestación del servicio público y por ende al interés general la posibilidad de terminar los contratos estatales unilateralmente y de manera discrecional o *ad nutum*.

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2013. Rad. 24510. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Con otras palabras, las estipulaciones para dar por terminado el contrato unilateralmente y de manera discrecional, que hoy en día encuentran cabida con mayor vigor en el derecho privado, no son admisibles en los contratos estatales porque la prestación del servicio público y el interés general lo impiden. Aún más, pactar en un contrato estatal la posibilidad de darlo por terminado de manera discrecional o “a conveniencia” de una de las partes (así se haya convenido sólo a favor de la entidad contratante) también pone en evidencia que para celebrar ese negocio jurídico, la Administración desatendió el principio de la planeación.

En efecto, si, de acuerdo con la normatividad, se persigue que los contratos del Estado deben ser “*debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el sector público, un acto semejante resulta siendo el mejor indicativo de la improvisación.*”

[---] Así que las terminaciones unilaterales y discrecionales de los contratos estatales no son admisibles y esta afirmación se corrobora fácilmente con sólo repasar las normas de la contratación estatal, en especial los artículos 17, 18 y 45 de la Ley 80 de 1993, de donde se desprende que la potestad que tiene la Administración para dar por terminado unilateralmente el contrato no es discrecional sino que está reglada, como toda actividad administrativa, y que debe ejercerse con fundamento en las expresas y precisas causas, y solo en ellas, que están previstas en la ley.

[---] Con otras palabras, todo lo anterior significa que la potestad exorbitante que tiene la Administración de dar por terminado el contrato no es una facultad discrecional sino que debe cimentarse en las causales previstas en la Ley y por consiguiente en ningún caso puede soportarse la decisión en una cláusula contractual que no tenga correspondencia con una causa legalmente prevista.

De igual manera en fallo con radicado interno 25681 puntualizó:

Pues bien, de este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos y que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general.

Así que entonces, una vez celebrado el contrato, la ejecución del objeto contractual resulta siendo la finalidad que debe ser atendida primordialmente por las partes contratantes y es por esto que resulta contrario a la prestación del servicio público y por ende al interés general la posibilidad de terminar los contratos estatales unilateralmente y de manera discrecional o ad nutum.

Con otras palabras, las estipulaciones para dar por terminado el contrato unilateralmente y de manera discrecional, que hoy en día encuentran cabida con mayor vigor en el derecho privado, no son admisibles en los contratos estatales porque la prestación del servicio público y el interés general lo impiden.

(...) Así que las terminaciones unilaterales y discrecionales de los contratos estatales no son admisibles y esta afirmación se corrobora fácilmente con sólo repasar las normas de la contratación estatal, en especial los artículos 17, 18 y 45 de la Ley 80 de 1993, de donde se desprende que la potestad que tiene la Administración para dar por terminado unilateralmente el contrato no es discrecional sino que está reglada, como

toda actividad administrativa, y que debe ejercerse con fundamento en las expresas y precisas causas, y solo en ellas, que están previstas en la ley.⁵⁹

Pronunciamiento que hace énfasis en que el fin último del contrato es su ejecución y el cumplimiento de su objeto, el cual debe ser atendido primordialmente por las partes contratantes, por lo que resulta contrario al interés general la posibilidad de terminar los contratos estatales unilateralmente.

Concluye que pactar en un contrato estatal la posibilidad de darlo por terminado de manera discrecional o “a conveniencia” de una de las partes pone en evidencia que para celebrar ese negocio jurídico, la Administración desatendió el principio de la planeación.

Al respecto la misma corporación ha expresado:

En lo atinente a la terminación unilateral del contrato, si bien la ley otorga a las entidades públicas la potestad de actuar en ejercicio de una facultad exorbitante, les impone el cumplimiento de presupuestos de forzosa aplicación y a la vez restringe la medida a los eventos previstos en la misma.

Efectivamente, para declarar la terminación unilateral se requiere i) que la manifestación de la voluntad de la administración se materialice en un acto administrativo, ii) que dicho acto debe ser el resultado de un análisis soportado en la realidad del contrato, es decir, debe estar debidamente motivado y iii) que la causal que se alegue en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la ley ha dispuesto.⁶⁰

En sentido similar un sector de la doctrina ha considerado que los negocios no se pueden resolver de plano por incumplimiento, al respecto el profesor Fernando Hinestrosa, ha dicho:

De plano, ipso jure, no se resuelven los negocios por incumplimiento, pues sería tanto como atribuirle al acreedor poderes para fallar su conflicto y olvidar que ante el hecho del no pago afirmado por él, de suyo discutible y rebatible, se concibe la irresponsabilidad del deudor por prueba de circunstancias exoneradoras. La propia hipótesis que el código trae de resolución automática, por efecto del pacto comisorio (1935), no opera de por sí e impone al vendedor la carga de requerir a su comprador, quien podrá enervar la demanda, pagando el precio a lo más tarde, en las 24 horas siguientes a la notificación judicial⁶¹.

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2013. Radicado 25681. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 6 de abril de 2011. Expediente 19483. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁶¹ Fernando Hinestrosa. CURSO DE OBLIGACIONES. Publicación de la Facultad de Derecho del Externado de Colombia, 2.^a ed. Bogotá. 1960. Págs. 295 y 296

Texto que hace parte de la teoría clásica cuya posición ha sido que la figura de la terminación unilateral de los contratos no opera de pleno, considera el autor que proceder de esta manera sería concederle poderes al acreedor para decidir el conflicto, para lo cual sería necesario interponer demanda que declare su incumplimiento.

En este sentido, es menester traer a colación el documento del profesor Felipe Navia publicado por la Universidad Externado de Colombia en el que consideró:

De un tiempo para acá la doctrina civilista, ante la irrupción creciente, aunque todavía marginal, del fenómeno del unilateralismo en materia de obligaciones, que se proyecta en discusiones álgidas sobre varios puntos concretos de gran importancia práctica, como lo son, por ejemplo, la posibilidad de que una de las partes determine ella sola el objeto del contrato o la de modificarlo unilateralmente, ha venido planteándose el interrogante de si el principio de la igualdad jurídica de las partes en el contrato de derecho privado, considerado en general como un axioma, está en realidad vigente, o si más bien constituye hoy una falacia.

Tal vez, donde la discusión cobra mayor relieve, por su aparente aproximación a las prerrogativas exorbitantes de la Administración Pública, es en el tema de la terminación unilateral del contrato, especialmente, desde luego, cuando la disolución del vínculo se produce como una sanción unilateral al incumplimiento imputable de una de las partes. Entonces, cabe preguntarse si al igual que ocurre en el derecho administrativo, ¿será que la igualdad jurídica de las partes es una pura ilusión? ¿Será que estamos frente a un poder sancionador autónomo, que ejerce por sí y ante sí misma la parte a la que la ley o el propio contrato le otorgan esa facultad?

A pesar de la tendencia, podría decirse que universal, a permitir la resolución unilateral de pleno derecho por incumplimiento, la doctrina y la jurisprudencia colombianas, al menos por ahora, se mantienen firmes en la necesidad de la intervención judicial, tal como se explicó atrás.

Existen para ello razones de peso, que si bien no cierran de manera definitiva la posibilidad de una apertura o, mejor, de una evolución en sentido favorable al reconocimiento del poder del acreedor para dar por terminado el contrato cuando su contraparte incumple, al menos si esa facultad resulta de cláusula a propósito, sí aconsejan, en cambio, un tratamiento riguroso que proteja el interés de las dos partes, no solo el del acreedor. Se requiere de una reglamentación precisa del ejercicio de esa potestad a fin de evitar caer en un automatismo que podría resultar en extremo peligroso para el deudor. Lo lógico es que lo haga la ley. **Pero en su ausencia, el vacío podría suplirse por la vía jurisprudencial.** (Resaltado fuera de texto).

[...] En suma, podría decirse que entre nosotros la regla general es que la resolución en virtud de un pacto comisorio no opera automáticamente. En principio, se exige siempre un previo pronunciamiento judicial, o sea, la parte cumplida no puede, ante la inejecución en que haya incurrido la otra y por su sola determinación unilateral, desvincularse del contrato. Adicionalmente, conforme a la evolución jurisprudencial que comienza a esbozarse, no cualquier incumplimiento permite obtener la resolución del contrato, pues este debe estar referido a una obligación esencial y no a una obligación secundaria y, además, debe revestir de cierta importancia, en el sentido de

impedir que la finalidad que se habían propuesto conseguir las partes se alcance o que se desquicie la economía misma del contrato.

Estamos, pues, todavía lejos de llegar a admitir abiertamente un desequilibrio de poderes, especialmente en materia sancionatoria, análogo o siquiera parecido al que existe en derecho administrativo. Probablemente ello se deba al hecho de que el señor Bello, al igual que los redactores del *Code Napoléon*, desconfiaba profundamente de los acreedores, especialmente de su dureza para con el deudor. Por lo tanto, permitirles proceder a declarar unilateralmente terminado el contrato, podría fácilmente convertirse en una patente de corso, o sea en una autorización para desvincularse bajo cualquier pretexto. También está el hecho de que esa prerrogativa exorbitante es, de alguna manera e indirectamente, una forma de hacerse justicia por propia mano. Hay en todo ello una evidente preocupación por la suerte del deudor, una consideración de humanidad, pero por sobre todo un afán por mantener una cierta igualdad entre las partes.

No puede desconocerse, sin embargo, que la tendencia apunta en dirección contraria, tal vez porque como lo decía el profesor Christophe Jamin, la resolución o terminación unilateral del contrato “es más eficaz en el plano económico, en la medida en que permite una más pronta reubicación de los recursos”⁶².

Como se observa, se ha considerado que el pacto y aplicación de figuras como la terminación unilateral, constituyen un privilegio de parte propio del derecho público. Ahora bien, frente a la necesidad de la intervención judicial, Navia Arroyo precisa, en el documento en cita, que en el caso de contratos bilaterales, el artículo 1546 del Código Civil dispone que, “*cuando una de las partes no ha cumplido lo pactado, la otra podrá demandar, a su arbitrio, la resolución o la ejecución del contrato, y en ambos casos, además, solicitar la indemnización de perjuicios*”.

Por su parte, el artículo 870 del Código de Comercio consagra la misma acción resolutoria tácita, solo que en lugar de referirse al simple incumplimiento de una de las partes, como supuesto de hecho necesario para poder obtener la declaración judicial de resolución o la ejecución forzada (cumplimiento *in natura*), exige como requisito para hacer uso de la alternativa, el que la parte incumplida se encuentre en estado legal de mora. Al respecto señala el autor que la jurisprudencia nacional, ha definido que una de las condiciones necesarias para la eficacia de la acción resolutoria prevista por el artículo 1546 del Código Civil, es la de la previa constitución en mora del deudor demandado. Finalmente, manifiesta que la sanción resolutoria debe ser impuesta por el juez, y que mientras no haya sentencia ejecutoriada, la parte demandada puede cumplir con la obligación. A juicio del autor resulta igualmente cierto en tratándose no ya de la acción resolutoria tácita sino de la expresa, a pesar, como lo señala, de la existencia de una sólida corriente

⁶² Universidad Externado. REVISTA DE DERECHO PRIVADO No. 14 de 2008. *La Terminación Unilateral del Contrato de Derecho Privado*. Felipe Navia Arroyo. Pág. 54-55.

doctrinaria, y aun jurisprudencial que aboga por la tesis contraria, esto es, por la posibilidad de resolución del contrato por simple autoridad del acreedor.

Artículo que hace un interesante análisis sobre la terminación unilateral por vía judicial y la terminación de pleno derecho, en el que se concluye que tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido que en Colombia no es posible la terminación unilateral sin la previa intervención del juez.

Es del caso precisar que cuando se acuerda que el incumplimiento de una de las partes, permite a la otra dar por resuelto o terminado el contrato, ese pacto de resolución convencional se denomina cláusula resolutoria o pacto comisorio, en referencia de la *lex commissoria* del derecho romano, la cual, como se sabe, permitía al vendedor resolver el contrato si el comprador no le pagaba el precio.

En este punto vale la pena destacar que la resolución unilateral de origen convencional por incumplimiento no cuenta en nuestro ordenamiento jurídico con una regulación de carácter general. Para el caso de la compraventa está previsto el pacto comisorio, definido por el artículo 1935 del Código Civil como aquel en el que *“se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta”*. Los artículos 1936, 1937 y 1938 del Código Civil, al señalar cuáles son sus efectos según la manera como haya sido redactada la cláusula, ha dado lugar a que tanto a nivel de la doctrina y de la jurisprudencia, se haga la distinción entre pacto comisorio simple y pacto comisorio calificado o que lleva la cláusula de resolución ipso facto. El primero produce un efecto idéntico al de la condición resolutoria tácita prevista por el artículo 1546 del Código Civil, esto es, le abre al vendedor la opción de demandar la resolución del contrato o su ejecución, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Lo que para el caso interesa resaltar es que la cláusula resolutoria simple no opera sin la intervención previa del juez quien la tiene que declarar, o sea que el vendedor, unilateralmente, ante el incumplimiento, no lo puede dar por resuelto. Y esta situación se da aún en el caso de que el pacto comisorio incluya la cláusula de resolución *ipso facto*, automática o de resolución de pleno derecho, pues de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1937 del Código Civil, *“el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas siguientes a la notificación judicial de la demanda”*. O sea que siempre ha de intervenir el juez, quien por sentencia declara la resolución, salvo, desde luego, que dentro del plazo señalado por la norma el comprador haga el pago del precio.

El profesor Guillermo Ospina Fernández, al analizar la posibilidad de generalizar el pacto comisorio, afirma lo siguiente:

Aunque la ley lo establezca en punto del contrato de compraventa, extensivo al de permuta (art. 1958), es claro que puede estipularse en cualquiera otra especie de contrato, porque el incumplimiento de este puede lícitamente erigirse por los contratantes en una condición resolutoria expresa que nada le agrega ni le quita a la condición resolutoria tácita de todos los contratos bilaterales por el mismo motivo. Solo

que al hacerlo desaparecerá el único efecto que la ley le atribuye, cual es el del plazo de gracia para el contratante incumplido, porque la disposición del art. 1937 es de excepción y, por ende, de interpretación restrictiva, y el juez no podría concederlo, porque su facultad para fijar plazos para el cumplimiento de las obligaciones solamente tiene cabida en los casos especiales que las leyes designen, lo que no han hecho respecto del ejercicio de la acción resolutoria en general (art. 1551)⁶³.

A la misma conclusión general a la que se ha hecho referencia, llega la tesis de grado de Silvia Navia Revollo. Aquí se lee:

Lo cierto es que, a excepción del contrato de seguro, en el ordenamiento jurídico *ius privatista* colombiano existe la obligación de acudir a la jurisdicción ordinaria para que sea un juez de la república el que declare la resolución de los convenios. Por ello, encontramos figuras como la del pacto comisorio calificado, que aunque opere *ipso facto* impone la obligación de iniciar un proceso ordinario para que mediante sentencia se declare resuelto el contrato (artículo 1937 del Código Civil y 406 del Código de Procedimiento Civil). [...] En fin, aunque no haya una norma que expresamente señale que la resolución de los contratos deba ser declarada por un juez, toda la normatividad civil, referida a los asuntos contractuales, da por sentado la obligación del acreedor de demandar a su deudor en los estrados judiciales para que sea un juez el que declare la terminación de la relación. [...] En resumen, bien difícil es que la figura de la resolución unilateral de pleno derecho por incumplimiento tenga entrada a la legislación colombiana por vía de la autonomía privada, pues el único facultado para declarar la resolución de los contratos es el juez⁶⁴.

