

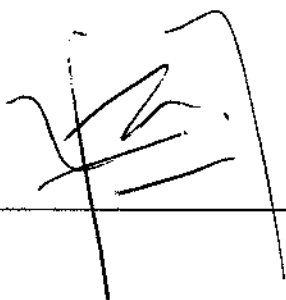
DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD

02 de agosto de 2018

Felipe Alberto Valderrama Molina, identificado con C.C. 83'042.219, manifiesto que:

Declaro que esta tesis no ha sido presentada para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o cualquier otra universidad" Art. 82 Régimen Discente de Formación Avanzada.

Firma

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and lines, positioned above a horizontal line that spans the width of the page.

**CLÁUSULA CONVENCIONAL DE TERMINACIÓN UNILATERAL EN
LAS ENTIDADES EXCEPTUADAS DEL ESTATUTO GENERAL DE LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Felipe A. Valderrama Molina
Universidad Pontificia Bolivariana
Maestría en Derecho
Febrero 2018

Tabla de Contenido

1.	RESUMEN	1
2.	INTRODUCCIÓN	1
3.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	5
4.	TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO.....	6
4.1.	Terminación Unilateral en el Estatuto General de Contratación	6
4.1.1.	Artículo 17 de la ley 80 de 1993.....	8
4.1.2.	Terminación unilateral contemplada en el inciso segundo del artículo 45 de la ley 80 de 1993.....	11
4.1.3.	Caducidad del contrato estatal, artículo 18 de la ley 80 de 1993.....	15
4.1.4.	Declaratoria de incumplimiento indicado en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.	18
	Corolario	20
4.2.	Terminación unilateral a la luz del derecho privado.....	21
4.2.1.	Terminación unilateral descrita en la ley civil y comercial colombiana.	21
4.2.2.	Cláusula convencional de terminación unilateral del contrato en el derecho privado. 24	
	Recapitulación.....	30
5.	CLÁUSULA CONVENCIONAL DE TERMINACIÓN UNILATERAL EN LOS CONTRATOS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EXCEPTUADAS DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	32
6.	CONCLUSIÓN.....	42
7.	BIBLIOGRAFÍA	45

CLÁUSULA CONVENCIONAL DE TERMINACIÓN UNILATERAL EN LAS ENTIDADES EXCEPTUADAS DEL ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA¹

Felipe Alberto Valderrama Molina²

1. RESUMEN

La terminación unilateral en Derecho privado tiene su fundamento, en las más de las veces, de manera convencional, como producto de la autonomía de la voluntad; empero, en materia de contratación estatal, la terminación unilateral tiene su origen, procedimiento y causales en la propia ley, y es una facultad exclusiva del Estado. Así, el objeto que este artículo pretende es, en primera instancia, exponer el tratamiento del pacto de la cláusula terminación unilateral en materia privada y en el Estatuto General de la Contratación Pública. Describir las posturas ambivalentes de la Sección Tercera del Consejo de Estado frente al pacto de la cláusula de terminación unilateral en los contratos celebrados por las entidades exceptuadas del EGCP. Y por último, tratar de presentar una posible solución a la viabilidad de la cláusula en comento.

Palabras clave: Entidades exceptuadas, contrato estatal, principio de legalidad, autonomía de la voluntad, terminación unilateral.

2. INTRODUCCIÓN

En cuanto al régimen de contratación de las entidades del Estado, es sabido que, en Colombia, se ha proferido una plétora de normas³ dirigidas a regular los métodos de selección del contratista⁴, su procedimiento⁵, principios que los gobiernan⁶ y, como

¹ Producto de la investigación adelantada en el programa de Maestría en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, 2016-2018.

² Abogado especialista en Propiedad Intelectual y en Derecho Administrativo, estudiante del programa de Maestría en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín. Correo electrónico: felovamo@gmail.com

³ Ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, ley 1474 de 2011, ley 1508 de 2012, Decreto 1510 de 2013, Decreto 1082 de 2015, entre otras.

⁴ Artículo 2 de la ley 1150 de 2007 y artículos 1 y 2 de la ley 1508 de 2012.

⁵ Artículo 2 y siguientes de la ley 1150 de 2007 y artículo 9 y siguientes ley 1508 de 2012.

característica diferenciadora del régimen de derecho privado en materia contractual, las entidades estatales cuentan con potestades exorbitantes⁷ que deben ser incluidas en los contratos que celebre, y que a su vez, tienen reglas y procedimientos propios⁸ para ser ejecutadas a favor de la Administración y en contra del contratista, cuando este se encuentre incurso en algunas de las causales contempladas en la ley para el efecto.

No obstante lo anterior, como en todo, existen excepciones a la regla, que para el caso que nos ocupa, son las concernientes a las entidades que a pesar de ser del Estado, se rigen por el derecho privado -ley civil y comercial-; y que por su connotación jurídica no les son aplicables, en su totalidad, las normas del estatuto general de contratación pública.

Es así como el artículo 14 de la ley 1150 de 2007⁹, indica que:

[Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Sociedades de Economía Mixta y sus Filiales] estarán sometidas Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley.

Como se puede observar, la ley contempla de manera clara la existencia de entidades públicas que, en principio, no se regirán por el Estatuto General de Contratación, por el contrario, tendrán normas propias que las regulen para su ejercicio contractual. Ello no quiere decir que tales entidades puedan actuar, soterradamente, por fuera de los principios constitucionales propios de toda autoridad administrativa –artículo

⁶ Artículos 209 y 267 de la Constitución Política de Colombia, artículos 23 y siguientes de la ley 80 de 1993, artículo 4 de la ley 1508 de 2012.

⁷ Artículo 14 y siguientes de la ley 80 de 1993 y artículo 22 de la ley 1508 de 2012.

⁸ *Ibidem*

⁹ En este mismo sentido, los artículos 15 y 16 de la ley 1150 de 2007.

209 de la Constitución Política de Colombia-, ni mucho menos ejercer sus funciones a su arbitrio –artículos 6, 121 y 122 ibídem-.

Tenemos entonces, que la propia ley de contratación estatal excluye de su órbita de aplicación a unas entidades estatales con base en el objeto de sus funciones, esto es, a pesar de ser parte del Estado, su desarrollo se efectúa dentro del ámbito del mercado en donde las reglas propias de la contratación pública no son convenientes para el desarrollo de su naturaleza para la cual fue creada, toda vez que la contratación pública es rigurosa y ritualista y, además, denota una posición dominante frente a sus competidores, circunstancia que no es plausible dentro de un mercado de libre competencia e igualdad.

El Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

De manera que Ecopetrol en el desarrollo de su actividad industrial y comercial, que también es pertinente frente a las sociedades de economía mixta, siempre estuvo sometido a un régimen contractual especial y propio, sujeto al Derecho privado (salvo las excepciones previstas en la ley) y distinto del derecho administrativo general. (...)

De manera que no se acude al Derecho público ya que no se trata de gobernar una función administrativa sino una actividad comercial y mercantil que requiere alcanzar mercados e inversiones privadas, nacionales y extranjeras, en donde la rigidez del Derecho público no encuentra cabida y limitaría su marco de acción efectiva frente a la competencia del sector (...). (Consejo de Estado, Exp. 19001-23-31-000-2007-00147-01 (41.783), 2016)

Así las cosas, las entidades públicas regidas por el derecho privado, al celebrar negocios jurídicos con particulares, lo hace en igualdad de condiciones, con base en la autonomía de la voluntad y la observancia de la buena fe contractual (Consejo de Estado, Exp. 19001-23-31-000-2007-00147-01 (41.783), 2016). En este de orden de ideas, podría

decirse, de manera simple y de acuerdo con la providencia citada, que estas entidades públicas podrían pactar, sin restricción alguna, la cláusula de terminación unilateral.

Por ello resulta necesario advertir que esta postura –incipiente en el Consejo de Estado- concerniente a la aceptación de las cláusulas convencionales de terminación unilateral, no contiene una argumentación jurídica suficientemente elaborada frente a la procedencia de esta clase de pactos contractuales en entidades públicas exceptuadas del Estatuto General de Contratación, por cuanto no responde a las preguntas: i) ¿Cuál es el procedimiento para hacer efectiva la cláusula convencional de terminación unilateral?; ii) ¿Cómo debe ser su redacción –general o específica-?; iii) ¿Frente a qué clases de obligaciones contractuales opera –esenciales, accesorias o las que determinen las partes- el incumplimiento como presupuesto de la declaratoria de terminación unilateral del contrato?; v) ¿Debe existir o no un preaviso?; y vi) ¿El pacto y ejecución de la cláusula de terminación unilateral se contraponen al principio de legalidad que rige a todas las entidades públicas?.

Partiendo de lo previamente indicado, es pertinente exponer que para el presente artículo, se entiende por terminación unilateral, en materia de Derecho privado, “...un acto jurídico unilateral, recepticio, potestativo y liberatorio, resultado de una voluntad que, autorizada por la ley o por el contrato, pone fin hacia el futuro una relación contractual...” (Molina M., *La Terminación Unilateral del Contrato ad nutum*, 2006, p. 135). En contraposición a ello, en lo que atañe al Derecho administrativo tenemos que la terminación unilateral estará en cabeza de la autoridad administrativa contratante y no en el particular contratista, razón por la cual: “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.” (Consejo de Estado, Exp. 52001-23-31-000-2000-21279-01 (25.681), 2013).

En resumen, la terminación unilateral en Derecho privado tiene su fundamento en la ley y/o en el contrato, en las más de las veces, es convencional o, en otras palabras, es producto de la autonomía de la voluntad. Empero, en materia de contratación estatal esta se encuentra reglada, es decir, la terminación unilateral tiene su origen, procedimiento y causales en la propia ley, y es una facultad exclusiva del Estado.

Bajo este panorama, el propósito de este artículo se encuentra dirigido a exponer las clases de terminación unilateral del contrato estatal establecidas en el Estatuto General de Contratación, una breve descripción de las causales contempladas en la ley privada, así mismo, se relacionará el pacto de la cláusula de terminación unilateral en materia privada, para luego analizar su aplicación e implicaciones en materia contractual pública y, por último, esbozar unas respuestas plausibles a los interrogantes arriba planteados.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La terminación unilateral de los contratos en materia privada deviene de la ley o de la autonomía de la voluntad, en oposición a ello, en materia de contratación estatal, esta clase de terminación emana, como regla general, directamente de la ley. No obstante lo anterior, existen entidades públicas a las cuales, por disposición legal, no le son aplicables las normas del Estatuto General de Contratación Pública; de modo que, podría colegirse, pueden pactar cláusulas de terminación unilateral del contrato con base en la autonomía de la voluntad. Empero, dicha facultad no ha sido del todo desarrollada por la ley ni por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Por lo anterior, el presente artículo pretende plantear las condiciones mediante las cuales las entidades estatales exceptuadas del Estatuto General de Contratación Pública pueden pactar la cláusula de terminación unilateral del contrato, propia del derecho privado, y cuál es el procedimiento para su ejecución en Colombia, a partir de la ley 80 de 1993, y esbozar si esta cláusula riñe o no con el principio de legalidad que gobierna toda entidad pública.

4. TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO

La terminación unilateral del contrato, desde el punto de vista amplio del concepto, es una facultad que tiene la parte cumplida para poner fin al vínculo contractual, dicha potestad se soporta en la ley o en la autonomía de la voluntad, ejercida, concretamente, en el pacto y ejecución de la correspondiente cláusula en el negocio jurídico celebrado¹⁰.

