

Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del catálogo en línea, página web y Repositorio Institucional del CRAI-USTA, así como en las redes sociales y demás sitios web de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor, nunca para usos comerciales.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-USTA

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

**Terminación unilateral por incumplimiento previsible como una forma de salvaguardar el
interés público en la contratación estatal**

Sergio Alberto Rueda Caballero

Trabajo de grado para optar por el título de Magister en Derecho

Dirigido por:

Diego Hernando Hernández Velásquez

Abogado

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Humanas

Facultad de Derecho

2020

A mi amada esposa, mi compañera inseparable, mi más grande apoyo y motivación, quien confía en mí y siempre me anima, a ella, con todo mi ser, mil gracias y gracias a Dios porque sin él, nada es posible.

Contenido

Introducción	8
1. Terminación o resolución unilateral por incumplimiento previsible o anticipado	12
1.1. Terminación o resolución unilateral en la contratación privada.....	13
1.2. Terminación o resolución unilateral en el contrato estatal	26
1.3. Tratamiento de la terminación o resolución unilateral por incumplimiento previsible	42
2. La terminación unilateral por incumplimiento previsible y el interés general en la contratación estatal.....	51
2.1. El interés general en la contratación estatal.....	52
2.2. La terminación unilateral por incumplimiento previsible como mecanismo para proteger el interés general en la contratación estatal.	64
3. Condiciones para la aplicación de la terminación unilateral por incumplimiento previsible en los contratos estatales	81
3.1. Conmutatividad de los contratos estatales sujetos al derecho privado e igualdad de las partes.....	81
3.2. Límites a la autonomía de la voluntad y la libertad contractual en los contratos estatales sujetos al derecho privado.	85
3.3. Buena fe contractual, abuso del derecho y otras condiciones como límites que viabilizan la terminación unilateral por incumplimiento previsible.....	90

3.4. Parámetros para calificar un hecho como incumplimiento previsible en las relaciones contractuales.	92
Conclusiones	102
Referencias.....	107

Resumen

Este trabajo analiza la terminación unilateral por incumplimiento previsible y su desarrollo en el ordenamiento jurídico colombiano, para luego revisar cómo esta figura jurídica podría servir, en el marco de la contratación estatal, para proteger el interés general, estableciéndose unas condiciones a partir de los principios generales del derecho, la doctrina y de la jurisprudencia, que permitan utilizar y aplicar este tipo de cláusulas en los contratos estatales sin que se socave su conmutatividad.

Abstrac

This degree work analyzes the unilateral termination for anticipatory breach of contract and its development in the Colombian legal system, for later verify how this legal figure can be used, within the framework of state contracting, to protect the general interest, settling down conditions from the general principles of law, doctrine and jurisprudence, which make it possible to use and apply this type of clause in state contracts without undermining their commutativity.

Introducción

En la actualidad, el ordenamiento jurídico colombiano prevé prerrogativas dentro de la relación jurídico contractual Estado – Particular, que buscan salvaguardar el interés público y garantizar el cumplimiento de los fines del Estado; a estas se le denominan cláusulas exorbitantes (Osorio, 2013, p. 102). El uso de estas cláusulas excepcionales está supeditado, en la mayoría de las veces, al incumplimiento efectivo del contratista.

Así, por ejemplo, el uso de la terminación o resolución unilateral y la declaratoria de caducidad, está supeditado, en la mayoría de las veces (aunque siempre, en el caso de la caducidad) al incumplimiento efectivo del contratista, siendo necesario que la administración sufra cierto grado de perjuicio representado en la insatisfacción efectiva de algunas de las obligaciones contraídas por la otra parte. Siendo así previsible el perjuicio, no hay más remedio que esperar a que éste se produzca, para que el Estado pueda actuar. Además, como facultades exorbitantes que son, solo se pueden aplicar “después de agotar otros mecanismos para la debida ejecución del contrato” (Corte Constitucional, sentencia C-1436, 2000).

De esta manera, si tenemos en cuenta que proteger el interés general, es el fin fundamental de la contratación estatal (Corte Constitucional, Sentencia C-713, 2009) y que para tal fin han sido concebidas también las cláusulas exorbitantes mencionadas (Osorio, 2013), resulta por lo menos paradójico que, para hacer uso de estas últimas, el bien que se busca proteger tenga que ser socavado en alguna medida.