Respecto a la imposibilidad de pactar y hacer efectivas cláusulas resolutorias ante el incumplimiento de lo contratado, es pertinente hacer referencia a algunos fallos del Consejo de Estado en los que consideró que el pacto e imposición de multas, constituyen verdaderos privilegios predicables de relaciones jurídicas de subordinación propias del derecho público, bajo el argumento que para el ejercicio de tales atribuciones deben ser previamente autorizadas en el ordenamiento jurídico, la Sección Tercera del Consejo de Estado puntualizó:

Ahora, si bien es cierto que en los contratos celebrados por la administración regidos sólo por el derecho privado, no se cuestiona la posibilidad de que las partes pacten la cláusula de multas o la cláusula penal⁶⁵, dado que tales estipulaciones en ejercicio de la autonomía de la voluntad son de uso común y válidas en dicho régimen, no lo es

⁶³ Guillermo Ospina Fernández. TEORÍA GENERAL DE LOS ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS. Editorial Temis II edición. Bogotá. 1983. Pág. 578

⁶⁴ Silvia Navia Revollo. *La Resolución Por Autoridad Del Acreedor*. Tesis de Grado. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2007. Págs.206 a 208.

⁶⁵ Son sanciones que no son extrañas a los contratos del derecho privado, dado que en ese régimen las partes pueden legalmente pactarlas, pero que fueron adoptadas por la contratación administrativa, otorgándole a la entidad contratante en un contrato administrativo la facultad de imponerlas directamente, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre particulares, en los cuales éstos, frente al incumplimiento contractual de la otra parte, deben acudir al juez del contrato para que sea él quien determine la existencia, extensión y consecuencias del alegado incumplimiento.

menos que la administración cuando actúa en pie de igualdad con los particulares no puede declarar directamente el incumplimiento (total o parcial) del contrato e imponer y hacer efectiva unilateralmente una sanción mediante un acto administrativo, ni menos aún puede decretar la caducidad del contrato, pues tales potestades exorbitantes no le fueron atribuidas o autorizadas en las normas civiles o comerciales, ni como ocurre en el caso concreto en la citada Ley 142 de 1994⁶⁶.

En igual sentido, en sentencia del 12 de noviembre de 2014, señaló:

De conformidad con la cita jurisprudencial antes transcrita, resulta claro que en aquellos contratos gobernados por el derecho privado – como el que ahora se examina – las entidades públicas no tienen potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se impusieran multas al contratista, no sólo por el plano de igualdad de las partes en los contratos regidos por el derecho privado, sino porque, además, no existe disposición legal alguna en la normativa privada que les asigne tal facultad.

Al respecto es importante resaltar que la potestad de imponer unilateralmente multas deviene directamente de la Ley y no del pacto o convención contractual, razón por la cual al no estar expresamente dicha facultad asignada por la Ley, no resulta posible para la entidad pública imponer multas al contratista⁶⁷.

De igual manera en otro fallo se había señalado:

Es necesario señalar que la actividad en materia contractual desplegada por la Administración se encuentra supeditada al principio de legalidad en cuanto que sus decisiones deben encontrarse sometidas a las atribuciones y competencias determinadas expresamente por la Ley. Ello significa que cuando las entidades del Estado se relacionan con los particulares, mediante el vínculo contractual, el ejercicio de facultades requiere de definición legal previa y expresa, en tanto que es la propia Ley la que establece límites a la autonomía de la voluntad, por tanto, aunque en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto la ley no las haya facultado para ello y, se reitera, las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual⁶⁸.

De conformidad con lo expuesto, se podría concluir que resulta ajustado a derecho que las partes de un contrato estatal puedan acordar el procedimiento para la imposición de las multas, y en aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público cuyo régimen jurídico aplicable sean las normas de derecho privado, no se podrá *imponer* de manera unilateral multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, pero si se podrá hacer *exigible* la cláusula penal pecuniaria, acudiendo a las normas civiles y comerciales dispuestas para el efecto,

⁶⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2011. Exp. 21178. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2014. Rad. 29165. C.P. Hernán Andrade Rincón.

⁶⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 994. Rad. 7879 de 1994. C.P. Carlos Betancourt Jaramillo.

de suerte que si hay mora en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, se puede acudir al juez del contrato, con la finalidad de que se ejecute al deudor y así hacer efectivo el cobro del monto de la Cláusula Penal⁶⁹.

7.2 Conclusión

Así las cosas, quienes adoptan esta tesis, fundamentan su posición en una universalización del principio de legalidad, predicable de todas las actuaciones del estado, aún en los casos en que exista un régimen privado de contratación, y por lo tanto en aquellos casos en que no se ha previsto por el legislador el uso de la prerrogativa de terminación unilateral, no le es dado pactarlo en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Así las cosas, deberá entenderse que la actividad contractual de las entidades estatales excluidas del régimen de contratación pública también debe someterse a precisas competencias que deben ser atribuidas por la ley, normas de orden público y de obligatorio cumplimiento, más aun tratándose del ejercicio de prerrogativas excepcionales. En este sentido las facultades que por atribución legal ejerce la Administración en sus relaciones con los particulares, necesitan previa y expresa autorización de la ley, por cuanto es la misma ley la que establece los límites a la autonomía de la voluntad.

7.3 Tesis que defienden la posibilidad de incluirla

Para los defensores de esta tesis, al encontrarse bajo el ámbito de un régimen privado de contratación, lo propio es excluir por lo menos en lo que a la libertad de negocio se refiere, la aplicación de algunos principios propios del derecho administrativo y por lo tanto su libertad contractual no estaría orientada por un principio de legalidad en estricto sentido, sino por el principio de autonomía de la voluntad.

En este sentido, como se expondrá a continuación, hay quienes consideran que pactar cláusulas resolutorias expresas no supone un privilegio de parte, sustentado en uno de los principios fundantes del derecho civil y comercial, el cual es el de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual las partes de un contrato pueden disciplinar, regular, gobernar u ordenar su esfera dispositiva, sin más limitaciones que las impuestas por el orden público y por los derechos ajenos. En efecto, el establecimiento de las condiciones del contrato y la concreción de las potestades en él insertadas, deriva del libre gobierno que tienen los sujetos de derecho para disciplinar sus intereses y autorreglamentar las situaciones y relaciones jurídicas que se presentan, sin más miramientos que la satisfacción de los fines para los cuales se suscribe el negocio jurídico. Autonomía que se manifiesta principalmente en la libertad de contratar o no contratar, con quién hacerlo, cuándo hacerlo, seleccionar el tipo contractual, establecer el contenido de los negocios, entre otros.

⁶⁹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1748 del 25 de mayo de 2006. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

En este sentido, la autonomía privada se basa en dos pilares: la igualdad de las partes y la libertad negociada⁷⁰.

A propósito, el artículo 1602 del Código Civil, señala: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

De igual manera, el artículo 1618 de la citada norma fija una regla cardinal frente a la interpretación de los contratos: *“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”*. Es decir, es a la autonomía de la voluntad a la que se debe acudir para dilucidar la intención de los contratantes, frente a textos oscuros, ambiguos e imprecisos, y aún claros, más aún si el tenor literal aplica en armonía con la *“voluntad interna”* o querer de las partes.

A su turno el artículo 864 del Código de Comercio, establece: *“El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial.”*

Postulados que recogen los principios de la fuerza obligatoria o de la irrevocabilidad del contrato, *pacta sunt servanda*, pilar fundamental del derecho de los contratos y garante de la seguridad jurídica, regla general conforme a la cual el contrato puede y debe disolverse por mutuo acuerdo de las partes, hipótesis que aparece como la más obvia para dar por terminada una relación contractual. A su turno el artículo 1603 del Código Civil reza:

Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

Importante mencionar que el legislador ha contemplado varios supuestos de terminación unilateral, por ejemplo, en la revocación del seguro (artículos 1047 y 1071, C. de Co), el mandato por el mandante o por renuncia del mandatario (artículos 2189 C.C. y 1279 C. de Co), la fiducia por el fiduciante si reservó expresamente el derecho (artículo 1240 C. de Co), la reclamación de la cosa por el comodante en cualquier tiempo (2219, C.C.), la restitución en el depósito civil a *“voluntad del depositante”* y aún fijado un término *“esta cláusula sólo será obligatoria para el depositario”* (artículo 2251, C.C.).

Es necesario acudir a un fallo de gran trascendencia, en el que la Corte Suprema de Justicia fijó criterios generales sobre la terminación unilateral del contrato. En este sentido, la Sala de Casación Civil interpretó que en el contrato a término indefinido la terminación unilateral es uno de sus elementos naturales, y surge por

⁷⁰ DERECHO COMERCIAL. CUESTIONES FUNDAMENTALES. Juan Pablo Cárdenas Mejía, Juan Jacobo Calderón Villegas y Yira López Castro Editores. Primera edición. 2016. Universidad del Rosario. Editorial Legis. Página 178

ley, uso, costumbre o estipulación contractual, pues los contratos no pueden ser eternos porque comprometerían la libertad de contratación. Así mismo, en el contrato de duración definida con renovación o prórroga automática, las partes tienen el derecho potestativo a terminarlo unilateralmente a la finalización del término inicial o de la prórroga, con el preaviso pertinente. En todo caso, precisó la Corte, la buena fe y el abuso del derecho constituyen límites al pacto y ejercicio de estas facultades. Por otra parte, en la misma sentencia se determinó la validez y eficacia de pactar en el contrato una cláusula resolutoria expresa por incumplimiento y la manera como operaría.

En cuanto a la autonomía de la voluntad en ciertos negocios la Corte Suprema en otra oportunidad puntualizó:

Tratándose de ciertos negocios jurídicos en los que la confianza constituye soporte medular de la relación jurídica, como sucede en el seguro o en el mandato, entre varios, el legislador –directa o indirectamente- ha posibilitado que las partes, o alguna de ellas, en desarrollo de los lineamientos que signan la autonomía privada, particularmente del ‘poder potestativo’ conferido, fulminen el contrato, consagrándose así una forma particular de extinguir –o de hacer cesar- anticipadamente el vínculo contractual (revocación; distracto o desistimiento unilateral; receso, etc.), lo que se traduce en elocuente excepción o quiebre a la arraigada regla de la fidelidad contractual [...], en la medida en que, para el logro del prenotado fin, es suficiente la declaración o exteriorización de voluntad del contratante que hace uso de ese singular derecho, en orden a que el contrato, por consiguiente, no despliegue efectos jurídicos para el porvenir (‘negocio abolutivo’), dado que se trata, per se, de negocios de duración⁷¹.

En cuanto al pacto de terminación unilateral del contrato cuando la ley o la costumbre respecto a las prácticas negociales no lo establezcan, la Corte Suprema en un importante fallo indicó:

De antaño suele cuestionarse, ya por oponerse a la noción o fuerza normativa del contrato (artículos 1494, 1535, 1602 y 1603, Código Civil; 864 y 871, Código de Comercio), ora por invalidez e ilicitud al someterlo a la condición potestativa consistente en el simple arbitrio o mera voluntad de un contratante (artículo 1535, Código Civil), bien al no enunciarse dentro de las causas legales extintivas, formarse y terminar por acuerdo mutuo de las partes, nunca por decisión de una (artículo 1602, *in fine*, Código Civil), preverse en forma excepcional, exclusiva y circunscrita a los contratos estatales sin admitir analogía *legis* o *iuris* ni aplicación extensiva (artículos 14, 15, 16 y 17, Ley 80 de 1993), resultar abusiva en los restantes (artículo 133.2, Ley 142 de 1994) o, convertirse en mecanismo de “*justicia privada*”, derogatorio de la jurisdicción del Estado autorizada para terminar el contrato.

En estrictez, la terminación unilateral presupone la existencia, validez y eficacia del contrato, en nada contradice su noción, fuerza normativa, ni encarna condición potestativa.

⁷¹ Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de diciembre de 2001. M. P. Carlos Ignacio Jaramillo.

El contrato a partir de su existencia genera efectos vinculantes para las partes, atadas u obligadas al cumplimiento, sea espontáneo, sea forzado, y fenece por decisión exclusiva de una porque la ley concede el derecho o se pacta *accidentaliter negotii*, como las cláusulas resolutorias expresas, con o sin preaviso e, incluso, casos hay, donde la común negativa se ha tomado como *dissensus* o *distracto* o concluye en éste (cas. civ. sentencia de 12 de marzo de 2004). El contrato existe *ex ante*, engendra efectos, termina *ex post* sin eficacia retroactiva y sólo hacia el futuro. Además, cumplimiento y terminación son distintos. Aquél, no queda al simple arbitrio o mera voluntad de una parte, la última se produce por decisión unilateral de una u otra sin afectar las obligaciones cumplidas.

La falta de enunciación expresa en el Código Civil dentro de los modos extintivos, no es escollo ni argumentación plausible para descartar la terminación unilateral, por cuanto como quedó sentado, la ley la consagra en numerosas hipótesis y contratos de derecho privado, sin concernir sólo a los estatales. Inclusive, la figura existe en el derecho privado, antes de su plasmación en la contratación estatal, y no es extraña la locución, pues utiliza el vocablo “*terminación*” (artículo 870, C. d Co), “*dar por terminado el contrato*” (art. 973, C. de Co), justas causas “*para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial*” (art. 1325, C. de Co).

En general, ante la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo, lo cual no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces, como se explica más adelante.

Partiendo de la precedente premisa, la jurisprudencia reconoce validez a las cláusulas de terminación de los contratos bilaterales, onerosos, conmutativos y de ejecución sucesiva (cas. civ. sentencias de 3 de septiembre de 1941, LII, 1966, 36 y ss; 23 de febrero de 1961, XCIV, 549), y las relativas a “[*]a condición resolutoria estipulada expresamente por los contratantes [que] resuelve de pleno derecho el contrato sin que se requiera declaración judicial. El artículo 1546 del C.C. se refiere a la condición resolutoria tácita, es decir a la que envuelve todo contrato bilateral, y no a la expresa, o sea a la que libremente hayan estipulado las partes.*”

Desde otra perspectiva, la terminación unilateral, es realidad tendencia inocultable en la contratación, particularmente, en la internacional, electrónica y las relaciones comerciales, así como las de consumo, tanto cuanto más por la sensible evolución, secular transformación, dimensión y entendimiento actual de la autonomía privada en la dinámica del tráfico jurídico y los negocios.

Al lado de la condición resolutoria tácita, las partes pueden estipular *expressis verbis* la condición resolutoria expresa.

Las cláusulas resolutorias expresas, según denota la expresión, resuelven, y por tanto, terminan el contrato. Las más usuales conciernen al incumplimiento de obligaciones precisas y confieren a la parte cumplida o presta al cumplimiento el derecho a terminarlo por decisión autónoma y potestativa en cuanto su ejercicio depende de la

exclusiva decisión de la parte interesada cuando se verifica. Sin embargo, la cláusula resolutoria también podrá referir a hipótesis diferentes al incumplimiento⁷².