Por otro lado, la terminación unilateral en la órbita del derecho público se funda en la ley, esto es, que el hecho que origina la decisión de terminar el vínculo contractual debe encontrarse dentro de los supuestos establecidos en la norma. Verificado ello, se profiere un acto administrativo en el cual se expresarán las razones de hecho y de derecho que motivaron la decisión de terminación unilateral del contrato, teniendo en cuenta que, este procedimiento, tiene como piedra angular el debido proceso –derecho de audiencia, contradicción y defensa- (Rodríguez T., 2015, p. 426).

Salta a la vista que la viabilidad de la terminación unilateral del contrato, difiere en materia privada –ley civil y comercial- de la existente para el caso de la contratación pública; es decir, para la primera, la facultad deviene de la ley y de lo que convengan las partes, y para la segunda, en principio y, como regla general, emana exclusivamente de la ley, veamos.

4.1. Terminación Unilateral en el Estatuto General de Contratación

Como se ha expuesto, para la ejecución de la cláusula excepcional de la terminación unilateral del contrato, contemplada en el Estatuto General de Contratación, resulta necesario que la entidad pública profiera un acto administrativo debidamente motivado, con base en alguna de las causales contempladas en la ley para ello; es decir, requiere de un procedimiento administrativo reglado, en el cual se protege el derecho

¹⁰ Artículo 1602 del Código Civil.

fundamental al debido proceso –derecho de audiencia y de defensa-, haciendo énfasis en que la decisión de terminación unilateral del contrato estatal debe soportarse en razones de hecho y de derecho¹¹, de lo contrario, la entidad estatal deberá responder patrimonialmente por los perjuicios causados por su actuar ilegal. Al respecto ha dicho el Alto Tribunal de lo Contencioso, a saber:

Con mayor razón, la responsabilidad del Estado se hace exigible en los casos de terminación unilateral del contrato cuando tal decisión ha sido ilegalmente impuesta, habida cuenta de que en tal hipótesis la terminación anticipada constituye un acto expedido con violación de la ley y del contrato mismo, lo cual sin duda configura título de imputación y causa suficiente para solicitar el reconocimiento de los perjuicios por la utilidad dejada de percibir en el contrato ilegalmente frustrado, para cuya tasación entonces ha de tenerse en cuenta la prueba de los requisitos básicos de la responsabilidad contractual: (...) (Consejo de Estado, Exp. 73001-23-31-000-2003-00243-01 (32.611), Pág. 31, 2014).

Las causales de terminación unilateral contempladas en la ley, hacen referencia a las siguientes: **a)** artículo 17 de la ley 80 de 1993¹², cuyo propósito no es otro que evitar

¹¹ “La consagración de los eventos que dan lugar a la terminación unilateral de los contratos estatales naturalmente es taxativa, es decir que se restringe a los casos previstos en la Ley, puesto que el artículo 14 de la ley 80 de 1993 regula una potestad de carácter excepcional y de naturaleza reglada, es decir que constituye una facultad especial que sólo puede pactarse y ejercerse en el ámbito de la contratación estatal en aquellos contratos que la ley dispone o permite y por las causas que la misma ley ha definido.” Consejo de Estado, Sección Tercera-Subsección “A”, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia de 12 de marzo de 2014, Exp. 73001-23-31-000-2003-00243-01 (32611),

¹² 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. <Aparte subrayado del numeral 2o. CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> 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.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación. La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre

la paralización o afectación grave de la prestación del servicio público objeto del contrato¹³; aunado a ello, el ejercicio de esta potestad excepcional obliga a la entidad, si hay lugar a ello, a reconocer, ajustar, compensar e indemnizar al contratista afectado por tal decisión, con el ánimo de mantener el equilibrio contractual (Rodríguez T., 2015, p. 425); **b)** con base en el artículo 45 de la misma ley, se procederá a la terminación unilateral del contrato por la ocurrencia de alguna de las causales de nulidad absoluta reseñadas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 *ibídem*; **c)** la caducidad del contrato estatal; y **d)** la declaratoria de incumplimiento por parte de la entidad para hacer efectivas las garantías y la cláusula penal pecuniaria, conforme con lo contemplado en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

A continuación mencionaré, de manera general, las principales características de cada uno de los literales antes referenciados:

4.1.1. Artículo 17 de la ley 80 de 1993.

Como primera medida, resulta conveniente resaltar que, las potestades excepcionales indicadas en la ley, tienen como fin la protección del interés público y, por lo tanto, solo pueden ejercitarse como salvaguarda de dicho interés (Dávila V., 2017, p. 609) y en consonancia con las facultades previamente enmarcadas en la norma (Escobar G., 2003, p. 301); es decir, que el ejercicio de una potestad excepcional, se reitera, debe efectuarse conforme con los procedimientos y causales preestablecidas en la ley.

En este orden de ideas, tenemos que la terminación unilateral¹⁴ da lugar en el evento que el servicio público lo requiera o el orden público lo imponga, o por motivos relacionados con el contratista (Yong S., 2013, p. 231).

administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.

¹³ Artículo 14 de la ley 80 de 1993.

¹⁴ Ver pie de página No. 12.

En cuanto a la primera de las causas, servicio público u orden público, acontece cuando las circunstancias que dieron origen a la necesidad de celebración del contrato estatal cesan durante la ejecución del mismo o, surgen situaciones que hacen desaparecer la necesidad del objeto contratado o, devienen nuevos apremios que hacen obsoleto el contrato estatal (Yong S., 2013, p. 231), o “aparecen situaciones o circunstancias que niegan toda necesidad del contrato, de tal manera que la realización del mismo se transforma en atentatorio de las necesidades y fines colectivos.” (Dávila V., 2017, p. 649).

Agrega el Consejo de Estado que:

“Ahora, la expresión **orden público**¹⁵ consignada en el artículo 17 de la ley 80 al regular una de las prerrogativas de la administración en materia contractual, alude a ese orden material y exterior considerado como una situación fáctica *que está llamada a mantener la autoridad* en orden a garantizar las condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad y cuyos elementos constitutivos son **la tranquilidad**¹⁶, **la seguridad y la salubridad públicas** y, por lo mismo, más que una facultad de la que puede o no hacer uso a su libre albedrío, es un mandato que impele a la entidad a adoptar esta medida extrema, como que este imperativo deriva claramente de la preeminencia del interés público.” (Consejo de Estado, Exp. 25000-23-26-000-1996-02482-01 (17.253), Pág. 40-41, 2007).

¹⁵ La noción de orden público fue precisada de antaño por nuestra jurisprudencia: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA, Sentencia de 7 de octubre de 1936, G.J. Nos. 1914 y 1915. Concepto retomado por la CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 024 de 1994 (citado del texto).

¹⁶ Sobre la *tranquilidad* como elemento esencial del orden público tendiente a conservar la convivencia pacífica, la paz y el sosiego, ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 11 de octubre de 1994, C.P. Yesid Rojas Serrano (citado del texto).

Continuando con las causales en las cuales procede la terminación unilateral del contrato estatal, tenemos la muerte o incapacidad permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica.

En cuanto a la muerte del contratista –persona natural- no hay más comentarios que indicar que se podrá continuar el contrato estatal con el garante de la obligación; y en lo que atañe a la incapacidad permanente del contratista, para decretar la terminación unilateral “...se requiere que exista relación de causalidad entre la incapacidad física del contratista con la imposibilidad del cumplimiento del contrato (C-454 de 1994).” (Yong S., 2013, p. 232).

También se deberá terminar unilateralmente el contrato estatal, comenta YONG SERRANO, cuando el juez competente declare interdicto al contratista y cuando se haya iniciado el proceso de liquidación judicial de la persona jurídica. En estas últimas causales reseñadas, se deberá proceder a la terminación unilateral del contrato estatal y se podrá continuar su ejecución con el garante de la obligación -inciso segundo del artículo 17 de la ley 80 de 1993-.

La última de las causales de terminación unilateral señaladas en el artículo 17 de la ley 80 de 1993, hace referencia a la “cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato”. No obstante estar catalogada como causal de terminación unilateral, la misma no opera por el solo hecho de iniciarse el proceso de reorganización –inciso tercero del artículo 17 *ibídem* en concordancia con el artículo 21 de la ley 1116 de 2006 (Yong S., p. 233)-, si no hasta que se ponga en peligro real el cumplimiento del contrato, circunstancia que valorará la entidad contratante y determinará si es pertinente o no terminar unilateralmente el contrato.

Por último, y como característica relevante de esta clase de terminación unilateral del contrato, tenemos que “no es una sanción por incumplimientos de obligaciones

nacidas del convenio a cargo del contratista. Nada tiene que ver con ellos pues para estos el ordenamiento contempla otras medidas, como una caducidad” (Dávila V., p. 649); en otras palabras, la decisión de terminación unilateral, sea cual fuere la causal invocada, no acarrea, per se, una sanción al contratista, toda vez que la norma no contempla esta posibilidad; claro está que si la entidad pública procede a declarar la terminación unilateral del contrato con base en un incumplimiento, dicha decisión, además de ser ilegal, daría lugar a una responsabilidad personal del servidor público (Dávila V., p. 649), en el entendido que en materia de incumplimientos contractuales la ley estableció otras figuras, estas sí sancionatorias, tales como la declaratoria de caducidad del contrato, la declaratoria de incumplimiento contractual y/o la ejecución de la cláusula penal pecuniaria.

4.1.2. Terminación unilateral contemplada en el inciso segundo del artículo 45 de la ley 80 de 1993.

Otra de las formas como las entidades públicas dan por terminado un contrato estatal es la contemplada en el inciso segundo del artículo 45 de la ley 80 de 1993, la cual a su vez remite, como causales de la terminación unilateral del contrato, a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 ibídem, tales numerales hacen referencia a que: a) Se celebren con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; b) Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; y c) Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten.

En efecto, esta manera de dar por terminado unilateralmente el contrato estatal es una potestad que la propia ley otorga a la entidad pública para que, al evidenciar la existencia de alguna de las causales antes señaladas, proceda a la terminación unilateral del contrato –no que declare la nulidad absoluta del contrato (Rodríguez T., p. 404), por cuanto ello es del resorte exclusivo del juez¹⁷ (Yong S., p. 248)-. Esto es, al advertirse el

¹⁷ “El ejercicio de la orden de terminación no implica la declaratoria de nulidad absoluta del contrato sino el reconocimiento de una causa expresa de nulidad y su consecuente terminación. Es el juez del contrato la

acaecimiento de alguna de las causales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la ley 80 de 1993, la ley le impone un deber al jefe o al representante legal de la entidad de dar por terminado el contrato (Dávila V., p. 758).

Al respecto indicó el Alto Tribunal Contencioso Administrativo:

“Mientras la terminación unilateral del contrato estatal compete al jefe o representante legal de la entidad estatal contratante, como ya se indicó, la competencia para declarar la nulidad absoluta le corresponde, exclusivamente, al juez del contrato.

A la diferencia que acaba de anotarse le sigue, como consecuencia obvia, la distinción adicional de que mientras la terminación unilateral que adopta la entidad estatal es constitutiva de un acto administrativo y como tal pasible de la acción contractual; la declaratoria de nulidad absoluta corresponde a una decisión de naturaleza judicial, a la cual no le son aplicables los controles y revisiones que, por regla general, proceden frente a los actos administrativos y, además, estará acompañada de los efectos propios de la cosa juzgada”. (Consejo de Estado, Exp. 85001-23-31-000-2000-00198-01 (20968) Pág. 28, 2012).