Respecto al Derecho Internacional la sentencia en cita hace una referencia importante a ciertos principios y tendencias sobre contratos comerciales internacionales:

En idéntico sentido, los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, tercera versión adoptada por su Consejo de Administración, establecen el derecho de una parte a resolver el contrato si el incumplimiento de la contraparte constituye un incumplimiento esencial (art. 7.3.1.1) o, si antes de la fecha de ejecución del contrato existe certeza que el deudor incurrirá en incumplimiento esencial, el acreedor puede resolverlo (art. 7.3.3), en cuyo caso “[e]l derecho a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte” (art. 7.3.2.1)⁷³.

Indica el fallo comentado anteriormente que la condición resolutoria tácita resuelve el contrato y requiere declaración judicial, sin embargo, en las “*cláusulas resolutorias expresas*” y de terminación unilateral del contrato por motivos distintos al pacto comisorio calificado, cuyas causas también pueden ser diversas al incumplimiento, la ley o las partes, pueden prever la terminación *ipso jure* sin necesidad de declaración judicial *ex ante*. En esta eventualidad, la condición resolutoria expresa se pacta como un derecho para resolver o terminar el contrato por acto de parte interesada, autónomo, independiente y potestativo, porque podrá ejercerlo o abstenerse de hacerlo.

En cuanto a la cláusula de terminación unilateral como elemento accidental, el precitado fallo puntualizó:

La cláusula resolutoria expresa por la cual se estipula la terminación unilateral *ipso jure* del contrato, es elemento accidental (*accidentalía negotii*), presupone pacto expreso, claro e inequívoco de las partes, y en principio, se estima ajustado a derecho, válido y lícito (cas. civ. sentencias de 31 de mayo de 1892, VII, 243; 3 de septiembre de 1941, LII, 1966, 36 y ss; 23 de febrero de 1961, XCIV, 549) pero susceptible de control judicial posterior, en su origen, contenido y ejercicio.

La eficacia de las cláusulas resolutorias expresas por incumplimiento, exige acatar íntegros los presupuestos genéricos de validez, la indicación particular, clara y precisa de la obligación u obligaciones cuya inobservancia relevante, total o parcial (SNG, sentencia de 29 de abril de 1935), faculta a una o ambas partes la terminación unilateral del contrato. No basta mención o referencia abstracta, global, genérica o en bloque.

Desde esta perspectiva, la terminación por cláusula resolutoria expresa por incumplimiento obligacional, no implica derecho alguno a tomar justicia por mano propia, ni deroga la jurisdicción.

⁷² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de agosto de 2011. Rad. 1999-01957. M.P. William Namén Vargas.

⁷³ *Ibidem*.

Prima facie la terminación unilateral por cláusula resolutoria expresa, está reservada estrictamente a la parte cumplida o presta a cumplir, pues repugna a claros dictados éticos que, la incumplida o renuente al cumplimiento, pretenda favorecerse con su propio incumplimiento. **De igual manera, su ejercicio presupone un incumplimiento cierto, ostensible, evidente e incontestable de las obligaciones individualizadas, no de otras, y de tal gravedad, magnitud, relevancia, significación o importancia, por cuanto no cualquier inobservancia de los deberes de conducta justifica la resolución.** Tampoco esta facultad, y ninguna otra en general, podrá ejercerse en forma contraria a la buena fe o con abuso del derecho. Asimismo, la eficacia y el ejercicio de esta prerrogativa, es controlable por los jueces, sin excluir el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia para definir toda disputa, diferencia o controversia a propósito⁷⁴. (Resaltado fuera de texto).

Y dice una importante opinión de la doctrina:

El desistimiento ordinario, convencional o legal, es un poder arbitrario que la parte puede ejercer libremente sin que sea necesario dar una justificación, en el respeto, claro está, del principio de buena fe. Del desistimiento ordinario se debe diferenciar el desistimiento por justa causa, que constituye, propiamente, un remedio extrajudicial de resolución del contrato por incumplimiento. En veces, el desistimiento o revocación puede prever una prestación a cargo de quien desiste, multa penitencial, arras penitenciales⁷⁵.

Paso importante hacia el reconocimiento de la cláusula resolutoria expresa que permite al acreedor cumplido dar por terminado unilateralmente el contrato incumplido por su deudor sin necesidad de intervención judicial *ex ante*, fue dado por el tribunal de arbitramento que dirimió la controversia entre Terpel de la Sabana S. A. y Tethys Petroleum Company Ltd. y Meta Petroleum Ltd. Toda vez que uno de los puntos en discusión fue precisamente la legalidad de la terminación unilateral del contrato de suministro existente entre ellas. Laudo arbitral del 9 de agosto de 2005. Árbitros: Fernando Hinestrosa, Carlos Lleras De La Fuente y Felipe Navia Arroyo.

De igual manera, mediante laudo de abril de 2014 el tribunal conformado para conocer la demanda arbitral entre la Compañía De Electricidad Del Cauca S.A. Esp (Cec), y Centrales Eléctricas Del Cauca S.A. Esp (Cedelca), entre otras cosas, consideró:

[...] Expuesto lo anterior, concluye el Tribunal que dado que en el derecho privado impera el Principio de la Autonomía de la Voluntad, y que es éste el régimen jurídico que gobernó el —*contrato especial* bajo estudio, CEDELCA y su contratista podían pactar las cláusulas que en materia de multas, desincentivos y demás sanciones pecuniarias, incluyendo la terminación unilateral del Contrato, estimaran convenientes,

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Massimo Bianca, Derecho Civil 3. EL CONTRATO. Trad. Esp. Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007. Pág. 761 y ss.

siempre que éstas no transgredieran las limitaciones antes descritas ni vulneraran los principios de la actuación administrativa a los que igualmente se hizo mención.

El análisis de la figura jurídica de la terminación anticipada que estipularon las partes en el marco del Contrato de Gestión, supone necesariamente el estudio y entendimiento de los efectos jurídicos y económicos que se derivan de su aplicación y, concretamente, de las consecuencias generadas con ocasión de la decisión adoptada por **CEDELCA** de dar por terminada, anticipada y unilateralmente, la relación contractual que había celebrado con **CEC** a fin de garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica en el departamento del Cauca.

A este respecto, es menester considerar de entrada que en el texto del contrato de gestión, los contratantes se encargaron de fijar *ex ante* los distintos aspectos que habrían de tenerse en cuenta para ser aplicados en el evento en que las partes ejercieran la facultad convencional de terminar anticipada y unilateralmente el referido contrato.

[...] Precisamente, en ejercicio de esa autonomía y libertad contractual los cocontratantes además de pactar la facultad para terminar anticipada y unilateralmente el contrato, regularon en el texto del contrato, lo atinente a los efectos jurídicos y económicos derivados de dicha declaratoria de terminación, circunstancia que deja en evidencia la naturaleza accidental –*accidentalía negotti*– de este tipo de cláusulas que son pactadas con el objeto de regular *ab initio* los efectos y las reglas que habrán de considerarse en los eventos en que se dé aplicación a la referida potestad de terminar anticipada y unilateralmente el contrato.

Es claro, entonces, que de manera general la terminación unilateral y anticipada del contrato, así como la regulación de los efectos jurídicos y económicos que se derivan del ejercicio de dicha facultad convencional, constituyen verdaderas cláusulas accidentales, habida cuenta que no corresponden a elementos de la esencia para el surgimiento del respectivo negocio y menos aún pueden considerarse como de la naturaleza del mismo, pues en ningún caso podrán entenderse como inherentes al contrato dada la necesidad de que exista pacto expreso en este sentido por parte de los contratantes. De esta forma, no habrá potestad de terminación unilateral del contrato y tampoco cláusula penal ni de reconocimiento de inversiones, si dichas cláusulas no son el resultado del libre acuerdo y manifestación de quienes son parte en el respectivo negocio jurídico.

[...] Ha señalado la jurisprudencia al referirse a la terminación del contrato que, — *el cumplimiento oportuno e íntegro, es por excelencia el modo extintivo deseable, normal u ordinario*; sin embargo, también se ha indicado que a la par de éste supuesto de extinción del negocio jurídico, debe tenerse en cuenta la posibilidad del mutuo disenso de las partes, del vencimiento del plazo o del acaecimiento de una condición preestablecida, amén del incumplimiento de las partes de sus obligaciones bajo el convenio, eventos que también dan lugar a la cesación de los efectos jurídicos de la correspondiente relación contractual.

Como puede advertirse, son variados los supuestos o circunstancias que determinan la terminación del contrato, unos por disposición de la ley, otros por voluntad de las partes, frente a lo cual vale destacar que en ejercicio de la libertad de configuración negocial que le asiste a los contratantes, es perfectamente posible que a título de cláusula accidental (*accidentalía negotti*), se contemple expresamente la facultad de dar por terminado el contrato de manera anticipada y unilateral.

No hay duda, entonces, de la capacidad que le asiste a las partes para regular el contrato y convenir en ejercicio de su libertad contractual la posibilidad de terminación

unilateral y anticipada del mismo, destacando al respecto que el acuerdo logrado en este sentido, así como el alcance de dicha potestad, deberá manifestarse expresamente en el marco del contrato, pues atendiendo a su naturaleza de cláusula accidental (*accidentalía negotti*), es del todo necesario que se tenga plena certeza y claridad sobre su existencia. En otras palabras, al no tratarse de un elemento de la esencia o de la naturaleza del negocio, es imperioso que en el evento en que los contratantes deseen concederse la potestad de terminación unilateral y anticipada del contrato, hagan expresa mención de dicho aspecto en el clausulado contractual, de manera que no es posible suponer su existencia y mucho menos deducir su pacto como fruto de una interpretación dada al texto del contrato⁷⁶.

Si bien en el presente caso el Tribunal encontró que no era justa la causa de terminación del contrato, en ningún momento puso en duda la validez del pacto y aplicación de la cláusula de terminación anticipada.

Respecto a la autonomía de la voluntad contractual en el derecho privado en otro interesante laudo se indicó:

El derecho privado colombiano, recogiendo la tendencia internacional, admite el pacto de cláusulas de terminación unilateral como una manifestación de la autonomía privada. Con todo, sin perjuicio de los efectos que se produzcan una vez exteriorizada y comunicada esa manifestación de voluntad, una determinación de esa naturaleza, por las implicaciones que comporta, se encuentra sujeta a un control judicial posterior. En relación con la terminación contractual por incumplimiento, en materia arbitral se ha reconocido reiteradamente su validez, haciéndose claridad, en todo caso, que se trata de una facultad que debe ser ejercida dentro de ciertos parámetros y cumpliendo específicos requisitos, pues en caso contrario se producirán consecuencias jurídicas adversas a la parte que no cumplió con las cargas que le correspondían para el adecuado ejercicio de esta prerrogativa⁷⁷.

Igualmente, es pertinente traer a colación el laudo arbitral de 2016, mediante el cual se dirimió la controversia entre el Consorcio Telecomunicaciones De Colombia - Contecol y el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - Fontic, el cual al hacer referencia a la sentencia del 9 de mayo de 2012 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expediente 20968, consignó en unos de sus apartes:

[...] **4.-** Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal destaca que la jurisprudencia del Consejo de Estado también ha reconocido que en relación con los contratos diferentes a los mencionados en el artículo 14-2 de la Ley 80 de 1993, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las entidades estatales y los particulares pueden pactar la posibilidad de

⁷⁶ Tribunal de Arbitramento entre la Compañía De Electricidad Del Cauca S.A. Esp. – Cec. y Centrales Eléctricas Del Cauca S.A. Esp. - Cedelca. Abril de 2014. Árbitros: Patricia Mier Barrios, Rodrigo Noguera Calderón y Germán Gómez Búrgos. Págs. 85 a 90, 98, 143, 144 y 145.

⁷⁷ Tribunal de Arbitramento entre Drilling SAS y Talisman Colombia Oil. Diciembre de 2015. Árbitros: Marcela Monroy Torres, Hernando Yepes Arcila y Arturo Solarte Rodríguez. Pág. 61.

que una de ellas pueda hacer uso de poderes unilaterales, incluyendo la posibilidad de modificar unilateralmente el contrato.

En ese sentido, aunque refiriéndose a la terminación unilateral, la jurisprudencia administrativa ha señalado lo siguiente [...].

[...] De acuerdo con lo anterior, para la jurisprudencia del Consejo de Estado, en los contratos estatales que no se encuentran mencionados en el artículo 14-2 de la Ley 80 de 1993, dentro de los cuales se encuentran los contratos estatales atípicos, las entidades estatales, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden pactar la posibilidad de que una de las partes del contrato haga uso de poderes unilaterales, **situación en la cual ya no se tratará de cláusulas y potestades excepcionales que se ejercen a través de actos administrativos, sino de poderes contractuales unilaterales que se ejercen a través de actos típicamente contractuales que no poseen los atributos propios de los actos administrativos.** (Resaltado fuera de texto).

En ese orden de ideas, no cabe la menor duda de que en los contratos estatales atípicos, como lo es el “Contrato de Fomento 00444 de 2008”, es perfectamente posible que se pacte la posibilidad de que las entidades estatales hagan uso de poderes unilaterales, situación en la cual deberán observarse los límites y condiciones señalados en la propia cláusula para el ejercicio del respectivo poder unilateral⁷⁸.

Un antecedente reciente es el laudo del 19 de abril de 2017 que resolvió las controversias entre Tecnología y Desarrollo de Colombia S.A. y el Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A.-BANCOLDEX. En este caso el tribunal (integrado por Juan Carlos Varón, Sergio Rodríguez Azuero y Luis Augusto Cangrejo) validó la legalidad de una cláusula de terminación anticipada contenida en un contrato estatal sujeto a derecho privado, en contra del concepto del agente del Ministerio Público, quien en la audiencia de alegatos de conclusión dijo que esta estipulación y otras relacionadas con ella (incluyendo una cláusula que limitaba la responsabilidad patrimonial de BANCOLDEX en el evento de una terminación anticipada del contrato) eran contrarias a la ley. El tribunal consideró en este caso que la cláusula de terminación unilateral del contrato nada tenía que ver con la facultad exorbitante que les otorga a las entidades públicas en la contratación estatal.

Hacen eco a esta tendencia, entre otros, Ranfer Molina Morales quién en su artículo sobre la terminación unilateral *ad nutum* se propone contribuir al estudio de esta figura y se refiere a la terminación por voluntad de la parte autorizada como una figura ignorada e incluso despreciada por la doctrina, al respecto ha dicho:

⁷⁸ Tribunal de Arbitramento entre el Consorcio Telecomunicaciones De Colombia - Contecol y el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – Fontic. Agosto de 2016. Árbitros: Juan Carlos Expósito Vélez, Rodrigo Escobar Gil y Fabricio Mantilla Espinosa. Págs. 283 y 284.

La terminación unilateral del contrato a menudo ha sido percibida por la doctrina con desconfianza, como una excepción a la fuerza obligatoria del contrato, o en todo caso como una figura anormal y extraña. Con el fin de preservar la unidad de la noción de contrato y defender su fuerza obligatoria, la doctrina tradicional francesa ha sostenido que el acto unilateral es siempre una consecuencia de la común intención de las partes. Potestativa y extrajudicial, la terminación unilateral es un acto de gran trascendencia, con la potencialidad de ocasionar serios perjuicios al contratante que la soporta. Por consiguiente, su ejercicio está sujeto a unas condiciones, las cuales encontramos principalmente en la ley y algunas veces en las estipulaciones de los contratantes.

La ley establece unas condiciones para el ejercicio de la terminación unilateral con respecto a su titular, la forma y el momento de la ruptura.

[...] Titular de la facultad de terminación unilateral es la parte autorizada para dar por terminada libre y unilateralmente una relación contractual. Salvo algunas excepciones, la titularidad del derecho de romper unilateralmente está marcada por la reciprocidad, en la medida en que cualquiera de los contratantes puede ser autor o víctima de la terminación. Hemos dicho varias veces que esa autorización puede provenir de una norma legal o de una cláusula inserta en un contrato. En contratos atípicos a término indefinido esa facultad debe, salvo pacto en contrario, estar a disposición de ambos contratantes. Este derecho encuentra su fundamento en la voluntad de las partes y no en una supuesta prohibición de vínculos perpetuos.

Como ya se ha señalado, la terminación de un contrato de ejecución sucesiva puede producirse por la sola manifestación de voluntad de una de las partes, sin que sea necesario acudir al juez para que la declare o autorice. Habrá ocasiones en que éste ejercerá un control a posteriori, a solicitud de la parte terminada, para verificar la regularidad de la ruptura. No obstante, dicho control no le quita el carácter de extrajudicial a la terminación unilateral *ad nutum*. Tampoco es necesario que la declaración de terminación sea aceptada por el otro contratante, ya que ello “arruinaría la libertad individual que la institución busca proteger”. Lo que sí es obligatorio es ponerla en conocimiento de la otra parte, ya que sólo en esa medida la declaración producirá efectos.

Cuando la ley regula el derecho de terminación unilateral, exige siempre que la parte que lo ejerce avise o notifique a la otra. Así por ejemplo, en el contrato de suministro, la ley señala que si no se hubiere estipulado su duración, cualquiera de las partes podrá darlo por terminado, dando a la otra preaviso” (art. 977 C. Co.). El Código de Comercio utiliza las palabras “preaviso” (arts. 977 y 1406), “aviso” (art. 1197), “noticia” (art. 1071), “denuncia” (art. 1261 num. 4) y “notificación” (art. 1419). El Código Civil, por su parte, habla de “desahucio” (arts. 2009, 2034, 2043 y 2066). El objetivo del legislador es el mismo no obstante la variedad terminológica: reducir al máximo los inconvenientes o perjuicios que la terminación pueda generar en la parte que la soporta.

Las partes son libres de convenir la forma como se debe llevar a cabo la notificación o el aviso de la terminación. Normalmente esa forma consistirá en un escrito enviado por correo certificado. Excepcionalmente el legislador impone una forma determinada, como en el contrato de seguro (art. 1071 C. Co.) o el de cajillas de seguridad (art. 1419 C. Co.), en los que exige un escrito. El desconocimiento de la forma contractual o legal

tiene por consecuencia la ineficacia de la terminación, lo que se explica por el carácter recepticio del acto de terminación unilateral, cuyos efectos sólo se producen cuando la decisión de ruptura ha sido debidamente comunicada a la otra parte⁷⁹.

Frente a la validez de las cláusulas de terminación unilateral, Molina Morales señala:

En ejercicio del principio de la libertad contractual las partes pueden válidamente pactar una cláusula que autorice a una de ellas o a ambas a poner fin a un contrato de manera libre y unilateral. Según FLOUR, AUBERT y SAVAUX, esta facultad se justifica por tratarse de un mutuo disenso anticipado: “quien padecerá más tarde la terminación ha dado por anticipado su consentimiento”. MAZEAUD y CHABAS sostienen que cuando la terminación unilateral está prevista en el contrato es la voluntad común la que permite ponerle fin al mismo, por lo que más bien se trataría de una terminación amigable. Esta posición doctrinal debe ser rechazada porque confunde la fuente del derecho de ruptura (el contrato) con la técnica del ejercicio de ese derecho (el acto unilateral). Al respecto señala HOUIN: “la ruptura es un acto jurídico autónomo, distinto de la convención incluso cuando el derecho de romper resulta de una estipulación contractual”.

En las relaciones de duración indeterminada una cláusula de terminación unilateral en principio es innecesaria y simplemente sería un recordatorio de la facultad que la ley reconoce a las partes de poner fin al contrato en cualquier momento. Cuando en esta clase de relaciones los contratantes se toman la molestia de pactar una cláusula de ese estilo es normalmente para subordinar la validez del ejercicio de la terminación unilateral a unos motivos predeterminados o para acordar el pago de una compensación a la parte que sufre la terminación. En cambio, en los contratos de duración determinada una cláusula de terminación unilateral permite poner fin al contrato antes del vencimiento del término. Este pacto es perfectamente válido siempre que no se oponga a una norma imperativa. Existen varias disposiciones que respaldan la terminación anticipada de un contrato en razón de una estipulación de las partes. A manera de ejemplo, el artículo 1406 C. Co., regulativo de la terminación del contrato de apertura de crédito y descuento, establece que “salvo pacto en contrario, el establecimiento de comercio no podrá terminar el contrato antes del vencimiento del término estipulado”, lo que permite concluir *a contrario sensu* que en caso de pacto esa terminación sí es posible; el artículo 2011 C. C., dentro del capítulo sobre la expiración del arrendamiento de cosas, señala: “Si se ha fijado tiempo forzoso para una de las partes, y voluntario para la otra, se observará lo estipulado, y la parte que puede cesar el arriendo a su voluntad, estará, sin embargo, sujeta dar la noticia anticipada que se ha dicho”; en el contrato de comodato, el comodante está autorizado para reclamar la cosa en cualquier momento, o lo que es lo mismo, dar por terminado el contrato de manera unilateral, cuando se haya reservado tal facultad (art. 2219 C. C.); finalmente, el contrato de fiducia mercantil prevé como causal de terminación la revocación por parte del fiduciario cuando expresamente se haya reservado ese derecho (art. 1240 C. Co.). En realidad el pacto de terminación unilateral es una condición resolutoria meramente potestativa, la cual es válida porque no afecta la existencia de la obligación o la formación del contrato sino únicamente su extinción⁸⁰.

⁷⁹ Ranfer Molina Morales. *La Terminación Unilateral del Contrato ad nutum*. Universidad Externado. REVISTA DE DERECHO PRIVADO. No. 10. Bogotá. 2006. Págs. 125-158

⁸⁰ *Ibidem*.

Plantea el autor que aunque la terminación unilateral que es materia de estudio es *ad nutum*, es decir, en cualquier momento y por la voluntad de la persona autorizada, ello no implica que la misma pueda hacerse de cualquier manera. Una forma de ilicitud se presenta cuando no se respetan las condiciones legales o contractuales requeridas para la terminación, esto es, cuando hay incumplimiento del contrato. La falta más común de esta forma tiene lugar cuando no se da plazo de preaviso o se da pero de modo insuficiente. Sin embargo, la hipótesis más interesante de terminación ilícita es cuando, no obstante respetarse esas condiciones legales o convencionales, existe abuso de la parte por cuya voluntad cesan los efectos del contrato. Finalmente concluye el comentado autor que la terminación unilateral *ad nutum* (es decir, en cualquier momento y por la voluntad soberana de la persona autorizada), opera por la sola voluntad de una de las partes sin necesidad de motivación. Señala que la principal consecuencia de la terminación es la extinción del contrato y de las obligaciones que de él resultan, cada una de las partes es relevada de sus obligaciones y no puede exigir al otro su cumplimiento. Los efectos de la terminación se producen hacia el futuro, lo que implica que los efectos derivados de las prestaciones ejecutadas quedan incólumes.

En sentido similar se pronuncia Rengifo García al señalar que la terminación del contrato es uno de los medios de tutela de que dispone el acreedor en los contratos en que surjan obligaciones recíprocas a cargo de ambos sujetos contractuales. Figura que tiene las siguientes características: Se trata de una facultad del acreedor, que puede escoger entre exigir el cumplimiento o resolver, en ambos casos con resarcimiento de daños y abono de intereses. Sobre el particular hace alusión al artículo 870 del Código de comercio (el cual habla de “resolución o terminación”) establece dos posibilidades a favor del acreedor que se ha visto perjudicado por el incumplimiento de la contraparte. En efecto, le asiste el derecho de obligar al deudor a que cumpla o de pedir la resolución o terminación del contrato, incluida en ambos casos, la correspondiente indemnización por perjuicios:

El derecho a la terminación que pertenece a la parte fiel no es puramente potestativo, por el contrario se encuentra sometido a condiciones objetivas cuyo control ejerce el juez, quien deberá verificar en su sentencia si los hechos invocados por el demandante en su libelo son o no idóneos para que se pronuncie la terminación o resolución que se demanda.

El contrato es ley para las partes; en esto consiste precisamente su fuerza normativa u obligatoria, razón por la cual, en línea de principio, un contrato no podría ser terminado por una de las partes de manera unilateral y siempre habría necesidad, para que quedase aniquilado desde su celebración o desde la ejecutoria de la sentencia, de declaración judicial.

[...] Un contrato de larga duración es aquel en que su cumplimiento se dilata en el tiempo, o mejor, en que éste es condición para que el contrato produzca los efectos queridos por las partes y satisfaga la necesidad (durable y continuada) que las indujo a contratar; la duración no es tolerada por las partes, sino querida por ellas, por cuanto la utilidad del contrato es proporcional a su duración.

En contratos de larga duración, basados en la confianza, diluida o deteriorada ésta, la parte afectada puede dar por terminado unilateralmente el contrato, mediando por supuesto un preaviso razonable. Como el tiempo está vinculado al objeto del contrato, su terminación no puede quedar sujeta al capricho o al humor de uno de los contratantes. Por ello, las causas de terminación de un contrato de larga duración son de apreciación estricta y rigurosa, precisamente por tratarse de la cesación unilateral del vínculo y de ser una excepción al principio de la preservación del contrato.

Ahora bien, si la terminación unilateral (resiliación) ha sido diseñada por las partes en virtud de un pacífico ejercicio de la autonomía privada, esto es, mediante cláusula a propósito previamente discutida entrambas, o por lo menos suficientemente expuesta, creemos que su legalidad es indiscutible; por el contrario, si su predisposición, o mejor, su ejercicio o aplicación resulta irrazonable (desleal), desproporcionada, contraria a la buena fe, así debería ser juzgada en sede judicial. (Resaltado fuera de texto).

Por supuesto, que la resolución privada, no queda exenta de la revisión judicial, en el sentido de que será el juez quien decida la legalidad de la desvinculación, pero la demanda ya no será formulada por la parte cumplidora, sino por la incumplida. Es decir que la carga del inicio de la acción judicial se invierte y el juez pues tendrá un control *ex post* de legalidad y de justeza, es decir, después de la disolución unilateral por una de las partes⁸¹.

Frente a la resolución unilateral por incumplimiento de una parte, Rengifo García plantea en su escrito:

Una cosa es la terminación, llamada “resiliación” por los franceses, y otra es la resolución por incumplimiento. Ante el auge de la autonomía privada, por el entorno de desregulación que se vive, corresponde mirar ahora si es viable la resolución unilateral del vínculo cuando medie el incumplimiento de una de las partes, sin necesidad de una sentencia judicial, es decir, si el aniquilamiento del contrato cabe sin la intervención del Estado.

Para algunos, ello es un imposible a la luz del actual derecho colombiano en el sentido de que siempre la condición resolutoria tácita o expresa, deberá ser declarada por el juez. Navia, por ejemplo, señala: “¿Sanción sin intervención judicial? ¿Es ello posible, jurídicamente hablando, en particular desde el punto de vista constitucional? En adición a la resolución judicial, ¿no constituye sanción suficiente y, a la vez, mecanismo adecuado de protección del interés del acreedor, la posibilidad que tiene este de suspender, a su turno, la ejecución de las obligaciones a su cargo, de plantear la *exceptio non adimpleti contractus*? A pesar de la tendencia, podría decirse que universal, a permitir la resolución unilateral de pleno derecho por incumplimiento, la doctrina y la jurisprudencia colombianas, al menos por ahora, se mantienen firmes en la necesidad de la intervención judicial. La justicia por mano propia desconocería la fuerza normativa y obligatoria del contrato.

Otros, sin embargo, admiten la posibilidad de la resolución, sin la intervención del juez por cuanto “esta exigencia genera una carga más gravosa para el sujeto al que le fue

⁸¹ Ernesto Rengifo García. Universidad del Rosario. LA TERMINACIÓN Y LA RESOLUCIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO. Estudios de Derecho Privado. Tomo II. 2009

incumplido el contrato porque éste se ve en la necesidad de iniciar un proceso, con todo lo que esto implica, para liberarse definitivamente del vínculo jurídico con su contratante.

Situación que de hecho, hace del ejercicio de la institución de la resolución de los contratos algo complejo y poco eficiente. [...] En nuestra opinión, no se hace justicia por su propia mano quien adopta una decisión con efectos jurídicos, siempre y cuando esa decisión pueda ser revisada por los jueces. De lo contrario, se tendría que llegar a la conclusión de que, cuando se revoca unilateralmente un contrato de mandato o una compañía de seguros resuelve unilateralmente un contrato de seguro por el no pago de la prima, estaría en presencia de una justicia por cuenta propia.

Pese a la reticencia en la aceptación de la resolución unilateral por incumplimiento es conveniente mencionar que el mismo legislador la ha reconocido en ciertos eventos. En el contrato de seguro, el artículo 1068 del C. de Co. prevé la terminación automática del vínculo cuando exista mora en el pago de la prima de la póliza; también a propósito del contrato de suministro, se prevé en el artículo 973 ibídem que como consecuencia del incumplimiento del contrato, la parte cumplidora tenga el derecho de dar por terminado el negocio, cuando el incumplimiento es de tal relevancia que *per se* pueda mermar la confianza de aquella hacia el recibo de suministros sucesivos⁸².

Al respecto Sanabria Gómez señala:

Pero en el mismo contrato de compraventa se regulan dos situaciones en donde se infiere un desistimiento unilateral sin intervención de juez. El artículo 1873 C.C. contempla la posibilidad de la renuncia del contrato cuando tanto el vendedor como el comprador se encuentran avenidos sobre el precio del contrato, pero si el día en que ha de hacerse el peso, cuenta o medida, alguno de ellos no concurre a la cita, entonces, se faculta al que sí concurrió, si le conviene, a que pueda desistir del contrato⁸³.