Esta terminación unilateral se diferencia de la contemplada en el artículo 17 de la ley 80 de 1993, en los siguientes aspectos¹⁸: **i)** Las causales indicadas en el artículo 17, solamente son aplicables en los contratos en los cuales la ley ordena o autoriza incluir las cláusulas exorbitantes, empero, la disposición del inciso segundo del artículo 45 de la ley 80 de 1993, es aplicable a todos los tipos de contratos estatales; **ii)** Los efectos de la declaratoria de terminación unilateral contemplada en el artículo 17 de la ley 80 de 1993,

única autoridad competente para declarar nulidades. La entidad simplemente lo termina”. Dávila Vinuesa, Luís Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, 3ª Edición 2da Reimpresión, Legis Editores S.A., 2017, pág. 652 y ss.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A”, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 09 de mayo de 2012, Exp. 85001-23-31-000-2000-00198-01 (20968)

en principio, es hacia el futuro *–ex nunc–*, es decir, lo ejecutado tiene validez, sin embargo, la nulidad tiene como propósito volver las cosas al estado en que se encontraban en un principio *–ex tunc*¹⁹, como si nunca hubiese existido el contrato (Yong S., pp. 247-248); **iii**) La terminación unilateral es una posibilidad que tiene la entidad pública para terminar el contrato estatal, a partir de un estudio de las circunstancias que puedan llegar a afectar el desarrollo normal de la ejecución del contrato, mientras que, al configurarse alguna de las causales de nulidad absoluta, el jefe o representante legal de la entidad administrativa deberá proferir el correspondiente acto administrativo de terminación del contrato, so pena de incurrir en responsabilidades fiscales, penales y disciplinarias; y **iv**) La nulidad absoluta la pueden solicitar las partes del contrato, tercero con interés directo, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación, en cambio, en la terminación unilateral, en principio y principalmente, es del resorte de la entidad contratante decidir si termina o no el contrato.

Por otro lado, en cuanto al procedimiento que debe adelantarse para la terminación unilateral del contrato estatal, tenemos que, si bien los artículos 17 y 45 de la Ley 80 de 1993 establecen algunos elementos relevantes, éstos resultan insuficientes. Aunado a ello, y a pesar que el Consejo de Estado exige el respeto al debido proceso²⁰, la jurisprudencia de esta Corporación no ha expresado de manera clara el paso a paso para la aplicación de estas cláusulas exorbitantes, veamos:

“Ahora, tratándose de una potestad excepcional investida de poder coercitivo, también ha advertido la jurisprudencia su carácter reglado, su uso extraordinario y

¹⁹ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia T-389 de 2009, 28 de mayo de 2009.

²⁰ “En los procedimientos administrativos que se desarrollan en ejercicio de la actividad contractual también ha de hacerse efectivo el derecho al debido proceso, sobre todo cuando la administración decide dar por terminado de forma unilateral un negocio jurídico o ejerce alguna de las facultades excepcionales previstas en la ley, pues de ésta forma se le permite al contratista conocer previamente la intención decisoria de la administración con miras a que a aquel se le garantice su derecho a la defensa y a la contradicción mediante la exposición de sus razones y el aporte y petición de pruebas que considere pertinentes.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 12 de agosto de 2014, Exp. 52001-23-31-000-2001-00140-01(30003)

su interpretación restrictiva, ceñida exclusivamente a los supuestos previstos por la Ley, de modo que la terminación unilateral (del artículo 17 de la ley 80 de 1993) debe reunir estos requisitos: “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.” (Consejo de Estado, Exp. 68001-23-15-000-2002-00265-01 (31430)A, 2016).

Y en lo que atañe al artículo 45 de la ley 80 de 1993, manifestó el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

“Igualmente como se anotó, el ejercicio de esta facultad se encuentra delimitado a tal punto que sólo podrá acudir a su implementación, la cual por demás constituye un verdadero deber legal, cuando el Jefe o Representante legal de la entidad evidencie que el contrato adolece de los vicios de nulidad absoluta que señala la norma, sin que sea posible hacerla extensiva a la configuración de vicios distintos a los señalados en los tres citados numerales del artículo 44 en referencia. Una vez percatado de la configuración de cualquiera de esas tres causales, el jefe o representante legal de la entidad, mediante acto administrativo motivado, procederá a declarar la terminación unilateral del negocio jurídico y a ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre.” (Consejo de Estado, Exp. 7600-12-33-000-2000-01764-01 (34649), 2014).

Así las cosas, y bajo el entendido que nos encontramos ante dos figuras que no implican una *sanción* para el contratista, no es viable aplicar al ejercicio de estas potestades el procedimiento contemplado en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, ni tampoco el indicado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por cuanto ambos hacen referencia a actuaciones sancionatorias, declaratorias de incumplimientos, hacer efectiva la cláusula penal o imposición de multas y sanciones, circunstancias que no contemplan

los artículos 17 y 45 de la ley 80 de 1993, tal como se desarrolló en los apartes correspondientes de este artículo.

De modo que, en concordancia con el artículo 77 de la Ley 80 de 1993²¹, y ante la ausencia de un procedimiento especial en el Estatuto Contractual, el trámite aplicable en los eventos de terminación unilateral es el “procedimiento administrativo general” contemplado en el Título III de la Ley 1437 de 2011, con excepción del Capítulo III, referente al “Procedimiento Administrativo Sancionatorio”, debido a que, se insiste, los casos de terminación unilateral del contrato estatal hasta aquí analizados, si bien implican el ejercicio de potestades exorbitantes, su contenido no es sancionatorio.

4.1.3. Caducidad del contrato estatal, artículo 18 de la Ley 80 de 1993.

La caducidad del contrato estatal es una de las potestades exorbitantes de las que goza la Administración²² para dar por terminado el vínculo contractual, en el evento que, por incumplimiento grave del contratista, se paraliza la ejecución del contrato y entorpece la consecución de los intereses colectivos para los cuales fue signado el negocio jurídico (Dávila V., p. 656).

Así, tenemos entonces, que el incumplimiento del contratista debe ser de una magnitud mayúscula para justificar la declaratoria de caducidad del contrato estatal, toda vez que esta decisión debe propender por la salvaguarda del interés público que se satisface con la realización del objeto del contrato (Dávila V., p. 657); de modo que si el

²¹ “En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. (...)”

²² “La institución de la caducidad, constituye el instrumento idóneo para que la administración, sin la intervención del juez, declare la extinción del vínculo contractual, cuando a su juicio, el contratista, incurso en alguna de las situaciones o conductas descritas, no esté en condiciones de cumplir con los fines públicos que se persiguen con la realización del objeto del contrato. Al declarar la caducidad, la administración queda libre de la atadura del vínculo contractual y en libertad para escoger a otro contratista, cuyas calidades le garanticen a la administración el cumplimiento de los mencionados fines”. Corte Constitucional, Sentencia C-136 de 1993, 15 de abril de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

incumplimiento no es de tal entidad que paralice la ejecución del objeto contractual, la Administración está llamada a adoptar las medidas pertinentes de control e intervención dirigidos a garantizar el normal desarrollo del contrato, más no a la declaratoria de su caducidad (Yong S., p. 234).

Con base en lo anterior, puede decirse, sin hesitación alguna, que el ejercicio de esta potestad exorbitante genera las consecuencias más graves para el contratista, por tal motivo, la ley ha establecido un procedimiento bastante riguroso para su empleo.

En efecto, la caducidad del contrato se debe enmarcar bajo los siguientes presupuestos, a saber²³: 1) Que el contratista incumpla obligaciones esenciales; 2) Que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato; 3) Que los hechos constitutivos del incumplimiento tengan la potencialidad de paralizar el contrato; 4) Que la entidad contratante se encuentre al día en sus obligaciones contractuales y; 5) Que el ejercicio de esta potestad este antecedida de un debido proceso (Yong S., p. 234).

Una vez acreditados los presupuestos anteriores, la entidad pública procederá a proferir el correspondiente acto administrativo debidamente motivado en el cual se sustente de manera clara las razones de hecho y de derecho que darán origen a la declaratoria de caducidad del contrato. Sea pertinente manifestar que esta determinación –la de declarar la caducidad del contrato–, no puede tomarse a la ligera ni mucho menos súbitamente, muy por el contrario, deberá agotarse el procedimiento que garantice el derecho de defensa²⁴ del contratista –requerimientos para que ejecute, cumpla y/o

²³ Ver también en Dávila Vinueza, Luís Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, 3ª Ed., 2ª Reimpresión, Bogotá D.C, 2017, pág. 658 y siguientes. Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección “C”, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 03 de agosto de 2016, Exp. 25000-23-26-000-2010-00145-02 (53339).

²⁴ “El Consejo de Estado en el ámbito de las potestades sancionatorias, como la declaratoria de caducidad (predicable a las otras potestades, como la de imposición de multas), ha exigido la aplicación del debido proceso dentro de las actuaciones administrativas previas a su decreto, pues, sostiene que siendo una medida de gran trascendencia, que implica no sólo la terminación anticipada del contrato, sino la inhabilidad por cinco años para contratar con el Estado, no se puede tomar en forma sorpresiva para el contratista a quien debe brindársele la oportunidad de ajustar su conducta a las estipulaciones contractuales

complemente las obligaciones contractuales a su cargo- (Rodríguez T., p. 429), no por consideraciones benevolentes frente al contratista apremiado, sino con el propósito superior de, se reitera, proteger y salvaguardar el interés general que el objeto contractual enmarca.

En firme el acto administrativo mediante el cual se decretó la caducidad del contrato, se generan las siguientes consecuencias, veamos: a) No se indemnizará al contratista por la terminación anticipada del contrato; b) El contratista deberá Ceder o renunciar a la ejecución de los contratos celebrados y vigentes (Rodríguez T., p. 432); c) Se constituye el siniestro y la Administración procederá a hacer efectiva la póliza de cumplimiento y/o la cláusula penal pecuniaria; d) Sanción para el contratista concerniente a la inhabilidad para celebrar contratos con el Estado por cinco (5) años; e) Se liquidará el contrato en el estado que se encuentre; y f) La entidad pública continuará inmediatamente con la ejecución del objeto contractual, bien con el garante del contrato estatal, bien con otro contratista (Dávila V., p. 661 y ss).

Como puede observarse, la declaratoria de caducidad del contrato estatal reporta las consecuencias más graves para el contratista, y por tal motivo, el ejercicio de este poder exorbitante por parte de la Administración, debe ceñirse irrestrictamente a los procedimientos y causales contempladas en la ley, que de no hacerlo, comprometerá su responsabilidad.

Como corolario de lo anterior, y siguiendo a DÁVILA VINUEZA, la declaratoria de caducidad del contrato estatal se diferencia de la terminación unilateral en los siguientes aspectos: i) La terminación procede por causales distintas a incumplimientos de obligaciones, la caducidad se encuentra establecida únicamente para el

y contradecir las imputaciones de incumplimiento que se le hacen por la administración, sin perjuicio de los recursos administrativos y las acciones judiciales que pueda presentar (...)"Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de 17 de marzo de 2010, Exp. 05001-23-26-000-1992-00117-01(18394)

incumplimiento contractual; ii) La caducidad es la máxima sanción contractual, la terminación no genera sanción alguna; iii) En la terminación unilateral, el contratista tiene derecho a que se le indemnice el daño emergente y el lucro cesante, en cambio, en la caducidad no posee este derecho indemnizatorio, por el contrario, el contratista deberá reparar los daños causados al Estado; iv) En la caducidad se hacen exigibles la garantía de cumplimiento y/o la cláusula penal pecuniaria, en la terminación unilateral no hay lugar a ello; y v) La terminación unilateral no genera inhabilidad, en la caducidad sí (Dávila V., pp. 675-676).