Expresa el comentado autor Rengifo García que en el mismo sentido de lo ya expresado el proyecto Gandolfi o “*Código Europeo de los contratos*” señala: en su artículo 114.1 “Si se produce un incumplimiento grave, en el sentido del artículo 107, el acreedor tendrá derecho a exigir la resolución del contrato, requiriendo al deudor el cumplimiento en un plazo razonable que no sea inferior a quince días, y notificándole que, transcurrido inútilmente el plazo, el contrato se considerará resuelto”. Así mismo señala que no cualquier clase de incumplimiento constituiría motivo para resolver privada y unilateralmente un convenio; se requiere que sea grave o esencial, que recaiga sobre prestaciones principales y no accesorias, que afecte sustancialmente la economía de la relación contractual o significativamente el interés del acreedor, sobre este particular ha dicho:

En términos generales, se puede decir, que la terminación de un contrato sin la ocurrencia de un incumplimiento significativo, así el Código Civil literalmente no lo

⁸² Ibídem

⁸³ Arturo Sanabria Gómez. LA RESOLUCIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO. LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO. Bogotá. Universidad del Rosario. 2007. Pág. 158 y 159.

establezca, infringe el principio de la buena fe, o la norma de conducta que nos obliga también a mirar no solo los intereses propios sino las expectativas razonables del otro sujeto contractual. De conformidad con la actual visión del contrato, es decir, entendido este como un instrumento de cooperación intersubjetiva, la buena fe juega un papel protagónico en el objetivo de proteger las expectativas razonables de las partes, y sobre todo, la recíproca confianza existente entre ellas. La buena fe es la norma o precepto que regula el ejercicio de poderes discrecionales y que se traduce en no abusar de estos en desmedro del otro. La terminación unilateral de un acuerdo, sin mediar un incumplimiento grave o sustancial, constituye, sin ambages, una actuación de conducta contraria a la buena fe.

¿Cuáles serían los requisitos para que el acreedor pueda ejercer la facultad resolutoria unilateral? La trascendencia del incumplimiento viene a constituir un límite objetivo a la posibilidad de resolver de manera privada o extrajudicial un acuerdo; así mismo se requiere que el acreedor le comunique al deudor su decisión de la revocación y de otorgarle un plazo razonable para que aquel tenga la oportunidad de ajustar su conducta al comportamiento requerido en el vínculo. Así y sólo así, se podría entender que la facultad de resolución privada ante el incumplimiento se ha ejercido en debida forma, que no constituye un atentado al principio de la buena fe o que no pueda mirarse como un ejercicio abusivo de una facultad contractual, sin perjuicio, por supuesto, del control posterior de legalidad a la revocación que tiene el juez mediante la acción del deudor.

El “Código Europeo de los contratos” (Proyecto Gandolfi), ante un incumplimiento de importancia relevante reconoce el derecho que tiene el acreedor de proceder a la resolución del vínculo, “requiriendo al deudor para que lo ejecute en un plazo razonable que, en cualquier caso, no puede ser inferior a quince días y notificándole si el plazo transcurre inútilmente, el contrato será considerado como resuelto de derecho” (114.1). Y en el evento en que haya cláusula a propósito, “el contrato se considerará resuelto desde que la parte interesada notifique al deudor que ella se prevale de la cláusula” (114.2), en virtud de la cual el incumplimiento de una de las partes confiere a la otra el derecho de resolver el contrato.

Para Rengifo García la tendencia actual, es la desjudicialización de la resolución del contrato, pero un punto a tener cuidado corresponde a la manera como la cláusula esté redactada y la forma como procedería la resolución⁸⁴. Reitera que se le debe dar la oportunidad al deudor de que cumpla o de requerirlo para que ejecute su compromiso en un término razonable. En cuanto a la redacción de la cláusula, expresa que la ambigüedad se interpretará en contra de quien la predispuso, pero lo más importante es que la cláusula debe ser específica, para que en sede judicial no vaya a ser calificada de cláusula de estilo. Con el fin de evitar problemas en el control *a posteriori* de legalidad ante la jurisdicción, la cláusula debe indicar

⁸⁴ El punto sensible no ha de ser la estipulación misma de tales cláusulas, sino los requisitos de su redacción y de su ejercicio por el acreedor, en lo cual la jurisdicción ha de poner especial atención, asentada en el principio de la buena fe”: Fernando Hinestrosa. *La terminación unilateral del contrato. Contribución al libro de homenaje al Profesor Francois Chabas*. Universidad del Cuyo. Mendoza (Argentina). 2007. Pág. 11.

expresamente los compromisos cuya inejecución implicará la resolución del contrato. Cláusulas generales en el sentido de que cabría la resolución, por ejemplo, “*cuando se incumplen cualquiera de las obligaciones derivadas de este contrato*”, dicen mucho, pero a la vez no dicen nada y por su ausencia de precisión pueden no ser de recibo por el juez. Considera que “*Si se extiende a todas las obligaciones establecidas en el contrato a cargo de una parte, indicadas genéricamente, se entiende como cláusula de estilo, y se la considera no incluida*”.

Sobre la terminación unilateral del contrato, el autor Luis Felipe Botero expresó que en derecho privado colombiano no existe una prohibición general que impida terminar un contrato unilateralmente por cuanto dicha posibilidad es permitida por el mismo legislador o es admisible en especiales vínculos contractuales como los de duración indefinida, los de larga duración y en donde la confianza constituye el fundamento de la relación jurídica, al respecto consideró:

La jurisprudencia nacional no es totalmente ajena al reconocimiento del desistimiento como estipulación lícita, soportada exclusivamente en su consagración legal o para aquellos negocios en los que no se pacta el plazo o se frustra la confianza de una de las partes⁸⁵.

En cuanto a la posibilidad de permitir la resolución del contrato por incumplimiento del mismo, el profesor Carlos Pizarro Wilson, ha precisado:

La admisión de la resolución privada “permitiría al acreedor evitar perjuicios [...] al mismo tiempo establecer relaciones contractuales con terceros para satisfacer su interés [...] La consecuencia principal de la resolución unilateral consiste en evitar que los perjuicios se agraven por el incumplimiento y el mantenimiento del vínculo contractual [...] Se recoge interpretar el artículo 1602, no como la necesidad ante el incumplimiento de forzar al deudor a ejecutar su obligación, sino que abre para el acreedor diversos remedios que puedan satisfacer su interés, entre los cuales pasaría a integrarse la ruptura unilateral del contrato⁸⁶.”

Fueyo Laneri, jurista chileno, de formación clásica, ha dicho que:

Se le llama resolución por *autoridad del acreedor*, como podría también llamarse *mixta*, porque a través de esta fórmula moderna, realista y eficaz, se dilucida la vieja opción ejercitada ante el juez para seguirse generalmente un pleito largo, costoso y de resultado incierto.

[...] Esta forma de resolución fue ignorada por el Código Civil francés y por muchos que le siguieron, aunque –según se afirma– la doctrina y la jurisprudencia francesas

⁸⁵Luis Felipe Botero. *Apuntes sobre la Terminación Unilateral de los Contratos en Derecho Privado Colombiano*. LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO. Bogotá, Universidad del Rosario. 2007. Pág. 384

⁸⁶Carlos Pizarro Wilson. *La Ruptura Unilateral del Contrato*. La Terminación del Contrato. Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 424-426.

han admitido en ciertos casos de excepción la ruptura del contrato sin intervención del juez⁸⁷.

En este punto vale la pena hacer referencia al profesor Juan Pablo Cárdenas Mejía, quien en un escrito titulado “*La huida por la administración del derecho privado contractual*”, realizó los siguientes comentarios:

En relación con la facultad de terminación del contrato es pertinente observar que el derecho privado acepta la posibilidad de que las dos partes en un contrato o una de ellas tenga la facultad de terminar un contrato. Dicha posibilidad no sólo se encuentra consagrada en el Código Civil y en el Código de Comercio para ciertos contratos, sino que además la posibilidad de pactarla en otros había sido reconocida de tiempo atrás en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo que fue reiterado en una importante sentencia reciente en la que la Corte explicó detalladamente su fundamento. Por lo demás es útil destacar que tal tendencia se encuentra cada vez más con más fuerza en el derecho comparado.

[...]

En segundo lugar, la Corte Suprema de justicia ha aceptado que en general en derecho privado es posible pactar la facultad para una de las partes para terminar un contrato. Así lo había señalado en sentencia del 22 de noviembre de 1945 (G.J.T LIX, No.2025-2027, págs. 791-797) y lo reiteró recientemente en providencia 30 de agosto de 2011 (Referencia: 11001-3103-012-1999-01957-01) para lo cual básicamente señaló “Análogamente, el legislador o, las partes, ceñidas a la ley, ética, corrección, probidad, lealtad, buena fe, función, utilidad y relatividad del derecho, en ejercicio de su libertad contractual, pueden disponer la terminación unilateral del contrato”. A tal efecto la Corte precisó que la terminación unilateral no contradice la fuerza normativa del contrato, ni encarna condición potestativa. Agregó la Corte Suprema de Justicia que el hecho que no se hubiera previsto expresamente en la ley dicho modo extintivo no lo descarta, pues la ley la consagra en numerosos eventos en derecho privado. Expresó la Corte que no es admisible sostener *prima facie*, ante sí y por sí, que la facultad de terminar tiene naturaleza abusiva, pues no se puede extender la presunción al respecto circunscrita a los contratos de servicios públicos bajo condiciones generales (artículo 133.2, Ley 142 de 1994). Agregó la Corte Suprema de Justicia que ante “(...) la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo, lo cual no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces, (...)”⁸⁸.

⁸⁷ Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. Santiago de Chile. 3ª edición actualizada por Gonzalo Figueroa Yáñez. 2004. Pág. 321 y 322.

⁸⁸ Juan Pablo Cárdenas Mejía. *La Huida por la Administración del Derecho Privado Contractual*. En *Sociedad, Estado y Derecho – Homenaje a Alvaro Tafúr Galvis*. Antonio Aljure Salame, Rocio Araujo Oñate y William Zambrano Cetina (editores). Universidad del Rosario. Bogotá 2014. T. III. Pág. 344 y s.s.

Para el presente análisis es de gran aporte el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ya referido. Sin embargo, es valioso considerar en este punto algunos de los aspectos esbozados en el mismo, que a continuación transcribo:

[...] En cuanto a la condición resolutoria expresa, se tiene que es una modalidad de extinción del negocio jurídico según las estipulaciones y cláusulas del contrato, en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes. Sobre ella volverá la Sala más adelante, toda vez que ha sido aceptada por la jurisprudencia de la sección tercera del Consejo de Estado, como una de las modalidades de terminación anticipada de los contratos estatales.

En conclusión, puede afirmarse que bajo la normatividad civil y comercial, ámbito en el cual las partes gestionan intereses privados y se encuentran en principio en pie de igualdad, no solo es posible terminar anticipadamente el contrato por mutuo acuerdo entre ellas, sino también pactar de manera expresa e inequívoca la terminación unilateral del contrato a favor de una de las partes, incluso antes del vencimiento del plazo acordado, o acudir a la condición resolutoria expresa.

[...] Como se indicó en el capítulo anterior dentro del género *acuerdo extintivo del negocio jurídico*, además del mutuo disenso, se encuentra la posibilidad de pactar la condición resolutoria expresa, la cual tiene plena aplicación en los contratos estatales. Esta modalidad fue analizada detalladamente en sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado⁸⁹, cuyos apartes pertinentes se transcriben in extenso:

“En efecto, una de las formas en que las partes pueden alterar los efectos finales del contrato válidamente celebrado y prever un efecto extintivo de las obligaciones que emanen del mismo, es a través de una condición expresa cuya ocurrencia destruye el vínculo derivado del negocio jurídico; es decir, las partes son libres para subordinar la eficacia del contrato a un hecho o suceso futuro e incierto, negativo o positivo, cuya verificación resuelva el contrato y extinga las obligaciones pendientes. (...) el artículo 1530 del Código Civil, establece que la obligación condicional es la que depende de una condición –“*pendente conditione*”-, de un acontecimiento futuro e incierto, que puede suceder o no. La obligación condicional está supeditada al acontecimiento futuro e incierto que constituye la condición, y queda subordinada a dicho acontecimiento, permaneciendo en suspenso hasta que él se realice, o resolviéndose según ocurra o no. De manera que, la condición puede ser suspensiva o resolutoria; la primera “suspende la exigibilidad de un derecho” mientras se cumple, en tanto que la segunda “extingue un derecho” con su cumplimiento (art. 1536 C.C.). (...) De otra parte, atendiendo a la naturaleza del instituto depende que las cosas se pongan o no en el mismo estado en que estarían si las partes no hubieran contratado, toda vez que...[.]” *las partes, pueden, por lo demás, arreglar como ellas deseen, los efectos de la resolución del contrato, con respecto a las restituciones que recíprocamente tengan que hacerse y su convención es la ley entre ellas...*” y en los contratos de tracto sucesivo puede ocurrir que no sea posible la devolución de las prestaciones, y por ende, que los efectos de la condición no operen *ex tunc*, es decir, con efectos retroactivos, sino *ex nunc*, o sea con efectos hacia el futuro,

⁸⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2007. Rad. 31838 C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

porque la intención de las partes no ha sido borrarlo, sino ponerle término, sobre lo cual explica Claro Solar que:

“En estos casos, la condición resolutoria no puede tener efecto retroactivo y toma sus caracteres de término extintivo o resolutorio, del cual se diferencia por la incertidumbre, del cuándo. El contrato se resuelve para el porvenir, se resuelve *ex nunc*; pero queda irrevocable todo lo que se ha producido en el pasado. Como los derechos que se desprenden del tracto sucesivo, arrendamiento, sociedad, mandato, etc., van teniendo vencimiento sucesivo, es natural que se ultimen bajo una condición resolutoria que respete el pasado”.

Por lo demás, la condición resolutoria expresa opera de pleno derecho desde que ella se cumple sin decisión judicial y la parte así lo declara a la otra y extingue las obligaciones pendientes del contrato sometido bajo esa condición. El hecho de que se controvierta ante el juez su ocurrencia no limita este efecto extintivo, dado que el pronunciamiento judicial es meramente declarativo, y es la voluntad de las partes la que hace obrar por su iniciativa la disolución del vínculo contractual; el juez “...*verifica solamente si los hechos pertinentes se han realizado, y si los hechos han sido de la manera preestablecida. Pero la resolución no la pronuncia, es decir, no nace de su declaración en la sentencia...*”.

De esta manera, para la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el pacto expreso de las partes para terminar anticipadamente los contratos por el acaecimiento de una condición resolutoria, es plenamente procedente.

Así, se tiene que dentro del género *acuerdo extintivo*, los contratos pueden terminar anticipadamente bajo las modalidades de mutuo disenso o condición resolutoria expresa, cuya operatividad deberá ser analizada en el caso concreto correspondiente. Dicho lo anterior, pasa la Sala a examinar la potestad exorbitante de terminación unilateral del contrato confiada a la Administración⁹⁰.

En cuanto a la prestación de un servicio público y al deber de la entidad estatal de prevenir un daño, la Sala de Consulta en el comentado concepto consideró:

Igualmente la definición que trae la ley 80 de servicio público, según la cual el Estado se obliga a prestarlos en forma general, permanente y continua para satisfacer las necesidades colectivas, lleva al deber de la Administración de anticiparse a la paralización o afectación del servicio público, y en tal sentido, en una labor de planeación y de prevención necesaria puede terminar unilateralmente el contrato para evitar el hecho dañino en relación con el servicio público contratado.

Por tanto como ya se dijo en este concepto, la entidad estatal contratante tiene el deber de anticiparse y prevenir el daño o los prejuicios que puedan producirse por una obra mal ejecutada o que no cumpla con la utilidad pública prevista al momento de celebrar el contrato.