4.1.4. Declaratoria de incumplimiento indicado en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

El artículo 17 de la ley 1150 de 2007, tiene como propósito facultar a las entidades públicas para imponer las multas que hayan sido pactadas en el contrato estatal y declarar el incumplimiento contractual con el fin de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

En cuanto a las multas resulta pertinente efectuar los siguientes comentarios: i) Estas pueden ser pactadas en cualquier contrato estatal –típico o atípico-; ii) Pueden ser recíprocas, sin embargo, solamente se encuentra facultada la entidad pública para imponerla por sí y ante sí, mediante acto administrativo; el contratista deberá acudir al juez del contrato (Dávila V., p. 685); iii) La multa busca apremiar, constreñir o presionar al contratista para que observe las obligaciones a su cargo (Rodríguez T., p. 379); iv) Proceden para incumplimientos parciales; y v) debe agotarse el procedimiento establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

Así, para imponer la correspondiente multa, la entidad pública debe realizar las siguientes etapas de que trata el artículo 86 de la ley 1447 de 2011: a) Citar al contratista y al garante del contrato, mediante pliego de cargos en el cual se evidencie de manera clara y detallada los hechos, los presuntos incumplimientos, las pruebas recaudadas, las

cláusulas o normas posiblemente violadas y las consecuencias jurídicas de la responsabilidad endilgada; b) Apertura de la audiencia por parte del jefe o representante legal de la entidad; c) El contratista y el garante presentarán sus descargos, aportarán y/o solicitarán pruebas y controvertirán las pruebas adjuntadas por la entidad pública; d) Decisión motivada en la que se relacionará lo acontecido en la audiencia y la determinación de imponer o no sanción; e) El contratista y/o el garante podrán interponer recurso de reposición en contra de la decisión, la que se impetrará, sustentará y decidirá en la misma audiencia; y f) La entidad pública podrá dar por terminado el procedimiento cuando el hecho generador del incumplimiento haya cesado (Rodríguez T., pp. 389-390).

Sea pertinente advertir que el procedimiento antes señalado, se aplica de igual forma tanto para la declaratoria de incumplimiento contractual para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, como para la declaratoria de caducidad del contrato (Rodríguez T., p. 388).

Tenemos entonces que, por voluntad del artículo 17 de la ley 1150 de 2007, las entidades públicas podrán imponer multas y declarar el incumplimiento de obligaciones a cargo del contratista para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. En esta última esfera, cuando el incumplimiento es grave o definitivo, existen dos matices; por un lado, si el incumplimiento reúne los presupuestos contemplados en el artículo 18 de la ley 80 de 1993, y el contrato es de aquellos donde se impone la cláusula exorbitante de caducidad, la Administración procederá a declarar la caducidad del contrato estatal y hará efectiva la cláusula penal pecuniaria; y, en los contratos estatales en los que no está autorizada la inclusión de la cláusula de caducidad y se haya pactado la cláusula penal pecuniaria, la entidad pública podrá valerse del artículo 17 de la ley 1150 de 2007, para hacerla efectiva (Rodríguez T., pp. 401-402).

En lo que atañe a la oportunidad para la aplicación de las multas y la ejecución de la cláusula penal pecuniaria, tenemos que para las primeras procederán durante la

ejecución del contrato, y para las segundas, hasta antes de la liquidación del contrato estatal (Rodríguez T., p. 403).

Por último, el artículo 90 de la ley 1474 de 2011, dispone que el contratista quedará inhabilitado por tres (3) años si se configura alguno de los siguientes escenarios: i) Por cinco (5) multas de uno o varios contratos dentro de la misma vigencia fiscal; ii) Dos (2) declaratorias de incumplimiento en por lo menos dos contratos dentro de la misma vigencia fiscal; iii) Dos (2) multas y una (1) declaratoria de incumplimiento dentro de la misma vigencia fiscal.

Corolario

De acuerdo con lo hasta aquí planteado, se puede inferir que estas clases de terminación unilateral solo proceden conforme con los parámetros, causales y procedimientos establecidos en la ley, lo cual confluye, como característica predominante, en el sometimiento de la entidad pública al principio de legalidad.

En cuanto al principio de legalidad ha dicho la Corte Constitucional que *“...constituye uno de los pilares básicos dentro de la estructura del Estado de Derecho en cuanto que, por su intermedio, se busca circunscribir el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico que lo rige, de manera que los actos de las autoridades estatales, las decisiones que profieran y las gestiones que realicen, estén en todo momento subordinadas a lo preceptuado y regulado previamente en la Constitución y las leyes.”* (Corte Constitucional, C-1144 de 2000).²⁵

En efecto, la jurisprudencia precitada, denota que el margen de actuación de las entidades públicas se enmarca en la Constitución y la ley, obligándolas a acatar la norma en aras de *“...evitar que la autoridad incurra en actos de arbitrariedad, en la medida en*

²⁵ Ver también sentencias SU-1122 de 2001, Salvamento de Voto del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett; T-433 de 2002, C-864 de 2004, entre otras.

que le fija el marco dentro del cual puede actuar válidamente...(artículos 6, 121 y 123 de la Constitución), de modo que, si actúa por fuera de esos límites, bien sea por omisión o extralimitación, compromete su responsabilidad y la del órgano o la entidad respectiva.” (Consejo de Estado, Exp. 73001-23-31-000-2007-00709-02 (39692), Pág. 28, 2016).

Así, todas las entidades públicas, sin distinción alguna, deben someterse de manera irrestricta a los dictados de la Constitución y la ley, de ahí que su desconocimiento da lugar a una actuación ilegal por parte del funcionario y/o entidad pública. Además, “...la preservación del principio de legalidad resulta ser al final un límite ante las recurrentes conductas contractuales de la administración de querer ejercer potestades o atribuciones carentes de soporte normativo expreso”. (Rodríguez T., 2015).

4.2. Terminación unilateral a la luz del derecho privado.

Resulta pertinente indicar, previo a realizar el análisis del pacto de la cláusula de terminación unilateral en el derecho privado, que en las siguientes líneas no se profundizará en las causales de terminación unilateral contempladas en la ley, tan solo se indicarán algunas de las normas más representativas que faculta a una de las partes para dar por terminado el contrato. De modo que la atención se dirigirá a la procedencia, requisitos y el papel de la autonomía de la voluntad en la cláusula convencional de terminación unilateral del contrato.

4.2.1. Terminación unilateral descrita en la ley civil y comercial colombiana.

Entrando en materia, tenemos entonces que las leyes civil y comercial tienen contemplada la procedencia de la terminación unilateral²⁶ para los siguientes eventos:

²⁶ No sobra recordar la cláusula resolutoria tácita de los contratos bilaterales reseñados en los artículos 1546 del Código Civil y el 870 del Código de Comercio.

a) Compraventa: El inciso segundo del artículo 1882 del Código Civil indica que “*Si el vendedor, por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir²⁷ de él y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales.*” En similar sentido tenemos el inciso segundo del artículo 918 del Código de Comercio que a la postre comenta: “*Si falta una parte considerable de la cosa al tiempo de perfeccionarse el contrato, podrá el comprador desistir del mismo o darlo por subsistente abonando el precio a justa tasación de expertos o peritos.*”

b) Arrendamiento de cosas: El artículo 1983 del Código Civil dispone que “*Si el arrendador, por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, se ha puesto en la imposibilidad de entregar la cosa, el arrendatario tendrá derecho para desistir del contrato, con indemnización de perjuicios.*” Además, el inciso segundo del artículo 1984 ibídem establece “*Si por el retardo se disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato, sea por haberse deteriorado la cosa o por haber cesado las circunstancias que lo motivaron, podrá el arrendatario desistir del contrato, quedándole a salvo la indemnización de perjuicios, siempre que el retardo no provenga de fuerza mayor o caso fortuito.*”

En cuanto al contrato de arrendamiento de vivienda tenemos que el numeral 7²⁸ y 8²⁹ del artículo 22 de la ley 820 de 2003, habilita al arrendador a terminar unilateral del

²⁷ Para los casos que se indicarán en este acápite, entiéndase “desistir” como resolución o terminación. Ahora, y siguiendo a MOLINA, la diferencia entre la resolución y la terminación radica en que la primera tiene efectos retroactivos y se predica en los contratos de ejecución instantánea, y para la segunda, los efectos son hacia futuro y reservada para contratos de ejecución sucesiva. Ranfer Molina Morales, La terminación unilateral del contrato *ad nutum*, Revista de Derecho Privado No. 10, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2006, Pág. 131 y siguientes; Ranfer Molina Morales, La terminación unilateral del contrato por incumplimiento, Revista de Derecho Privado No. 17, Ed. Universidad Externado de Colombia, Septiembre de 2009, Pág. 81; Ernesto Rengifo García, La terminación y la resolución unilateral del contrato, Estudios de Derecho Privado, Tomo II, 2009; Felipe Navia Arroyo, La terminación unilateral del contrato de derecho privado, Revista de Derecho Privado No. 14, 2008, Pág. 135 y siguientes.

²⁸ “El arrendador podrá dar por terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento durante las prórrogas, previo aviso escrito dirigido al arrendatario a través del servicio postal autorizado, con una

contrato, siempre y cuando se dé un preaviso al arrendatario con una antelación no menor a tres (3) meses. La diferencia entre estos numerales radica en que para el primer numeral se condena al pago de una indemnización y para el segundo, no da lugar a indemnización en los casos contemplados en la ley³⁰. Lo propio ocurre cuando la terminación unilateral proviene del arrendatario, tal como lo indican los numerales 4³¹ y 5³² del artículo 24 ibídem.

c) *Contrato de Suministro*: En esta clase de contrato, se establecen dos formas de terminarlo unilateralmente, esto es: el artículo 973 del Código de Comercio ordena “*El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos.*” Y el artículo 977 ibídem “*Si no se hubiere estipulado la duración del suministro, cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato, dando a la otra preaviso en el término*

antelación no menor de tres (3) meses y el pago de una indemnización equivalente al precio de tres (3) meses de arrendamiento.”

²⁹ “El arrendador podrá dar por terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento a la fecha de vencimiento del término inicial o de sus prórrogas invocando cualquiera de las siguientes causales especiales de restitución, previo aviso escrito al arrendatario a través del servicio postal autorizado con una antelación no menor a tres (3) meses a la referida fecha de vencimiento: (...)”

³⁰ “a) Cuando el propietario o poseedor del inmueble necesitare ocuparlo para su propia habitación, por un término no menor de un (1) año; b) Cuando el inmueble haya de demolerse para efectuar una nueva construcción, o cuando se requiere desocuparlo con el fin de ejecutar obras independientes para su reparación;

c) Cuando haya de entregarse en cumplimiento de las obligaciones originadas en un contrato de compraventa;

d) La plena voluntad de dar por terminado el contrato, siempre y cuando, el contrato de arrendamiento cumpliera como mínimo cuatro (4) años de ejecución. El arrendador deberá indemnizar al arrendatario con una suma equivalente al precio de uno punto cinco (1.5) meses de arrendamiento.”

³¹ “El arrendatario podrá dar por terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento dentro del término inicial o durante sus prórrogas, previo aviso escrito dirigido al arrendador a través del servicio postal autorizado, con una antelación no menor de tres (3) meses y el pago de una indemnización equivalente al precio de tres (3) meses de arrendamiento.

³² El arrendatario podrá dar por terminado unilateralmente el contrato de arrendamiento a la fecha de vencimiento del término inicial o de sus prórrogas, siempre y cuando dé previo aviso escrito al arrendador a través del servicio postal autorizado, con una antelación no menor de tres (3) meses a la referida fecha de vencimiento. En este caso el arrendatario no estará obligado a invocar causal alguna diferente a la de su plena voluntad, ni deberá indemnizar al arrendador.

pactado o en el establecido por la costumbre o, en su defecto, con una anticipación acorde con la naturaleza del suministro.” Como particularidad relevante en los dos eventos antes descritos, la parte que pretenda ejercer la terminación unilateral deberá dar aviso a la contraparte.

d) Contrato de Agencia comercial: De acuerdo con el artículo 1325 del Código de Comercio, la agencia comercial se puede terminar unilateralmente por parte del empresario por incumplimiento grave del agente en sus obligaciones contractuales o indicadas en la ley, cualquier acción u omisión que afecte de manera grave los intereses del empresario, entre otras; y por parte del agente, por incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales, cualquier acción u omisión del empresario que afecte los intereses del agente.

Relacionados los casos más representativos, más no los únicos³³, en los que la ley avala la terminación unilateral del contrato, podemos evidenciar como principales características para la procedencia de esta figura contractual las siguientes: i) Que haya un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales o legales; ii) La ley indica las causales y los requisitos para su procedencia y; iii) Por regla general, y en especial en los contratos de tracto sucesivo, se debe dar un preaviso o desahucio a la contraparte de la intención de dar por terminado el contrato celebrado.

4.2.2. Cláusula convencional de terminación unilateral del contrato en el derecho privado.

De acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, los contratos legalmente celebrados son ley para las partes y pueden ser *invalidados* por mutuo acuerdo o por causas legales. En tal sentido, los contratantes proceden a manifestar su “libertad de

³³ Contrato de Mandato artículo 2185 del Código Civil y artículos 1279, 1283 y 1286 del Código de Comercio; Contrato de Cajillas de Seguridad artículo 1420 del Código de Comercio; Contrato de Seguro artículos 1060, 1068 y 1071 del Código de Comercio; Contrato de Transporte artículo 1002 del Código de Comercio, etcétera.

contratar o no...de seleccionar la figura más apropiada para el caso, libertad de determinar el contenido de la disposición...y libertad de prevenir y realizar la terminación del contrato” (Hinestrosa, 2014, p. 9), lo cual es, en síntesis, la expresión y desarrollo de la autonomía de la voluntad³⁴.

En consonancia con este principio, y siguiendo a RANFER MOLINA, “Los contratantes son libres de pactar las cláusulas que mejor regulen sus intereses, entre ellas la forma como terminará su relación contractual y los efectos de esa terminación.” (Molina M., 2009, p. 91) De modo que será del arbitrio de las partes plasmar en el documento contractual la manera para dar por terminado el contrato unilateralmente, las causales de incumplimiento que legitimarán el ejercicio de la cláusula y el procedimiento para su ejecución.

No obstante lo anterior, la cláusula convencional de terminación unilateral del contrato ha sido objeto de discusión doctrinaria en cuanto a específicos temas, a saber:

a) Redacción de la cláusula: Frente a este aspecto de la cláusula convencional de terminación unilateral, parte de la doctrina considera que si la terminación unilateral tiene como base un incumplimiento³⁵ grave o esencial, no es necesario incluir de manera expresa cada una de las causales de incumplimiento, por cuanto ello es engorroso, injustificado e impone una barrera a la autonomía de la voluntad (Molina M., 2009, p. 100). Es más, “mientras la cláusula no deje lugar a duda que las partes han querido

³⁴ “La autonomía privada en sentido amplio, está conformada por dos partes: primeramente por el poder atribuido a la voluntad respecto de la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas, y en segundo lugar por el poder de esa voluntad referido al uso, goce, y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos.” Katuska Hernández Fraga & Danay Guerra Cosme, El Principio de la Autonomía de la Voluntad Contractual, sus Límites y Limitaciones, Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa No. 6, junio de 2012, Ed. Universidad de Málaga, Málaga - España, pág. 30 y siguientes.

³⁵ “Una enunciación expresa de las obligaciones tendría sentido, y además sería obligatoria, en los casos en que las partes quisieran atribuirle los efectos de la terminación unilateral al incumplimiento de prestaciones secundarias o accesorias, a lo cual nada se opone, como tuvimos oportunidad de revisar.” Ranfer Molina Morales, La Terminación Unilateral del Contrato por Incumplimiento, Revista de Derecho Privado No. 17, septiembre de 2009, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., pág. 101.

reservarse con ella la facultad de resolver el contrato de pleno derecho, una referencia al incumplimiento de las obligaciones o a la inexecución de las prestaciones en general hubiera sido suficiente para que tal cláusula fuera susceptible de producir plenos efectos”. (HUGO FORNO en (Ronquillo P., 2014, p. 129)).

Para otra parte de la doctrina, quizá la mayoría³⁶, la cláusula debe ser concreta y precisa en su redacción en cuanto al incumplimiento de las obligaciones generadoras de la terminación unilateral, (Navia A., p. 56), toda vez que de no ser así, dicha cláusula se entenderá como una cláusula estilo y será considerada como no incluida (R. SACCO en (Rengifo G., p. 27)). Ello es así, en tanto y cuanto “la resolución judicial sanciona obligaciones implícitas, la cláusula de terminación unilateral sanciona obligaciones expresas.” (ALAIN BÉNABENT en (Molina M., 2009, p. 99)). De modo que una cláusula general “dicen mucho, pero a la vez no dicen nada y por su ausencia de precisión pueden no ser de recibo por el juez. Se deben, pues, determinar los incumplimientos que dan lugar a la resolución unilateral del contrato.” (Rengifo G., p. 27)

b) *Incumplimiento*: Referente al incumplimiento, la doctrina sostiene que este debe justificar la terminación unilateral, de manera que pueda afectar³⁷ las posibilidades de continuar el contrato (Pizarro W., 2007, p. 420), es decir, el incumplimiento debe estar relacionado con una obligación esencial, debe tener la relevancia necesaria para impedir la consecución de la finalidad querida por las partes y perturbar la economía del contrato (Navia A., p. 66). Ello tiene como fundamento, el hecho que la “terminación unilateral de

³⁶ Jimmy J. Ronquillo Pascual, Los problemas en la Actuación de la Resolución por Incumplimiento y las soluciones que Ofrece el Derecho Comparado, Gaceta Civil & Procesal Civil Vol. 13, Ed. Universidad Nacional Mayor de San Carlos, Lima – Perú, julio de 2014, Pág. 129 y siguientes; Fernando Hinestrosa, Tutela del Acreedor Frente al Deudor Incumplido, Revista de Derecho Privado No. 31, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2016, Pág. 16 y siguientes; Andrea Botteselle M., El Pacto Comisorio como Manifestación de la Facultad Resolutoria, Revista Chilena de Derecho Privado No. 17, Ed. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile – Chile, diciembre de 2011, Pág. 96 y siguientes.

³⁷ “Acá, como en la hipótesis de resolución, el incumplimiento ha de ser significativo, *grave*, esto es, debe afectar verdaderamente el interés de la contraparte”. Fernando Hinestrosa, Tutela del Acreedor Frente al Deudor Incumplido, Revista de Derecho Privado No. 31, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2016, Pág. 20.

un acuerdo, sin mediar un incumplimiento grave o sustancial, constituye, sin ambages, una actuación de conducta contraria a la buena fe”. (Rengifo G., p. 24).

Contrario a lo previamente indicado³⁸, en palabras de RANFER MOLINA, si las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, “elevan a categoría de esencial prestaciones que no lo son...Nada se opone a que los contratantes se sometan a la consigna “ejecución exacta del contrato o su terminación” y se autorice la terminación unilateral para incumplimientos de prestaciones secundarias o accesorias.” (Molina M., 2009, p. 96); con la salvedad que se deberán relacionar de manera exacta y clara en la cláusula convencional de terminación unilateral.

c) *Intervención del juez del contrato*: Para FELIPE NAVIA, permitir que el contratista cumplido ejerza la cláusula de terminación unilateral sin la intervención previa del juez, implica que uno de los contratantes se imparta justicia por sí mismo, máxime cuando la legislación no permite descartar la intervención previa del juez (Navia A., p. 52). En contraste a ello, RANFER MOLINA manifiesta que no se trata de justicia por mano propia, sino un acto legítimo de defensa, es una manera de no empeorar la situación del acreedor; es más, nada impide que el deudor³⁹ acuda al juez si considera que la terminación fue ilegal o abusiva⁴⁰ (Molina M., 2009, p. 87).

³⁸ “Es menester precisar que en el específico caso de la resolución por cláusula resolutoria expresa, esta procede aun cuando el incumplimiento sea de escasa importancia, pues aquí el efecto resolutorio deriva directamente del contenido del contrato, de manera que una valoración efectuada por el juez interferiría con el ejercicio de la autonomía privada y con la valoración que ya ha sido hecha por las partes”. MIRABELLI en Jimmy J. Ronquillo Pascual, Los problemas en la Actuación de la Resolución por Incumplimiento y las soluciones que Ofrece el Derecho Comparado, Gaceta Civil & Procesal Civil Vol. 13, Ed. Universidad Nacional Mayor de San Carlos, Lima – Perú, julio de 2014, Pág. 113.

³⁹ “Puede ocurrir que el deudor se conforme con la decisión del acreedor de romper unilateralmente el contrato. En caso contrario procederá a demandar, él mismo, la resolución o el cumplimiento forzado, o el abuso en la ruptura unilateral para exigir una indemnización de perjuicios.” Carlos Pizarro Wilson, La Ruptura Unilateral del Contrato, en La Terminación del Contrato: Nuevas Tendencias del Derecho Comparado, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2007, Pág. 424.

⁴⁰ “No hay que olvidar, tal como se dijo, que el poder de resolución unilateral no significa la exclusión del juez en el análisis posterior que puede hacer sobre la legitimidad del aniquilamiento unilateral del vínculo, es decir, si este operó con el respeto a la buena fe y sin ser abusivo.” Ernesto Rengifo García, La Terminación y la Resolución Unilateral del Contrato, Estudios de Derecho Privado Tomo II, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá D.C. 2009, Pág. 28. Ver también en Arturo Sanabria Gómez, La Ruptura

d) *Preaviso*: El preaviso es “el lapso de tiempo que transcurre entre el momento en que se notifica a la otra parte la intención de desligarse del vínculo jurídico y el momento de la ruptura propiamente dicha.” (KLEIN en (Molina M., 2006, p. 148). En efecto, el preaviso se encuentra dirigido a otorgar un plazo a la contraparte para que éste efectúe todas las actuaciones necesarias para organizar las consecuencias de la ruptura (Pizarro W., p. 423); empero, tal actuación, la del preaviso, solo será obligatoria en tres casos: “1. Cuando las partes lo hubieren acordado en el contrato; 2. Cuando la ley lo exija...; y 3. Cuando el preaviso sea consecuencia de la obligación de ejecutar los contratos de buena fe, dadas las circunstancias particulares de la relación contractual (Molina M., 2009, p. 99).