Insiste la Sala en que la valoración que debe realizar la Administración para dar por terminado el contrato unilateralmente el contrato estatal por la causal en comento, cobran especial significado los principios constitucionales de la función administrativa, en particular los de economía, eficacia y transparencia.

De conformidad con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-035 de 1999, reiterada en la sentencia C -300 de 2012, en virtud del principio de economía la

⁹⁰ Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil. Concepto del 30 de octubre de 2013. Rad. 2150. C.P. William Zambrano Cetina. Pág. 17 a 19.

Administración debe tomar medidas para ahorrar la mayor cantidad de costos en el cumplimiento de sus fines. La eficacia, por su parte, exige a la Administración el cumplimiento cabal de sus fines. En conjunto, estos principios imponen a la Administración el deber de cumplir sus objetivos con una adecuada relación costo beneficio, es otras palabras, actuar de forma eficiente.

[..] Así las cosas, en el contexto de la consulta formulada, la *terminación anticipada del contrato de concesión* queda supeditada al acuerdo extintivo, en sus modalidades de mutuo disenso y condición resolutoria expresa, así como a la terminación unilateral por parte de la entidad pública contratante en ejercicio de su potestad exorbitante prevista en los artículos 14 y 17 de la ley 80 de 1993. En este sentido, ante la ausencia de dicho acuerdo y en atención a que en los contratos de concesión prima el interés público y los principios y reglas de orden público que permiten a la entidad concedente el ejercicio de las facultades de dirección y control del control, este podrá darse por terminado unilateralmente mediante acto administrativo motivado, previa observancia de los requisitos legales establecidos en tales normas para el ejercicio de la señalada competencia, del interés público que se pretende colmar con el ejercicio de esa potestad y de los principios constitucionales de la función administrativa (artículo 209 C.P.), dentro del marco de prevalencia del interés general sobre el particular, según lo explicado⁹¹.

Por otra parte, en fallo de gran interés para el objeto del presente trabajo, la Sección III del Consejo de Estado, al resolver una acción de controversias contractuales entre Ecopetrol y la empresa Caribbean Oil and Services, en agosto de 2016 consideró que son absolutamente viables las cláusulas de terminación unilateral pactadas en desarrollo de la autonomía dispositiva, por incumplimiento de los contratos celebrados al amparo del derecho privado, en aras de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, al respecto puntualizó:

Una de las pretensiones que pueden incoarse en ejercicio de la acción contractual es precisamente la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal, su terminación o resolución, pretensión ésta que encuentra su fundamento en la denominada "*Condición Resolutoria Tácita*" prevista en el artículo 1546 del Código Civil, conforme a la cual ante el incumplimiento del contrato por una de las partes, la parte cumplida podrá exigir su cumplimiento, o solicitar su terminación con la consecuente indemnización de los perjuicios".

En tratándose de contratos estatales, cuando lo que pretende la administración es el cumplimiento del objeto contractual, la misma ley 80 de 1993 le otorga una serie de facultades excepcionales tales como: 1) la caducidad, facultad en desarrollo de la cual puede proceder a declarar administrativamente la situación de incumplimiento grave del contratista que impida la ejecución del contrato ordenando su liquidación. 11) Ordenar la terminación unilateral del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenar su liquidación; 111) Declarar el incumplimiento del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado o imponer multas; o 1111) Declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo y hacer efectivas las garantías constituidas a su favor.

⁹¹ Ibídem. Págs. 24, 28 y 29.

No obstante lo anterior, no ocurre lo mismo en tratándose de contratos celebrados entre particulares o que siendo celebrados por una Entidad estatal como lo es ECOPEPETROL, se encuentran sujetos al régimen de derecho privado por disposición especial, pues ante eventos de incumplimiento de alguna de las partes contratantes cuando la parte cumplida pretenda el cumplimiento del contrato estatal no puede proceder a declarar unilateralmente la caducidad del contrato, o ejercer alguna clase de potestad excepcional. Lo que se puede es hacer efectivas las garantías constituidas a su favor para garantizar las obligaciones adquiridas con ocasión del respectivo negocio jurídico una vez la entidad aseguradora haya reconocido la existencia del siniestro.

Ahora bien, pese a lo dicho, no debe perderse de vista que el ejercicio de las relaciones industriales y comerciales que se amparan en el Derecho privado, tienen su fundamento en la autonomía dispositiva privada, la buena fe y el interés negocial, de donde se desprende el contenido contractual, tanto en su esencia y naturaleza, como en los elementos accidentales que se pacten es por ello que el artículo 1602 del Código Civil prevé que el contrato incorpora un imperativo legal dentro de la relación negocial, y por cuanto nace de la voluntad de las partes, en principio, sólo su mutuo consentimiento puede llegar a invalidarlo. (Subraya fuera de texto).

Así las cosas, la Sala se pregunta si las partes contratantes, en ejercicio de la autonomía negocial, pueden pactar dentro de la convención que rige la relación contractual figuras como la multa, la cláusula penal, terminación por mutuo acuerdo o unilateral, todas estas como previsión anticipada de las consecuencias del posible incumplimiento en que pueda incurrir una de ellas.

6.2 Son absolutamente viables las cláusulas, de terminación unilateral pactadas en desarrollo de la autonomía dispositiva, por incumplimiento de los contratos celebrados al amparo del Derecho privado.

Al respecto, se discute dentro del Derecho privado la posibilidad de pactar cláusulas tales como la terminación unilateral por incumplimiento del contrato, sin que ello implique la existencia de una parte más fuerte dentro de la relación jurídica, la ruptura de la igualdad entre los contratantes o el ejercicio de una potestad arbitraria o exorbitante propia del Derecho administrativo o contractual público.

[..] Sin embargo, la Sala considera que la ruptura unilateral de un contrato de derecho privado per se no supone una desigualdad o privilegio a favor de una de las partes, pues la terminación unilateral no comporta necesariamente el beneficio exclusivo de la parte cumplida, ya que, incluso, ésta puede resultar perjudicada, verse frustrada ante la ejecución del negocio y seguramente, coaccionada a la celebración de uno nuevo.

Contrario sensu, el incumplido puede salir favorecido toda vez que será librado del cumplimiento de las prestaciones o del objeto del contrato en cuya ejecución se ha visto imposibilitado. De manera que, aunque el pacto de estas figuras puede aparecer como un elemento de carácter sancionatorio, ello por sí mismo no las ubica en el ámbito de la exorbitancia o arbitrariedad y, mucho menos, en el terreno del derecho contractual administrativo, porque su fuente es el de la autónoma regulación de las relaciones negociables que cada una de las partes contratantes tiene conforme a los principios del Derecho privado para la estructuración de sus negocios jurídicos.

Esta configura la diferencia básica y primordial frente a las llamadas cláusulas excepcionales propias de la contratación pública, cuyo fundamento se haya básicamente en la prevalencia del interés colectivo de la administración, entre tanto

que quienes se desempeñan al amparo del derecho privado ejercen la autonomía de su voluntad en aras del interés particular del negocio y de cada uno de los contratantes⁹².

De igual manera, señala la precitada sentencia que es tan evidente la viabilidad de estas estipulaciones que en el derecho privado existen tipos contractuales que encuentran la fuente de la terminación unilateral por incumplimiento, tal es el caso, entre otros, de los contratos de compraventa (art. 1882 del C.C.), arrendamiento de cosas (arts. 1983 y 1984 del C.C.), contrato de suministro (art. 973 del C.CO.), agencia comercial (art. 1325 del C.CO.), y mandato (art. 2185 del C.C. y 1279 del C.CO.). De igual manera hace referencia a que en el derecho comparado la tendencia 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.

Finalmente señala la Sección III que:

[...] Por el contrario, la Sala considera absolutamente viable que los contratantes, en el ejercicio de su autonomía negocial y en aras de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, establezcan cláusulas como la terminación unilateral del contrato, entre otras, para proveerlos de herramientas jurídicas que propendan por el bienestar negocial.

Adicionalmente el pacto de este tipo de estipulaciones, dentro de las cuales se encuentran la cláusula penal, la multa y las garantías de cumplimiento, actúan como mecanismo de presión en los contratantes que se verán impulsados a la debida ejecución de las obligaciones a su cargo y abren la puerta de la solución directa de los conflictos suscitados con ocasión del contrato, de manera que puede favorecer a la descongestión de la administración de justicia.

Dicho lo anterior, la Sala encuentra fundamento suficiente para la validez de las cláusulas de terminación unilateral por incumplimiento dentro de los contratos que se rigen por el derecho privado, por supuesto, siempre que ellas no conlleven un abuso del derecho o el ejercicio de una posición dominante y siempre que su configuración encuentre sustento en razones sustanciales, preferiblemente de tipo objetivo, y no de poca importancia.

Sobre este aspecto, se encuentra que "en los sistemas jurídicos en los que se ha admitido que la resolución convencional de pleno derecho pueda operar sin necesidad de un pronunciamiento judicial previo, como es el caso en Francia, la jurisprudencia se muestra particularmente rigurosa cuando de poner en práctica la cláusula respectiva se trata. En primer término se exige absoluta precisión en su redacción, en el sentido de que ella no puede apuntar al Incumplimiento por parte del deudor de cualquiera de las obligaciones a su cargo. La cláusula debe referirse concretamente al incumplimiento de una o varias de las estipulaciones expresas del contrato, lo que significa, según lo anotan Ghestin, Jamin y Billiau, "que el contrato no puede ser

⁹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de agosto de 2016. Rad. 41783. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

resuelto por el incumplimiento de las obligaciones que él engendra, a menos que hayan sido mencionadas en la cláusula”.

Ahora bien, asimismo debe tenerse en cuenta que la parte que unilateralmente finaliza el contrato como consecuencia del incumplimiento puede verse sometida al control judicial, ya no para que el juez haga efectiva la cláusula sino para que verifique su correcta aplicación⁹³.

De manera categórica la sentencia concluye indicando que la estipulación de cláusulas de terminación unilateral por incumplimiento son absolutamente viables, a partir de la autonomía de las partes para estructurar el contenido del negocio y que en los contratos suscritos por entidades públicas que actúen sujetas al derecho privado, dada la autonomía de estructuración del contrato, gozan de esta facultad sin intervención del legislador y sin que se consideren exorbitantes o sujetas a los conceptos o procedimientos propios de los contratos de la administración. Requiriendo para la validez de las mismas: I). “*Que la cláusula se pacte expresamente. II). Que la cláusula recaiga sobre una prestación principal y sustancial, en cuyo incumplimiento se imposibilita la ejecución del objeto contractual. III). Que la estipulación no aparezca bajo el ejercicio de una posición dominante o arbitraria*”.

Finalmente de gran interés es hacer referencia a la reciente sentencia de la Sección III (febrero de 2017) en la que con ocasión de la acción contractual iniciada por Seguros Generales Suramericana contra las Empresas Públicas de Medellín, la Sección, entre otros asuntos, aborda el régimen contractual de derecho privado y la inclusión de cláusulas accidentales que regulen el incumplimiento contractual, y el incumplimiento del contrato como tal; sentencia que ratifica en muchos aspectos lo expresado en fallo del 24 de agosto de 2016, Exp. 41.783, al que ya se hizo referencia. En este sentido la sección ha expresado:

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 se definieron para los servicios públicos unas especiales y particulares bases normativas tendientes a la estructuración de un régimen jurídico sujeto a los principios de la libertad del mercado y la competencia, con estricta sujeción al derecho privado que, como se sabe, encuentra su fundamento en la autonomía de la disposición negocial o del querer de las partes, que, a su vez, es dotada por el ordenamiento de la eficacia suficiente para generar efectos jurídicos, esto es, adquirir, crear, modificar y extinguir obligaciones bajo una regulación propia, por supuesto, siempre que dicha regulación no desconozca normas imperativas, se aparte de las buenas costumbres o desencadenen en el ejercicio abusivo de derecho.

Ahora bien, frente al contenido de los contratos debe preverse que en todo contrato, y en general en todo negocio jurídico, se distinguen “las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen,

⁹³ *Ibidem*.

y que se le agregan por medio de cláusulas especiales⁹⁴, éstas últimas, dispuestas por las partes en ejercicio de su autonomía negocial, y según lo prevé el artículo 1602 del Código Civil todo contrato legalmente celebrado se constituye en ley para las partes contratantes y no podrá ser invalidado sino por mutuo consentimiento y por las causales previstas en la ley para ello.

Así las cosas, los particulares se encuentran investidos de la facultad de regular sus propias relaciones jurídicas mediante la inclusión de cláusulas accidentales o especiales que convengan a sus intereses negociales y a las que el ordenamiento jurídico considera la ley del contrato. De manera que a la luz del *ius private* corresponde a las partes contratantes determinar el contenido, alcance, condiciones y modalidades de sus negocios jurídicos.

Pero, se insiste, la facultad reconocida a los particulares no es absoluta. La capacidad de crear derechos y contraer obligaciones mediante manifestaciones espontáneas de la voluntad encuentra verdaderos límites en las normas de orden público, es decir en aquellas disposiciones que el legislador les ha dado el valor de imperativas.

[...] Así las cosas, en la negociación de un contrato de los que se regulan por el régimen civil y comercial, las partes se encuentran facultadas para determinar las condiciones que regirán su relación contractual y en desarrollo de este derecho pueden acudir a las figuras jurídicas que consideren pertinentes para asegurar y proteger el cumplimiento del objeto contractual, así como para garantizar la satisfacción de los intereses negociales que, en tratándose de las empresas prestadoras de servicios públicos, no es otro que la prestación del servicio legalmente asignado.

Entonces, es absolutamente posible que las partes, dentro de la regulación propia de su contrato, acudan a la figuras tales como la cláusula penal, la multa, la liquidación del contrato, ya sea esta bilateral o unilateral, o a la suscripción de pólizas de cumplimiento que aseguren la debida ejecución del contrato, a la vez que lo dotan de mecanismos eficientes para exigir el cumplimiento de las prestaciones contractuales.

En este sentido, la Sala debe recordar que en pronunciamientos anteriores se ha admitido, incluso, el pacto de cláusulas tales como la de terminación unilateral del contrato, en aquellos negocios que se regulan por el derecho privado.

[...] En síntesis, los particulares tienen la facultad de reglar sus relaciones jurídicas de manera específica y concreta, de acuerdo con sus intereses negociales y mediante la inclusión de cláusulas accidentales a las que el ordenamiento le reconoce la categoría de ley entre las partes.

Dicha regulación contempla no sólo la definición del objeto del contrato o de las prestaciones a cargo de cada uno de los contratantes, sino también las consecuencias que éstos pueden derivar frente al incumplimiento en la ejecución de tales prestaciones, dentro de las cuales podrían incluirse, como se vio, la terminación unilateral del negocio o la cláusula penal, la multa, la liquidación del contrato, ya sea esta bilateral o unilateral, o a la suscripción de pólizas de cumplimiento que aseguren la debida ejecución contractual. Sin embargo, la Sala debe aclarar que la estipulación de las figuras jurídicas antes enunciadas no se clasifica dentro de las denominadas cláusulas excepcionales, principalmente, en razón a su naturaleza convencional, ya

⁹⁴ Artículo 1501 del Código Civil.

que se originan en la autonomía negocial de las partes y no en la ley, y adicionalmente porque con ellas no se otorga a la administración el ejercicio de un poder exorbitante, por el contrario, su finalidad no es otra que la de regular una relación contractual de carácter civil y comercial, dotándola de mecanismos eficaces para la consecución del interés negocial.