Por último, resulta conveniente traer a acotación el punto de vista de la Corte Suprema de Justicia frente al alcance de la cláusula convencional de terminación unilateral. Para lo cual se citan los apartes más relevantes de la sentencia que efectuó un estudio pormenorizado sobre la materia, veamos:

“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. (...)

Estricto sensu, una o ambas partes son titulares de un derecho potestativo para terminar unilateralmente el contrato, sin aquiescencia, aceptación, beneplácito o

consentimiento de la otra, cuyo ejercicio desemboca en acto dispositivo recepticio en cuanto debe ponerse en conocimiento de la otra parte, usualmente con un preaviso mínimo, legal o convencional o, en su defecto, congruo, razonable o suficiente, de forma libre salvo disposición contraria...y constitutivo por extinguir el vínculo con efectos liberatorios hacía el futuro (*ex nunc*) sin alcanzar las prestaciones ejecutadas, cumplidas, consumadas e imposibles de retrotraer, esto es, carece de eficacia retroactiva (*ex tunc*), cumple la función de terminar el pacto, y por tanto, desligar *in futurum* a las partes del compromiso sin declaración judicial, menester a propósito de las controversias al respecto. (...)

Empero, 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*. (...) Menester, singularizar, precisar, especificar, concretar e individualizar en forma clara y expresa, la obligación, sea legal o contractual, ya principal o accesorio, como corresponde a lo expreso y a la trascendencia del 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. (...) 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.” (Corte Suprema de Justicia, Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01, 2011)

Es necesario hacer una transcripción literal de esta importante sentencia, por cuanto indica de manera detallada la procedencia de la cláusula convencional de terminación unilateral en el derecho privado. Tan solo el reparo que debería hacerse a

esta jurisprudencia, consistiría en la apreciación de las obligaciones generadoras del incumplimiento; esto es, en primera instancia manifiesta que es “Menester, singularizar, precisar, especificar, concretar e individualizar en forma clara y expresa, la obligación, sea legal o contractual, ya principal o accesoria, como corresponde a lo expreso y a la trascendencia del incumplimiento”-subraya propia-; y más adelante indica que “un incumplimiento...de tal gravedad, magnitud, relevancia, significación o importancia, por cuanto no cualquier inobservancia de los deberes de conducta justifica la resolución”.

Lo anterior redundante en una plausible incongruencia, en el sentido que primero avala lo que determinen las partes, para luego ordenar que el incumplimiento debe ser de carácter grave y que justifique la terminación de la relación negocial. Sin más observaciones que el descrito previamente, la sentencia reproducida in extenso, aborda todas las discusiones planteadas por la doctrina frente a la procedencia de la cláusula de terminación unilateral en el derecho privado. Sí el fallo es acertado o no, dependerá de la posición doctrinaria que se adopte, esto es, o es una evidente justicia por mano propia, lo que no es admisible en un Estado Social de Derecho como el colombiano; o no es más que el ejercicio de la autonomía de la voluntad protegida por la Constitución y las leyes.

Recapitulación

Conforme con lo planteado en precedencia, tenemos que la cláusula convencional de terminación unilateral del contrato se afinca en la autonomía de la voluntad. Empero, la autonomía de la voluntad no es ilimitada ni mucho menos absoluta, es más, contiene límites y cargas.

Referente a los límites, tenemos que estos son el Orden Público⁴¹, que en materia contractual, y siguiendo a HINESTROSA, se manifiesta como límite a la autonomía de la

⁴¹ “Podríamos proceder formalmente a definir el Orden Público como aquella situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen las atribuciones que les son dadas y los ciudadanos las respetan y obedecen sin oponer resistencia alguna. En este sentido, el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas constituye el componente esencial del Orden Público.” Juan Carlos Montalvo Abiol,

voluntad en la invalidez de los actos o disposiciones expresamente prohibidas por la ley. (p. 19). Y las buenas costumbres, no son más que reglas de orden moral o un sentido ético de la iniciativa particular (p. 24).

Aunado a lo anterior, tenemos que la “ley constituye un importante límite⁴² a la autonomía de la voluntad, si se tiene en cuenta que el contenido de muchos contratos en la actualidad, resulta establecido por normas legales que imponen soluciones, a veces no consideradas y otras, ni siquiera queridas por las partes al celebrar el contrato.” (Hernández F. & Guerra C., 2012, p. 39). Restringiendo de esta manera, aún más, la libre disposición de los contratantes al momento de celebrar el negocio jurídico.

Por otro lado, las cargas que contiene el ejercicio de la autonomía de la voluntad gravitan en la carga de legalidad y lealtad y corrección:

“...en la primera va una refrendación de la advertencia continua de que los efectos del acto de autonomía particular, comenzando por el efecto negocial, que es el punto de partida, no se obtienen sino a condición de que el negocio haya sido válidamente celebrado (art. 1602 c.c.), y de que el acogimiento de las pautas normativas, a partir de las leyes imperativas, es requisito y prenda de la eficacia y validez de la disposición. Y en la segunda hay un reenvío a una “cláusula general”: la buena fe (que en ella se vierten corrección y lealtad),... corrección pundonor, como cada cual sabe, por inmersión en el ambiente social, que debe

Concepto de Orden Público en las Democracias Contemporáneas, Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid No. 22, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid – España, 2010, Pág. 220.

⁴² Para ERIC PALACIOS MARTÍNEZ “se vienen produciendo... una progresiva reducción de los límites legales al ejercicio de la «autonomía» privada, pero ello encuentra sospechosamente concreción con respecto a los poderes económicos, los mismos que alentados por esta «tendencia» continúan con su creciente expansión, acumulación, invasión y posibilidad de condicionar la vida civil, y también política.” Eric Palacios Martínez, Autonomía Privada, Principio de legalidad y Derecho Civil, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú No. 60, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima – Perú, 2007, Pág. 107 y siguientes.

obrar; buena fe a secas, que no admite matices ni otros adjetivos...” (Hinestrosa, p. 36)

Con base en lo transcrito, se puede colegir, se itera, que la autonomía de la voluntad no es ilimitada ni mucho menos absoluta, inclusive podría comentarse que se encuentra, actualmente, supeditada a factores extrínsecos –la Constitución y la ley (Palacios M., 2007, p. 104)- e intrínsecos –respeto a la libertad, intereses y expectativas de los demás (Hernández F. & Guerra C., p. 31). Ahora, si bien es cierto que será del arbitrio de los contratantes estipular las causales, el procedimiento y forma de ejecución de la terminación unilateral, lo es también que ese arbitrio está sometido a distintos factores que lo limitan, supeditan y validan, lo cual, al final, será del resorte del juez valorar si la cláusula se encuentra apegada a la Constitución y la ley.

5. CLÁUSULA CONVENCIONAL DE TERMINACIÓN UNILATERAL EN LOS CONTRATOS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS EXCEPTUADAS DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Hasta aquí se ha expuesto las características, requisitos y procedencia de la terminación unilateral en el Estatuto General de Contratación Pública y en el Derecho Privado –ley civil y comercial-. Así, y entrando en materia, a continuación se propenderá por exponer, a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado, el alcance del pacto de la cláusula de terminación unilateral en las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación y el tratamiento que el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha realizado frente a la materia y, por último, plantear si esta cláusula riñe o no con el principio de legalidad que gobierna toda entidad pública.

En primera medida, la Sección Tercera del Consejo de Estado contemplaba, y de manera reiterada, que la cláusula convencional de terminación unilateral del contrato estatal no era plausible y, para sostener dicha postura, afincó su determinación en los siguientes argumentos, a saber: i) La terminación unilateral del contrato estatal se

encuentra reglada –principio de legalidad-; ii) Se debe otorgar la oportunidad de ejercer el derecho de defensa al contratista, de lo contrario, la Administración conculcaría el derecho fundamental al debido proceso; iii) Es contraria a la prestación del servicio público y al interés general; iv) La Entidad Pública no tiene la competencia legal para proceder, de manera discrecional, a terminar unilateralmente el contrato así se haya pactado en el contrato; y, v) Viola el principio de planeación⁴³.

En efecto, la base primordial de dicha argumentación se cimienta en que, a pesar que el Estatuto General de Contratación Pública reconoce la autonomía de la voluntad como instrumento del contrato estatal, ello no puede dar lugar a la desnaturalización del papel de la Administración “que, además de supeditar sus actos al bloque de legalidad que la rige, ha de orientar sus actuaciones a la consecución de los fines que específicamente le han sido trazados” (Expósito V., 2003, p. 306) que no es otra cuestión que el interés público. “Es que donde exista el Estado y se manejen recursos públicos, pretender la aplicación a ultranza del derecho privado, resulta un imposible. Como mínimo deben desarrollarse mandatos elementales que se originan en la preeminencia del interés público”. (Dávila V., p. 17)

De modo que:

“...en todo proceso, adjudicación, celebración de contratos, ejecución y, de ser el caso, de liquidación que adelanten las entidades exentas del régimen de la contratación pública estatal, éstas deben preservar y respetar siempre y en todo

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 15 de febrero de 2012, Exp. 85001-23-31-000-2000-00202-01 (19730); Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 08 de mayo de 2013, Exp. 50001-23-31-000-1998-00027-01 (24510); Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 09 de septiembre de 2013, Exp. 52001-23-31-000-2000-21279-01 (25.681); Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 1 de julio de 2015, Exp. 17001-23-31-000-2006-01405-01 (36457); Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”, C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz, sentencia de 03 de septiembre de 2015, Exp. 25000-23-26-000-2006-02055-02 (38247).

lugar los principios rectores de la función administrativa, los relativos al control fiscal y aplicar de manera estricta el mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en la Ley 80 de 1993 y en las demás disposiciones aplicables a los contratos del Estado”. (Santofimio & Benavides, 2009, p. 34)

Por lo anterior, arguyó el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo que:

“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.”⁴⁴ (Consejo de Estado, Exp. 85001-23-31-000-2000-00202-01 (19730), 2012)

No obstante lo anterior, y a pesar de instituir una congruente argumentación jurídica, doctrinal y jurisprudencial frente a la inviabilidad de las cláusulas convencionales de terminación unilateral en los contratos estatales⁴⁵; a partir de finales del año 2016, la misma Sección Tercera del Consejo de Estado, ha entrado a reevaluar su

⁴⁴ Apreciación que se reitera en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”, C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz, sentencia de 03 de septiembre de 2015, Exp. 25000-23-26-000-2006-02055-02 (38247).