En tratándose de contratos estatales, cuando lo que pretende la administración es el cumplimiento del objeto contractual, la misma ley 80 de 1993 le otorga una serie de facultades excepcionales tales como: I) la caducidad, facultad en desarrollo de la cual puede proceder a declarar administrativamente la situación de incumplimiento grave del contratista que impida la ejecución del contrato ordenando su liquidación; II) Ordenar la terminación unilateral del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenar su liquidación; III) Declarar el incumplimiento del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado o imponer multas; o IV) Declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo y hacer efectivas las garantías constituidas a su favor.

[...] No obstante lo anterior, no ocurre lo mismo en tratándose de contratos celebrados entre particulares o que siendo celebrados por una entidad de Derecho público, como lo es Empresas Públicas de Medellín - EPM, se encuentran sujetos al régimen de derecho privado por disposición especial, pues ante eventos de incumplimiento de alguna de las partes contratantes cuando la parte cumplida pretenda el cumplimiento del contrato estatal no puede proceder a ejercer alguna clase de potestad excepcional, salvo que se trate, como en el caso de autos, de aquellos contratos en los que se exige el pacto de la caducidad administrativa del contrato o que por vía convencional las partes hayan pactado facultades tales como la terminación unilateral del contrato, de conformidad con las consideraciones expuestas en el acápite anterior.

[...] Ahora bien, teniendo en cuenta que el ejercicio de las relaciones industriales y comerciales que se amparan en el Derecho privado tienen su fundamento en la autonomía dispositiva privada, la buena fe y el interés negocial, de donde se desprende el contenido contractual, tanto en su esencia y naturaleza, como en los elementos accidentales que se pacten, y que el artículo 1602 del Código Civil prevé que el contrato incorpora un imperativo legal dentro de la relación negocial, por cuanto nace de la voluntad de las partes, éstas deben respetar lo pactado y en aquellos eventos en que la administración haga uso de las facultades convencionalmente establecidas para ejercer la cláusula penal, multar al contratista o hacer efectivas las garantías constituidas para el cumplimiento del contrato, tendrá que ajustarse a las formalidades allí pactadas y, por supuesto, a las normas de orden público y buenas costumbres, so pena de incurrir en un incumplimiento contractual que conllevará a la indemnización de los perjuicios causados al contratista⁹⁵.

Frente al principio de la buena fe, la mentada sentencia prescribe:

⁹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero de 2017. Rad. 56.562. C.P. Orlando Santofimio Gamboa.

De manera que el principio de la buena fe contractual es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar en la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y corrección de la conducta propia.

Es por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual o en presencia de un incumplimiento o alteración de lo pactado, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su co-contratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.

7.3. Posición personal. Tesis frente al problema jurídico planteado

A partir de su existencia, los contratos generan efectos vinculantes para las partes, lo cual dota de una fuerza coercitiva a cada una de las obligaciones en ellos estipuladas. Principio que alcanza expresión legislativa en el artículo 1602 del Código Civil, el cual le asigna a los contratos legalmente celebrados el carácter de ley para las partes, al punto que no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

En este sentido, es claro el alcance del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 que establece que *“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”*. De igual manera no podemos perder de vista lo consagrado en el artículo 32 de la mentada norma, que al tenor literal consagra: *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”*. El incumplimiento de sus obligaciones constituye una insatisfacción, por causas imputables a la parte incumplida. Tratándose de contratos estatales, cuando la administración pretende garantizar el cumplimiento contractual, el ordenamiento jurídico le reviste de una serie de facultades excepcionales tales como: la caducidad, la terminación unilateral, la declaratoria de incumplimiento del contrato mediante acto administrativo motivado y la declaración unilateral de la ocurrencia del siniestro. No obstante lo anterior, no ocurre lo mismo en situaciones de contratos celebrados entre particulares o que siendo celebrados por una entidad estatal se encuentran sujetos al régimen de derecho privado por disposición especial, pues ante eventos de incumplimiento de alguna de los contratantes, cuando la parte cumplida pretenda

el cumplimiento del contrato estatal, no puede proceder a declarar unilateralmente la caducidad o ejercer alguna clase de potestad excepcional, lo que si puede es hacer efectivas las garantías constituidas a su favor para garantizar las obligaciones adquiridas con ocasión del respectivo negocio jurídico una vez la aseguradora haya reconocido el siniestro.

Pese a lo dicho, no debe perderse de vista que el ejercicio de las relaciones industriales y comerciales que se amparan en el derecho privado, tienen su fundamento en el principio de la autonomía dispositiva privada, la buena fe y el interés negocial, de donde se desprende el contenido contractual, tanto de su esencia y naturaleza, como de los elementos accidentales que se pacten.

Es por ello que el artículo 1602 del Código Civil prevé que el contrato incorpora un imperativo legal dentro de las relaciones negociales, y por cuanto nace de la voluntad de las partes, en principio, solo el mutuo consentimiento puede llegar a invalidarlo. Concepto que encuentra su sustento en la regla *pacta sunt servanda*, establecida en el artículo 1134 del Código Civil que indica que “*el contrato es ley para las partes*”.

De acuerdo con lo anterior, por disposición del ordenamiento jurídico, el parámetro de control de los contratos de entidades estatales que se encuentran excluidos de la ley 80 de 1993, no son las normas administrativas previstas en dicho estatuto general de contratación, sino las normas civiles y comerciales, las cuales permiten la inclusión del tipo de cláusulas objeto de estudio en el presente trabajo. **Es decir, al negocio jurídico, definido como un acto de autonomía dispositiva, en el que se dispone de intereses, encaminados a la adquisición, modificación o extinción de un derecho subjetivo, el ordenamiento jurídico le reconoce plena eficacia y obligatoriedad.** En este sentido no comparto los argumentos de la primera tesis expuesta.

Así las cosas, la posibilidad de declarar el incumplimiento del contrato de manera unilateral y en virtud de un pacto contractual, no puede ser entendido como un elemento sancionatorio o abusivo y mucho menos lo ubica en el terreno del derecho contractual administrativo, por cuanto su fuente es la autónoma regulación de las relaciones negociales que cada una de las partes contratantes tiene conforme a los principios del derecho privado para la estructuración de sus negocios jurídicos, esto por cuanto quienes se regulen bajo el derecho privado tienen la facultad de reglar sus relaciones jurídicas de manera específica y concreta, de acuerdo con sus intereses negociales y mediante la inclusión de cláusulas accidentales a las que el ordenamiento le reconoce la categoría de ley entre las partes.

Puede afirmarse que la tendencia actual a nivel doctrinal y jurisprudencial, a la cual no tendría por qué sustraerse mi opinión, es la de aceptar la legitimidad del pacto y aplicación de las cláusulas de terminación unilateral sin necesidad de intervención judicial *ex ante*, no solo para las entidades exceptuadas del régimen de contratación pública, sino incluso para las reguladas por la Ley 80.

Sobre esa posibilidad convencional de otorgarle prerrogativas unilaterales a una de las partes, sólidos argumentos encontramos en la jurisprudencia de la Corte Suprema, del Consejo de Estado y en laudos arbitrales, previamente estudiados, en donde han admitido la posibilidad de pactar cláusulas como la de terminación unilateral del contrato, a través de la cual una de las partes puede rescindir de pleno derecho un contrato, en el cual se evidencie el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los deudores. Es así como el caso de las entidades exceptuadas del estatuto de contratación, entre otras, Ecopetrol, Findeter, Financiera Nacional de Desarrollo, Fondo Nacional del Ahorro, Fonade, BANCOLDEX, EMP, CODENSA, ETB, no tienen poderes mayores que los particulares, pero tampoco menores que los de éstos. Luego, si los particulares pueden en sus contratos pactar cláusulas de terminación unilateral como lo reconoce una vertiente de la jurisprudencia y la doctrina, las referidas entidades deben tener igual poder.

De acuerdo con el problema jurídico planteado, debo señalar que en mi criterio la terminación unilateral por pacto convencional en contratos estatales regidos por el derecho privado corresponde a una manera válida de extinguir el negocio jurídico a la luz de la ley civil y comercial, posibilidad que incluso se abre para los contratos regulados por la Ley 80.

Por lo anterior, considero que no solo es válida la cláusula que pacte la terminación unilateral por incumplimiento del contrato, sino que también lo es la consecuencia que se deriva de su aplicación, es decir, la capacidad que tiene la administración de declarar el incumplimiento del contrato y resolverlo sin necesidad de declaratoria por parte del juez del contrato. Lo anterior se diferencia básicamente frente a las llamadas cláusulas excepcionales propias de la contratación pública, cuyo fundamento es básicamente la prevalencia del interés colectivo de la administración, entre tanto quienes se desempeñan al amparo del derecho privado ejercen autónomamente de su voluntad en aras del interés negocial de cada contratante.

De igual manera se entenderá que es absolutamente válido el pacto e imposición de multas ante el incumplimiento de parte.

8 Conclusiones

Para finalizar es adecuado expresar las siguientes conclusiones:

Para quienes acogen la primera tesis, se concluye que la terminación unilateral regulada en la Ley 80 de 1993, se manifiesta a través de actos administrativos y su uso se encuentra condicionada a la habilitación previa y expresa que haga el legislador. De igual manera bajo esta teoría se podría concluir, que aquellas entidades excluidas de la Ley 80 de 1993, como las empresas industriales y comerciales del estado, carecen de competencia para poder hacer uso de tan importante herramienta.

Acoger la anterior posición, supone una privación de una herramienta de vital importancia para guiar el contrato a la satisfacción del interés general, que no se encuentra ausente porque una entidad se encuentra bajo el amparo de un régimen privado de contratación.

No obstante lo anterior, otra lectura que podría darse del asunto, es que en tanto que por voluntad del legislador, las entidades al ser excluidas del régimen de contratación de la Ley 80 de 1993, se está excluyendo todo lo atinente a su ejercicio contractual del ámbito de lo público y por lo tanto su actuación está gobernada por la autonomía de la voluntad de las partes en los términos del artículo 1501 del Código Civil, quienes podrán prever herramientas como la cláusula resolutoria expresa como una solución jurídicamente viable para propender por el bienestar negocial. En virtud de esta tesis, las entidades sujetas al derecho privado, gozan de la facultad de gobernar sus relaciones contractuales bajo el influjo del derecho de la autonomía de la voluntad sin que medie una intervención del legislador que orgánicamente determine de qué manera puede ejercerse esa voluntad, ni que se considere que lo pactado en el contrato en virtud del principio en cita, constituye una exorbitancia o sus decisiones deban someterse a los procedimientos típicos de la administración.

La aplicación de esta teoría no se contrapone a lo contemplado en el artículo 13 de la Ley 1150 que establece que las entidades estatales que cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, los principios de la función administrativa de que trata el artículo 209 de la Constitución Política.

La dificultad que podría presentar dicha figura consiste en que por tratarse de una entidad pública, así esté sometida a un régimen privado de contratación, tiene una vinculación positiva al principio de legalidad, en tanto que la voluntad de la administración, es una voluntad orgánicamente prevista por el ordenamiento jurídico, por lo que en estricto sentido el uso de facultades que no están previstas previamente por el ordenamiento jurídico, se encuentran proscritas. Sin embargo es claro que a partir de su existencia, los contratos generan efectos vinculantes para las partes, lo cual supone unas fuerzas coercitivas a cada una de las obligaciones en ellos estipuladas. Dicho principio alcanza expresión legislativa en el artículo 1602 del Código Civil, el cual le asigna a los contratos legalmente celebrados el carácter de ley para las partes, al punto que no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, de acuerdo con lo expresado por el Consejo de Estado en el contexto de la economía de mercado y la libre competencia.

Es interesante observar cómo el legislador en estas materias quebró las barreras existentes entre la concepción intervencionista, que proclamaba estructuras jurídicas rígidas de estricto derecho administrativo y las neoliberales, que abren el

proceso a la competencia, para regular los servicios públicos en aspectos tan neurálgicos como los de sus actos y contratos, diseñando un sistema donde lo predominante son las normas del derecho privado, sin abandonar en ciertos aspectos la aplicación de disposiciones y principios ligados al derecho administrativo. En este sentido, puede sostenerse que el ordenamiento jurídico ha respondido a la nueva concepción del servicio público creando un sistema jurídico sumido en los principios y reglas del derecho civil y comercial, que destacan la autonomía de la voluntad o dispositiva, la libertad contractual, libertad de iniciativa, de empresa y de competencia.

Al ejercerse la facultad de terminación unilateral concluye el contrato *ipso jure* sin intervención judicial. No obstante, existiendo disputa, las partes pueden acudir a la jurisdicción, lo que descarta tomar justicia por mano propia.

El abuso del derecho, y en particular la buena fe, son parámetros limitativos y correctores de la libertad contractual, y por ende, ostentan particular relevancia en estos aspectos.

Todas las expresiones específicas de terminación unilateral del contrato, se rigen por los principios de la buena fe, evitación de abuso del derecho y está sujeto a control judicial, lo cual suprime la justicia privada por mano propia. La buena fe y el abuso del derecho, constituyen límites al pacto y ejercicio de estas facultades. Se entiende por buena fe como la exigencia a cada una de las partes de actuar de forma que se preserven los intereses de la otra, es decir, como la obligación de cada parte de velar por la utilidad del otro sujeto negocial. La buena fe servirá de control a la terminación unilateral de vínculo.

La fuerza normativa del contrato y el deber legal de su cumplimiento por las partes, es el principio y la regla. Ninguna puede sustraerse unilateralmente so pena de incumplimiento y comprometer su responsabilidad. La terminación unilateral del contrato, en cualquiera de sus expresiones, es la excepción.

La Corte Suprema de Justicia, ha considerado que la condición resolutoria estipulada expresamente por los contratantes resuelve de *pleno derecho* el contrato sin que se requiera declaración judicial.

La configuración de la cláusula resolutoria expresa no puede ser expresión del ejercicio abusivo del poder contractual. Ella vale siempre y cuando haya sido discutida, o por lo menos, resulte razonable frente a los intereses envueltos en la relación jurídica derivada del contrato. El derecho a la resolución como todos los derechos, tiene límites y no escapa al poder de control del juez, *ex post*, sobre el cumplimiento de sus exigencias, si se infringió o no la buena fe, o si su ejercicio significó un abuso del derecho.

Es evidente que en la contratación moderna, aquello que es unilateral, no es necesariamente injusto por cuanto la buena fe, como norma de conducta, se pone frente al unilateralismo que pretenda expresar sólo la lógica desleal del más fuerte. De acuerdo con la buena fe, con la lealtad que se deben las partes entre sí no sería posible poner fin al contrato por un incumplimiento sin importancia de la obligación.

Para la Sección III del Consejo de Estado al prescribir el legislador que las empresas con regímenes especiales en la contratación que se nutren de las reglas propias del derecho privado significa que en la construcción de todo el contenido del contrato ha operado la autonomía de las partes, en los términos del artículo 1501 del C.C., es decir que los contratantes en torno a su interés comercial han determinado los elementos esenciales del convenio y dispuesto aquellos elementos accidentales y naturales que deben regir la relación jurídica de conformidad con los fines mercantiles a ejecutar.