⁴⁵ “Nótese, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia, que todos los actos jurídicos creadores de obligaciones en las que sea parte una de las entidades estatales definidas en el artículo 2 de la ley 80 de 1993 serán contratos estatales, sin importar que sean regulados por el derecho administrativo o que se encuentren sujetos a las disposiciones del derecho privado.” Rodríguez Tamayo, Mauricio Fernando, *Los Contratos Estatales en Colombia*, 2ª Edición, Ed. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, Medellín - Colombia, 2015, pág. 248 y siguientes.

postura precedente, y ha pretendido dar vía libre a esta clase de pactos contractuales bajos los siguientes fundamentos, a saber: a) Es la propia ley la que se encarga de exceptuar a la Entidad Pública del régimen del Estatuto General de Contratación Pública; b) Al ejercer sus funciones dentro de un ámbito de mercado, en el cual rige el principio de igualdad, la voluntad de las partes y la libre competencia, no hay cabida al poder imperativo de la Administración⁴⁶ y; c) Los actos mediante los cuales se ejerce la cláusula convencional de terminación unilateral del contrato es una actuación netamente contractual que no el ejercicio de la función administrativa.⁴⁷

En igual sentido, SANTOFIMIO GAMBOA manifiesta que, a partir del artículo 14 de la ley 1150 de 2007, el legislador invirtió el principio de legalidad, toda vez que dicha norma determinó que el derecho aplicable a los contratos celebrados por las Entidades Públicas indicadas en esta disposición, no podía ser otro que el derecho privado (Santofimio & Benavides, p. 31). Además, y debido a la especialidad y a la naturaleza de las actividades que ejecutan esta clase de Entidades Públicas, las mismas no pueden regirse bajo las reglas del derecho administrativo por las siguientes razones:

“...la primera: ...sus directivas, como autoridades, actúen en función de propósitos comerciales e industriales, en cuya dinámica no caben ni corresponden los procedimientos y decisiones de fuerza..., si no, por el contrario, los conceptos y reglas derivados de la autonomía de la voluntad, por lo tanto la gestión de sus

⁴⁶ En contra de esta posición afirma JOJOA BOLAÑOS: “Sostener, genéricamente, que el estatuto contractual impide la competencia y eficiencia a las entidades estatales exceptuadas, supone que el régimen contractual impide el desarrollo de tales cometidos, cuando los principios de la función pública del artículo 209 de la Constitución Política, que desarrolla el estatuto contractual, en nada riñen con la competencia comercial de dichas entidades y, por el contrario, en nuestro concepto son principios que en la actualidad son de mayor aplicación en campos sometidos a la competencia.” Jojoa Bolaños, Alexander, *Los Regímenes Exceptuados en los Contratos Estatales*, Reimpresión, Ed. Grupo Editorial Ibañez, Bogotá D.C. – Colombia, 2014, pág. 132 y siguientes.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 20 de febrero de 2017, Exp. 05001-23-31-000-2003-04466-02 (56.562); Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 24 de agosto de 2016, Exp. 19001-23-31-000-2007-00147-01 (41.783); Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 19 de julio de 2017, Exp. 68001-23-31-000-2011-00554-01 (57394)

actividades se desarrolla bajo condiciones de mercado y competencia; la segunda: es una razón legal, en la medida en que en la disposición transcrita se remite de manera directa al ejercicio de todas estas actividades al derecho privado; y la tercera,...no sólo porque las actividades que ejecutan sea las de los particulares en el mercado, sino también en la medida en que podrían incursionar en situaciones de competencia desleal...”. (Santofimio & Benavides, p. 39)

Aunado a ello, la Sección Tercera del Consejo de Estado, para justificar su nueva postura, indicó los requisitos para la procedencia del pacto de la cláusula de terminación unilateral:

“Así las cosas, 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, siempre que en ellas se especifique la prestación esencial cuyo incumplimiento priva sustancialmente al contrato de la debida ejecución del objeto pactado. (...)

En síntesis, para la validez de las cláusulas de terminación unilateral del contrato por incumplimiento se requiere: 1. Que la cláusula se pacte expresamente. 2. Que la cláusula recaiga sobre una prestación principal y sustancial, en cuyo incumplimiento se imposibilita la ejecución del objeto contractual. 3. Que la estipulación no aparezca bajo el ejercicio de una posición dominante o arbitraria.”
(Subraya propia) (Consejo de Estado, Exp. 19001-23-31-000-2007-00147-01 (41.783), 2016).

Como se puede observar, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo adopta, a su manera, el racionamiento de la Corte Suprema de Justicia frente a la procedencia del pacto de la cláusula de terminación unilateral. Sin embargo, el Consejo de Estado no hace un mayor desarrollo sobre cada uno de estos requisitos y en qué casos

se cumplen y en cuáles no, como lo hizo la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la justificación de cada uno de los requisitos planteados.

Por lo anterior, al analizar lo dispuesto por el Consejo de Estado en la sentencia reseñada, surgen algunas inquietudes, entre ellas y con respecto a los dos primeros requisitos: i) si basta que se pacte simplemente que se pacte la cláusula de terminación unilateral, o es necesario además que ella establezca aspectos tales como en favor de quién recae o el procedimiento para hacerla efectiva; y ii) si basta que se pacte una cláusula de estilo -que prohíbe la misma Corte Suprema de Justicia- en el sentido que “*se podrá terminar unilateralmente el contrato por incumplimiento de obligación principal o esencial del objeto contractual, y/o de una obligación cuyo incumplimiento imposibilita la ejecución del objeto contractual*”, o será necesario especificar en la misma cláusula cuáles son esas obligaciones cuyo incumplimiento da lugar a la terminación unilateral, y si será que dichas obligaciones son objetivas o pueden ser convenidas por las partes.

Lo anterior,, puesto que, con base en lo esbozado por la doctrina privada en la materia⁴⁸, al no estatuirse de forma clara y concreta el contenido de estos dos primeros requisitos por parte del Consejo de Estado, la misma cláusula de terminación unilateral podría dar lugar a una limitación al ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, por cuanto, por ejemplo, en el caso de que se considere que las causales son objetivas, no estarán en la libertad de señalar cuáles de esas causales de incumplimiento contractual son las que conllevarían a la terminación unilateral del contrato; y, en el evento en que no se exija que estas causales se especifiquen en la misma cláusula, no tendrían conocimiento certero acerca de los eventos en los cuales la misma podría aplicarse.

⁴⁸ Ver numeral 4.2.2. del presente artículo.

Por su parte, con respecto al tercer requisito, frente al *ejercicio de posición dominante*, ha expuesto el Consejo de Estado lo siguiente:

“De acuerdo con lo anterior, la estipulación de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por la Administración Pública resulta violatoria del principio de la Buena Fe cuando causa un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

*“En la formación del contrato y, específicamente, en la determinación de las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas, ejemplo prototípico de las cuales los suministra el llamado poder de negociación por parte de quien, encontrándose de hecho o de derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución y cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación.”*⁴⁹ (Consejo de Estado, Exp. 50001-23-31-000-1992-03996-01 (21573), 2012)

Así las cosas, y con base en esta jurisprudencia del Consejo de Estado, y a pesar de que la misma Corporación no explica específicamente en qué casos la cláusula de terminación unilateral puede aparecer bajo el ejercicio de una posición dominante o arbitraria, podría pensarse que ello podría ocurrir, por ejemplo, cuando dicha cláusula se

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de febrero de 2001, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo. (Citada por la sentencia referenciada).

pacta solo a favor de la entidad pública contratante, o cuando se deja sólo en manos de ésta la determinación de las causales que dan lugar a su aplicación o del procedimiento a seguirse para hacerse efectiva. No obstante, y de acuerdo con la jurisprudencia transcrita, la configuración de la *posición dominante* será evidenciada, en últimas, por el Juez del contrato, atendiendo *las circunstancias particulares que rodean el caso*.

En efecto, y con el propósito de ilustrar un caso concreto respecto a este tema, se cita el aparte correspondiente de la providencia antes mencionada:

“En efecto, al final de la cláusula primera del contrato se estableció que: “(...) *Si la divergencia fuere entre el Contrato y el Pliego de Condiciones, ECOPETROL decidirá cuál prevalece.*” En esta misma línea se encuentra que en la cláusula segunda, al tratar sobre las cantidades de obra, se señaló en su parte final que: “(...) *no se aceptará reclamo por concepto de costos o gastos de actividad u obra, que según criterio del CONSORCIO no se encuentren en el citado cuadro.*” Para la Sala se trata de estipulaciones abusivas que vulneran el Principio de Buena Fe contractual y que afectan el equilibrio económico del contrato. (...)

Esta imposición abusiva de ECOPETROL, en contra del contratista particular se agrava aún más e incide en el equilibrio económico del contrato, cuando al referirse a las cantidades de obra en la cláusula segunda le niega de manera absoluta al contratista la posibilidad de discutir sobre el punto afirmando que “(...) *no se aceptará reclamo por concepto de costos o gastos de actividad u obra, que según criterio del CONSORCIO no se encuentren en el citado cuadro.*”

En suma, tenemos que la nueva posición adoptada por parte del Consejo de Estado, en el sentido de avalar el pacto de la cláusula de terminación unilateral en entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación Pública, tiene como fundamento el principio de la autonomía de la voluntad y cuyo límite, como regla general, será la exigencia de unos requisitos *sine qua non* para su validez.

En contraposición a lo indicado previamente, para alguna parte de la doctrina, dar cabida de manera absoluta al derecho privado en los contratos estatales "...tiene efectos perversos, por cuanto auspicia la idea de una libertad absoluta en la contratación y fomenta la errada utilización de la contratación con fines personales, distantes de los objetivos de interés general, que deben orientar toda gestión contractual de la administración pública, cualquiera que sea su régimen jurídico." (Benavides, 2014, p. 106)

Es más, a pesar que la Administración Pública tenga la libertad de fijar el contenido y cláusulas del contrato, ésta se encuentra sometida a procedimientos reglados establecidos por el legislador, motivo por el cual, las entidades públicas no pueden actuar con absoluta libertad (Osorio M., 2008, p. 61). Inclusive, en la aclaración de voto de la sentencia del Consejo de Estado de 19 de julio de 2017 con radicado 57.394⁵⁰, el Consejero Guillermo Sánchez Luque, hace las siguientes reflexiones:

“¿Si se admite por regla general este tipo de cláusulas en todo tipo de contrato estatal, podría afirmarse que las cláusulas excepcionales de ley han sido subrogadas por convenios interpartes que generan efectos similares? ¿La jurisprudencia tiene la capacidad, en el ámbito del derecho público, de llegar a desarrollos interpretativos que contradicen normas de orden público?

¿La entidad pública contratante al hacer efectivo el pacto expreso de resolución unilateral del contrato debería garantizar el debido proceso? ¿La decisión de resolver el contrato de forma unilateral convencional conlleva la expedición de un acto administrativo? (...)

⁵⁰ Sentencia en donde se avala la cláusula convencional de terminación unilateral: Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “C”, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 19 de julio de 2017, Exp. 68001-23-31-000-2011-00554-01 (57394)

Si son fruto de un acuerdo de voluntades, ¿estas cláusulas se podrían pactar también en favor del contratista? (...)”

Conforme con lo indicado en precedencia, es evidente que el tema no es pacífico ni en materia doctrinal ni jurisprudencial, en tanto y cuanto no se ha propendido por efectuar un análisis profundo a las implicaciones que de una o otra postura emanan. Esto es, o definitivamente las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación Pública no pueden ante sí y por sí, hacer efectiva la cláusula convencional de terminación unilateral, por cuanto no tienen la competencia para ello –principio de legalidad⁵¹ y principios de la función administrativa-, de modo que, para hacer efectiva la cláusula, deberán respetar el debido proceso, adelantar un procedimiento⁵² y acudir ante el juez del contrato. O, esta clase de entidades están exclusivamente gobernadas por el derecho privado, por lo cual podrán, a su arbitrio, hacer efectiva la cláusula convencional una vez reúna los requisitos⁵³ determinados por la voluntad de las partes y además, dicho pacto contractual, tendrá una connotación de reciprocidad, es decir, podrá ser pactada en pro del contratista privado y/o a favor de ambas partes.

⁵¹ “Pero en nuestro ordenamiento jurídico no debemos entender el principio de legalidad como la supremacía de una norma, sino como la imposición de todo un bloque de legalidad, constituido por valores, principios generales, la Constitución, la ley, el acto administrativo e incluso ciertas reservas de ley, en donde el otorgamiento de competencias al legislador para desarrollar determinadas materias administrativas no son de su exclusividad, pues el constituyente se ha reservado ciertas materias que la administración puede desarrollar directamente, como sucede con las asambleas departamentales y los concejos municipales. (...) En virtud de ello, el principio de legalidad es un elemento central en el ordenamiento jurídico, que establece un marco de actuación de los órganos en donde la ley entra a limitar y obligar a la administración a aplicar la norma de acuerdo con las circunstancias de cada caso sin que medie un exceso por parte del Estado, ni actuar en aquellas situaciones en las que no está expresamente facultado.” Amazo Parrado, Diana C., ¿Es Paradójica la Autonomía de la Voluntad Frente al Principio de Legalidad en los Contratos Estatales?, Revista Estudios Socio-Jurídicos, Vol. 9 No. 2, 2007, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá D.C., pág. 190 y siguientes.

⁵² Se propondría el establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

⁵³ La cláusula convencional, en materia privada, para su validez, deberá llenar los requisitos indicados en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia referenciada en el presente escrito.

6. CONCLUSIÓN

Como primera medida, resulta pertinente dejar claro que el presente artículo se encuentra dirigido a entablar una discusión doctrinal, normativa y jurisprudencial frente al contenido del pacto de la cláusula de terminación unilateral y la manera de hacer efectiva dicha cláusula por parte de las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación Pública; es decir, no se pretende cuestionar el acuerdo de voluntades encaminado a determinar el contenido del contrato –el pacto en sí mismo-, sino específicamente la forma como se estructura la cláusula y el procedimiento para su ejercicio por alguna de las partes del contrato.

Hecha esta claridad y, de acuerdo con lo expuesto, podemos identificar que la celebración de contratos, en materia estatal, redundará en la búsqueda de la satisfacción de las necesidades colectivas y la preeminencia del interés público. Ello implica que “...ahí donde está el Estado, así sea en un marco de competencia con el particular, se debe pregonar y buscar la razón última de su existencia, cual es la tutela de los intereses colectivos.” (Dávila V., p. 70 y ss).

En este orden, el instrumento mediante el cual se procura la salvaguarda del interés público es el *principio de legalidad*, principio entendido como el marco legal y constitucional a través del cual, cualquier entidad del Estado, se encuentra habilitada para actuar y/o ejercer sus funciones, entre estas, contratar. Por tal motivo, el presente artículo concuerda parcialmente con la posición primigenia que venía implementando la mayoría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la cual consiste en indicar de manera tajante que, estas cláusulas de terminación unilateral emanadas de la autonomía de la voluntad no son procedentes, en el entendido que a las entidades públicas, a pesar de encontrarse dentro del mercado o en competencia con los particulares, la ley no las faculta para ejecutar dicha cláusula por sí y ante sí, tal como se expuso líneas arriba.

Es por ello que el cambio de postura jurisprudencial por parte de la Subsección “C” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el sentido de adoptar los argumentos

esgrimidos por la Corte Suprema de Justicia para admitir la cláusula convencional de terminación unilateral en los contratos celebrados por Entidades Públicas exceptuadas del Estatuto General de Contratación Pública, -bajo ciertos requisitos que no han sido desarrollados en detalle y cuya aplicación plantea varios interrogantes-, resulta paradójico por las siguientes razones:

De conformidad con el artículo 14 de la ley 1150 de 2007 en concordancia con el artículo 13 *ibídem*, se dispone de manera clara que todas las Entidades Públicas exceptuadas del Estatuto General de Contratación Pública se encuentran sometidas a los principios de la función administrativa y la gestión fiscal –artículos 209 y 267 de la Constitución-, lo cual delimita, en últimas, el campo de acción de esta clase de entidades. De modo que no es tan cierto que las entidades exceptuadas puedan ser consideradas como personas privadas que puedan disponer a su arbitrio de sus derechos y obligarse sin más restricciones que el orden público, buenas costumbres y abuso del derecho, como lo pretende hacer ver la nueva jurisprudencia del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Aunado a ello, y en observancia del artículo 29 de la Constitución Política, tenemos que en toda actuación administrativa se debe garantizar al contratista un procedimiento preestablecido en el cual se determine de manera clara, detallada y concreta las situaciones generadoras de la declaratoria de terminación unilateral por incumplimiento contractual; así mismo, otorgar la oportunidad de defensa y contradicción, y presentar las pruebas que considere necesarias. Es así como el derecho constitucional al debido proceso no puede ser desconocido de manera alguna por ninguna entidad del Estado, sea ésta exceptuada o no.

Como desarrollo de este derecho constitucional y en aras de su protección efectiva, la Entidad Pública exceptuada debe enviar un preaviso al contratista presuntamente incumplido, empero, este preaviso no puede ser entendido en la acepción privada, sino como una conminación al contratista para que adelante las gestiones

pertinentes a evitar el potencial incumplimiento y que pueda poner en peligro la ejecución del contrato. Ya que efectuar el preaviso de la manera privatista iría en contra del principio de legalidad, debido a que, se itera, la ley no faculta a esta clase de entidades para ejecutar dicha cláusula por sí y ante sí.

Además, la cláusula convencional de terminación unilateral debe ser recíproca, esto es, que ésta puede ser a favor del contratista privado, pero ello conllevaría a que “...si sólo lo tuviera el contratista habría ciertamente un rompimiento de la simetría posicional de las partes contractuales pero definitivamente en el sólo y exclusivo beneficio del interés individual del contratista lo que sería ilegal por ser esto contrario a la satisfacción del interés general.” (Consejo de Estado, Exp. 52001-23-31-000-2000-21279-01 (25.681), 2013).

Con todo, la procedencia de la cláusula convencional de terminación unilateral en los contratos celebrados por Entidades Públicas Exceptuadas del Estatuto General de Contratación Pública, se encuentra supeditada a que se relacionen de manera clara, detallada y concreta las obligaciones generadoras del incumplimiento y su trascendencia, es decir, que efectivamente afecten el normal desarrollo de la ejecución contractual. Así mismo, se establezca un procedimiento que respete el debido proceso y por último, acudir previamente ante el juez del contrato para que sea éste quien determine la validez o no de la terminación unilateral del negocio jurídico. Ahora, el hecho de acudir ante el juez para que avale la terminación unilateral del contrato no implica, per se, una demora o el sometimiento a procesos engorrosos, por el contrario, actuar de esta manera conlleva la protección de los derechos de las partes y del interés general que es el fin de la contratación estatal.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Benavides, J. L. (2014). *Contratos Públicos Estudios* (1era ed.). Bogotá D.C., Colombia: Ed. Universidad Externado de Colombia.
- Dávila V., L. G. (2017). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal 3era Edición, 2da Reimpresión*. Bogotá D.C., Colombia: Legis Editores S.A.
- Escobar G., R. (2003). *Teoría General de los contratos de la Administración Pública 1era Ed., 2da Reimpresión*. Bogotá D.C., Colombia: Legis Editores S.A.
- Expósito V., J. C. (2003). *La Configuración del Contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español*. Bogotá D.C., Colombia: Ed. Universidad Externado de Colombia.
- Hernández F., K., & Guerra C., D. (junio de 2012). El Principio de la Autonomía de la Voluntad Contractual Civil. Sus Límites y sus Limitaciones. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*(6), 27-46.
- Hinestrosa, F. (2014). Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada. *Revista de Derecho Privado*(26), 5-39.
- Molina M., R. (2006). La Terminación Unilateral del Contrato ad nutum. *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*(10), 125-158.
- Molina M., R. (septiembre de 2009). La Terminación Unilateral del Contrato por Incumplimiento. *Revista de Derecho Privado*(17), 77-105.
- Navia A., F. (2008). La terminación unilateral del contrato de derecho privado. *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*(14).
- Osorio M., N. D. (2008). *Autonomía de la Voluntad y Joint Venture en la Contratación Estatal*. Bogotá D.C., Colombia: Ed. Ibañez.
- Palacios M., E. (2007). Autonomía Privada, Principio de Legalidad y Derecho Civil. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*(60), 97-110.
- Pemberthy L., P. L. (7 de diciembre de 2015). La liquidación de los contratos estatales. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UPB*, 401-434.
- Pizarro W., C. (2007). La Ruptura Unilateral del Contrato. En J. A. Gaitán M., & F. Mantilla E., *La Terminación del Contrato: Nuevas Tendencias del Derecho Comparado* (págs. 408-426). Bogotá D.C., Colombia: Ed. Universidad del Rosario.
- Rengifo G., E. (enero de 2009). La terminación y la resolución unilateral del contrato. *Estudios de Derecho Privado Universidad del Rosario, II*.
- Rodríguez T., M. F. (2015). *Los Contratos Estatales en Colombia 2da Ed.* Medellín, Antioquia, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Ronquillo P., J. (julio de 2014). Los Problemas en la Actuación de la Resolución por Incumplimiento y las Soluciones que Ofrece el Derecho Comparado. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 13, 96-133.
- Santofimio, J. O., & Benavides, J. L. (2009). *Contratación Estatal Estudios Sobre la Reforma del Estatuto Contractual Ley 1150 de 2007*. Bogotá D.C., Colombia: Ed. Universidad Externado de Colombia.

- Sentencia, C-1144 de 2000 (Corte Constitucional, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa 30 de agosto de 2000).
- Sentencia, 25000-23-26-000-1996-02482-01 (17.253) (Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio 06 de junio de 2007).
- Sentencia, 85001-23-31-000-2000-00198-01 (20968) (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "A", C.P. Mauricio Fajardo Gómez 09 de mayo de 2012).
- Sentencia, 85001-23-31-000-2000-00202-01 (19730) (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "C", C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa 15 de febrero de 2012).
- Sentencia, 50001-23-31-000-1992-03996-01 (21573) (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "A", C.P. Mauricio Fajardo Gómez 18 de julio de 2012).
- Sentencia, 52001-23-31-000-2000-21279-01 (25.681) (Consejo de Estado, Sección Tercera - Subsección "C", C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa 09 de septiembre de 2013).
- Sentencia, 73001-23-31-000-2003-00243-01 (32.611) (Consejo de Estado, Sección Tercera - Subsección "A", C.P. Mauricio Fajardo Gómez 12 de marzo de 2014).
- Sentencia, 7600-12-33-000-2000-01764-01 (34649) (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "A", C.P. Hernán Andrade Rincón (E) 11 de junio de 2014).
- Sentencia, 19001-23-31-000-2007-00147-01 (41.783) (Consejo de Estado, Sección Tercera - Subsección "C", C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa 24 de agosto de 2016).
- Sentencia, 73001-23-31-000-2007-00709-02 (39692) (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "A", C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera 8 de noviembre de 2016).
- Sentencia, 68001-23-15-000-2002-00265-01 (31430)A (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", C.P. Danilo Rojas Betancourth 02 de mayo de 2016).
- Sentencia de Casación, 11001-3103-012-1999-01957-01 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. William Namén Vargas 30 de agosto de 2011).
- Yong S., S. (2013). *El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación*. Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial Ibañez.