Los particulares tienen la facultad de reglar sus relaciones jurídicas de manera específica y concreta, de acuerdo con sus intereses comerciales y mediante la inclusión de cláusulas accidentales, dicha regulación contempla no sólo la definición del objeto del contrato o de las prestaciones a cargo de cada uno de los contratantes, sino también las consecuencias que éstos pueden derivar frente al incumplimiento en la ejecución de tales prestaciones, dentro de las cuales podrían incluirse, la terminación unilateral del negocio. La estipulación de esta figura jurídica no se clasifica dentro de las denominadas cláusulas excepcionales, en razón a su naturaleza convencional, ya que se originan en la autonomía comercial de las partes y no en la ley.

Pactar cláusulas accidentales como la terminación unilateral por incumplimiento es una figura de cesación sin presencia del juez como formas de auto composición de intereses privados y expresión de la autonomía privada.

La estipulación de cláusulas de terminación unilateral por incumplimiento es absolutamente viable, a partir de la autonomía de las partes para estructurar el contenido del negocio. En los contratos suscritos por entidades públicas que actúen sujetas al derecho privado, dada la autonomía de estructuración del contrato, gozan de esta facultad sin intervención del legislador y sin que se consideren exorbitantes.

Los particulares tienen la facultad de reglar sus relaciones jurídicas de manera específica y concreta, de acuerdo con sus intereses y mediante la inclusión de cláusulas accidentales a las que el ordenamiento jurídico le reconoce categoría de ley para las partes.

No cualquier clase de incumplimiento constituye motivo para resolver privada y unilateralmente un convenio; se requiere que la consecuencia del incumplimiento ponga en riesgo de manera grave la ejecución del objeto contractual, que recaiga sobre prestaciones principales determinadas y no accesorias, que afecte

sustancialmente la economía de la relación contractual o significativamente el interés del acreedor. Debe darse la oportunidad al deudor de que cumpla o de requerirlo para que ejecute su compromiso en un término razonable

En cuanto a la redacción de la cláusula, la ambigüedad se interpretará en contra de quien la predispuso, lo más importante es que la cláusula debe ser específica, para que en sede judicial no vaya a ser calificada de cláusula de estilo. Con el fin de evitar problemas en el control a posteriori de legalidad ante la jurisdicción, la cláusula debe indicar expresamente los compromisos cuya inejecución implicará la resolución del contrato.

Como lo expresó la Corte Suprema en la Sentencia del 30 de agosto de 2011, ya mencionada, *“ante la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo, lo cual no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces”*.

9 Bibliografía

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIANCA Massimo. (2007). *Derecho Civil 3. El Contrato*. Trad. Esp. Hinestrosa Fernando, Cortés Édgar. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. (Pág. 761 y ss.)

BOTERO Luis Felipe. (2007). Apuntes sobre la terminación unilateral de los contratos en derecho privado Colombiano. La terminación del contrato. Bogotá: Universidad del Rosario. (Pág. 384).

CÁRDENAS Mejía Juan Pablo, Calderón Villegas Juan Jacobo, Castro López Yira. (2016). *Derecho comercial. Cuestiones fundamentales*. (1ª.ed). Bogotá: Universidad del Rosario. Editorial Legis. (Págs.174, 178, 179 y 180).

CÁRDENAS Mejía Juan Pablo. (2014). *La huida por la administración del derecho privado contractual*. En Sociedad, Estado y Derecho – Homenaje a Alvaro Tafúr Galvis. Araujo Oñate Rocio, Salame Aljure Antonio, y Zambrano Cetina William (editores). Universidad del Rosario. Bogotá. T. III. (Pág. 344 y s.s).

Código Civil, artículos 1134, 1494, 1495, 1501, 1527, 1546, 1602, 1603, 1618, 859, inciso 2 del 1882, 1935, 1936, 2056, 2252, 2189.

Código Civil, artículos 1134, 1494, 1495, 1501, 1527, 1546, 1602, 1603, 1618, 859, inciso 2 del 1882, 1935, 1936, 2056, 2252, 2189.

Código de Comercio, artículo 863, 864, 866, 870, 871, 1002, 1047, 1071, numeral 11 del 1240.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1293 de 2000. C.P. Osorio Isaza, Luis Camilo.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1748 del 25 de mayo de 2006. C.P. Arboleda Perdomo, Enrique José.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 2150 de 2013. C.P. Zambrano Cetina, William.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1994. Rad. 7879. C.P. Betancourt Jaramillo, Carlos.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1994. Exp. 9288. C. P. Suárez Hernández, Daniel.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia de 2007. Rad. 25000232600019960248201. C.P. Correa Palacio, Ruth Stella.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2007. Rad. 31838 C.P. Correa Palacio, Ruth Stella.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2007. Rad. 11001-03-26-000-2003-00014-01 (24715). C.P. Correa Palacio, Ruth Stella.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1293 de 2000. C.P. Osorio Isaza, Luis Camilo.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1748 del 25 de mayo de 2006. C.P. Arboleda Perdomo, Enrique José.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. 2150 de 2013. C.P. Zambrano Cetina, William.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1994. Rad. 7879. C.P. Betancourt Jaramillo, Carlos.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1994. Exp. 9288. C. P. Suárez Hernández, Daniel.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia de 2007. Rad. 25000232600019960248201. C.P. Correa Palacio, Ruth Stella.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2007. Rad. 31838 C.P. Correa Palacio, Ruth Stella.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2007. Rad. 11001-03-26-000-2003-00014-01 (24715). C.P. Correa Palacio, Ruth Stella.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2007. Exp. 15469. C.P. Fajardo Gómez, Mauricio.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2007. Exp. 15324. C.P. Fajardo Gómez, Mauricio.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia. Exp. 17031. C.P. Correa Palacio, Ruth Stella.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2009. Rad. 24639. C.P. Guerrero de Escobar, Myriam.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2009. Rad. 16372. C.P. Fajardo Gómez, Mauricio.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2011. Rad. 15476. C.P. Correa Palacio, Ruth Stella.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2011. Exp. 21178. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 6 de abril de 2011. Expediente 19483. C.P. Díaz del Castillo, Stella Conto.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2012. Exp. 22220. C.P. Fajardo Gómez, Mauricio.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2012. Exp. 15024. C.P. Rojas Betancourth, Danilo.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2012. Exp. 22220. C.P. Fajardo Gómez, Mauricio.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2013. Rad. 24510. C.P. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2013. Radicado 25681. C.P. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2014. Rad. 29165. C.P. Andrade Rincón, Hernán.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de agosto de 2016. Rad. 41783. C.P. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero de 2017. Rad. 56.562. C.P. Santofimio Gamboa, Orlando.

Constitución Política de Colombia artículos 1, 2, 83, 209.

Corte Constitucional. Sentencia C-449 de 1992. M.P. Martínez Caballero, Alejandro.

Corte Constitucional. Sentencia C-892 de 2001. M.P. Escobar Gil, Rodrigo.

Corte Constitucional. Sentencia T-420 de 1993. M.P. Cifuentes, Eduardo.

Corte Constitucional. Sentencia T-131 de 2006. M.P. Beltrán Sierra, Alfredo.

Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2008. M.P. Escobar Gil, Rodrigo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de septiembre de 1930. Pág. 88.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 2001. Rad. 6146. M.P. Ignacio Jaramillo, Carlos.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 2010 Exp. No. 41001310300120020846301. M.P. Solarte Rodríguez, Arturo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 1979. G.J.t. CLIX. Pág. 306

Corte Suprema de justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de diciembre de 2001. M. P. Ignacio Jaramillo, Carlos.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de agosto de 2011. Rad. 1999-01957. M.P. Namén Vargas, William.

DÁVILA Vinueza Luis Guillermo. (2015). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Bogotá: Ed. Legis. (Págs. 2, 3, 5, 6, 7, 263, 529)

ESCOBAR Sanín Gabriel. (1994). *Negocios Civiles y Comerciales*. (Tomo II). *Teoría general de los contratos*. Medellín: Biblioteca jurídica, Dike. (Pág. 21).

ESCOLA Héctor Jorge. (1977). *Tratado integral de los contratos administrativos*. Volumen I, parte general. Buenos Aires: Ediciones Depalma, (Págs. 469 a 499).

FUEYO Laneri Fernando. (2004). *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. (3ª ed.) Actualizada por Figueroa Yáñez Gonzalo. Santiago de Chile: (Pág. 321 y 322).

HINESTROSA Fernando. (1960) *Curso de obligaciones*. (2ªed). Bogotá: Publicación de la Facultad de Derecho del Externado de Colombia. (Págs. 295 y 296).

HINESTROSA Fernando. (1986). *Estudios de Derecho Privado. Función, límites y cargas de la autonomía privada*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. (Pág. 14).

HINESTROSA Fernando. (2002). *Tratado de las Obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, (Págs. 55, 78).

HINESTROSA Fernando. (2007). *Tratado de las Obligaciones*. (3ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, (Pág. 282).

HINESTROSA Fernando. (2007). *La Terminación Unilateral Del Contrato. Contribución al libro de homenaje al Profesor Francois Chabas*. Mendoza (Argentina): Universidad del Cuyo. (Pág. 11)

Ley 80 de 1993 artículos 3, 5, 13, 14 numeral 2, 17, 18, 32, 40, inciso 2 del 45;

MARIENHOFF Miguel S. (1993). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-A 3. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot,. (Pág. 58).

MESSINEO Francesco. *Doctrina General del Contrato II*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Págs. (420 y 421).

MOLINA Morales Ranfer. (2006) *La Terminación Unilateral del Contrato ad nutum*. Revista de Derecho Privado (No. 10). Bogotá: Universidad Externado (Pág. 125-158).

NAVIA Arroyo Felipe. (2008). *La Terminación Unilateral del Contrato de Derecho Privado*. Revista de Derecho Privado No. 14. Bogotá: Universidad Externado. (Pág. 54-55).

NAVIA Revollo Silvia. (2007). *La Resolución por Autoridad del Acreedor*. Tesis de Grado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. (Págs.206 – 208)

OSPINA Fernández Guillermo. (2005). *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Ed. Temis. (Págs. 313- 315).

OSPINA Fernández Guillermo. (1983). *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*. (2ª ed.). Bogotá: Editorial Temis. (Pág. 578).

PÉREZ Jesús González. (1983). *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, (Pág. 57).

RENGIFO Ernesto. (2009). *La terminación y la resolución unilatera del contrato*. (Tomo II). Bogotá: Universidad del Rosario. Estudios de Derecho Privado.

ROMERO Rafael, (2016). *Derecho de las Obligaciones*. Tomo II, Vol. II (2ª ed.). Coord. Castro de Cifuentes Marcela. Bogotá: Universidad de los Andes. Editorial Temis. (Págs. 261 y 262).

SANABRIA Gómez Arturo. (2007). *La resolución en el derecho Colombiano. La terminación del contrato*. Bogotá: Universidad del Rosario. (Págs. 158 – 159).

PIZARRO Wilson Carlos. (2007). *La Ruptura Unilateral del Contrato. La Terminación del Contrato*. Bogotá: Universidad del Rosario. (Págs. 424-426).

Tribunal de Arbitramento entre Terpel de la Sabana S. A. y Tethys Petroleum Company Ltd. y Meta Petroleum Ltd. Laudo arbitral del 9 de agosto de 2005. Árbitros: Hinestrosa Fernando, Lleras De La Fuente Carlos, Navia Arroyo Felipe.

Tribunal de Arbitramento entre la Compañía De Electricidad Del Cauca S.A. Esp. – Cec. y Centrales Eléctricas Del Cauca S.A. Esp. - Cedelca. Laudo del 4 de abril de 2014. Árbitros: Gómez Búrgos Germán, Mier Barrios Patricia y Noguera Calderón Rodrigo. (Págs. 85 a 90-98-143- 144 y 145).

Tribunal de Arbitramento entre Drilling SAS y Talisman Colombia Oil. Diciembre de 2015. Árbitros: Marcela Monroy Torres, Hernando Yepes Arcila y Arturo Solarte Rodríguez. Pág. 61.

Tribunal de Arbitramento entre el Consorcio Telecomunicaciones De Colombia - Contecol y el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – Fontic. Laudo del 24 de agosto de 2016. Árbitros: Escobar Gil Rodrigo, Expósito Vélez Juan Carlos y Mantilla Espinosa Fabricio. (Págs. 283 y 284).

Tribunal de Arbitramento entre Tecnología y Desarrollo de Colombia S.A. y el Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A.-BANCOLDEX. Laudo del 19 de abril de 2017. Árbitros: Varón Juan Carlos, Rodríguez Azuero Sergio, Cangrejo Luis Augusto.

10 Anexo I. Producto. Modelo de cláusula resolutoria expresa en contratos de entidades públicas reguladas por el derecho privado.

10.1 Cláusula terminación unilateral

En virtud del ejercicio de la autonomía privada, las partes consienten incorporar la siguiente cláusula a este contrato, con miras a asegurar su correcta ejecución para que el objeto contratado sea cumplido en la forma pactada.

- CLÁUSULA. TERMINACIÓN UNILATERAL. La entidad podrá terminar el contrato anticipadamente de manera unilateral y con justa causa por las siguientes causas:
Por culpa del contratista en el incumplimiento del objeto contractual.

Por incumplimiento de todas o algunas de las obligaciones principales pactadas en el presente contrato.

Por incapacidad financiera o notoria insolvencia del Contratista, que no le permita cumplir con las obligaciones del contrato.

Cuando se presente abandono en la ejecución del objeto contractual. Se presumen que hay abandono si en un plazo de diez (10) días calendario, el contratista sin justa causa deja de ejecutar las obligaciones a su cargo.

Cuando el Contratista entre en proceso de liquidación.

Cuando el Contratista sea sancionado por cualquier autoridad administrativa o judicial, siempre que ponga en riesgo la ejecución de objeto contractual.

Cuando se decreten medidas cautelares de embargo en contra del contratista, que pongan en riesgo la liquidez necesaria para la adecuada ejecución del objeto contractual.

LA ENTIDAD podrá dar por terminado el Contrato unilateralmente en caso de constituirse alguna de las causas mencionadas que impida o afecte la ejecución del objeto contractual y evidencie que puede conducir a su paralización, en cuyo caso se configurará una justa causa para dar por terminado el contrato y ordenar su liquidación sin lugar al pago de indemnización alguna a favor del Contratista.

PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE TERMINACIÓN UNILATERAL. Para el efecto, LA ENTIDAD informará la decisión de dar por terminado el contrato mediante comunicación escrita dirigida al contratista, indicando de manera expresa y detallada las causas por las cuales se declara su terminación, la entidad dará oportunidad para que en el término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación, el contratista subsane o justifique las razones de su incumplimiento o que ponen en riesgo el cumplimiento del objeto contractual. En el evento de encontrarlas fundadas, la entidad podrá conminar al contratista a cumplir con las obligaciones pactadas o en su defecto declarar la terminación unilateral del contrato remitiendo comunicación a la dirección reportada por el contratista para notificaciones, la cual surtirá efectos a partir del día siguiente de la entrega de la comunicación.