La socavación del interés general se da con la paralización de los Servicios Públicos que presta el Estado o con el desgredo patrimonial que pueda sufrir la administración a partir del incumplimiento de algún contratista; daños que se reflejan directamente en una mengua de la

calidad de vida de la población. Los Servicios Públicos en especial, constituye, en un Estado como el colombiano, la satisfacción de necesidades fundamentales para los individuos. También brindan el soporte a partir del cual se desarrollan los ciudadanos individualmente considerados, así como las estructuras económicas que impulsan el crecimiento del país. La prestación de los servicios públicos constituye entonces una parte esencial del Estado Social de Derecho y puede definirse en los siguientes términos:

Se entiende por servicio público toda actividad organizada tendiente a resolver necesidades de interés general, colectivas o públicas de la población, en forma regular, continua y obligatoria, de acuerdo con un régimen jurídico especial de derecho público, con la participación activa de la Administración Pública en la prestación directa, en su regulación y control. Los servicios públicos son aquellas actividades que satisfacen necesidades colectivas, generalmente esenciales, que deben ser ofrecidos en forma universal, obligatoria, continua y en condiciones de igualdad y calidad, a toda la comunidad. (Matías, 2014, p. 318)

No obstante la importancia del cumplimiento de los servicios a cargo del Estado y de los problemas que el cese de los mismos acarrea, sucede por ejemplo que, a pesar que sea evidente y haya certeza que el contratista no va a poder cumplir con las obligaciones contraídas con la firma del contrato estatal y que todo decantará en la paralización de los servicios a su cargo, le es imposible a la administración, por lo general, terminar la relación contractual y dar paso a un nuevo proceso licitatorio que permita, si no la ininterrupción, por lo menos la rápida reanudación del servicio contratado, con lo que se evitaría también la mengua del patrimonio público y se

privilegiaría el bienestar social al no permitir la concreción de un perjuicio efectivo, protegiéndose de esta manera, el interés general.

En este estado de cosas, aún hay espacio para proponer nuevos mecanismos jurídicos que ayuden a salvaguardar el patrimonio público y garantizar la efectiva prestación de los servicios a cargo del Estado. Por esta razón, en el caso concreto, la posibilidad de implementar la terminación unilateral por incumplimiento previsible en el marco de la contratación estatal, siendo prácticamente inexplorada en el contexto jurídico colombiano, puede constituir una herramienta que ayude a garantizar la continua prestación de los servicios públicos a cargo del Estado y la protección del patrimonio público de una manera más eficiente, en tanto que no limitaría el actuar de la Administración a la realización del incumplimiento por parte del contratista, sino que le permitiría actuar con anterioridad, bajo ciertas condiciones a determinar.

Este mecanismo de resolución contractual por el cual, “si antes de la fecha del incumplimiento resulta claro que una parte incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver unilateralmente el contrato” (Ternera, 2007, p.360), se encuentra previsto de forma restringida únicamente para los contratos de compraventa internacional de mercaderías en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo tanto, una análisis para su implementación en materia de contratación estatal, si bien debe fundarse preponderantemente en la preservación del interés general, también debe garantizar suficientemente los derechos de los contratistas cumplidos, quienes esperan cierta seguridad jurídica y condiciones de relativa igualdad, que garanticen su posición contractual en tanto cumplan con sus obligaciones, siendo importante armonizar esta institución con estas aspiraciones, atendiendo al carácter conmutativo de los contratos estatales (Ley 80, 1993, art. 28).

Adicionalmente, desde una perspectiva dogmática, el análisis propuesto sobre la posible aplicación de la terminación o resolución unilateral por incumplimiento previsible en el ordenamiento jurídico local, en particular, en la contratación estatal, aporta análisis, conceptos y conclusiones que contribuyen a la discusión frente al cambio de paradigma que cierto sector de la doctrina propone (Hinestrosa, 2016; Molina, 2009; Rengifo, 2014; Botero, 2007) y tímidamente la jurisprudencia recoge, donde se presenta la posibilidad de la resolución unilateral sin intervención judicial *ex ante*, como una forma válida de terminación de contratos que no es excepcional o exorbitante y en consecuencia aplica tanto en lo público como en lo privado.

Es en el marco de este cambio de paradigma donde se ubica el análisis que se pretende hacer, cuyo beneficio práctico, en general, no sería otro que, dinamizar la recirculación de bienes y servicios, salvaguardar los intereses económicos de la parte cumplida (que para el caso del Estado será el patrimonio público) y proteger los derechos de los ciudadanos representados en la continua prestación de los Servicios Públicos, en una realidad donde la sociedad, dado el marco económico vigente, depende de manera importante del Estado para satisfacer sus necesidades esenciales que, como tales, deben estar sujetas a la garantía de la ininterrupción.

De acuerdo con lo expuesto, se debe resolver la siguiente pregunta: ¿Cómo puede incorporarse la terminación unilateral por incumplimiento previsible a los contratos estatales en el marco jurídico vigente, garantizando el interés general y el carácter conmutativo del contrato? Para dar respuesta a este interrogante, se analiza el tratamiento jurídico de la terminación unilateral por incumplimiento previsible en ordenamiento colombiano vigente; se establece teóricamente de qué forma coadyuva a garantizar el interés general representado en la preservación de los recursos públicos y en la garantía de la prestación de los servicios públicos; y

se señalan unas condiciones jurídicas que viabilizarían la aplicación de esta figura en los contratos estatales, teniendo en cuenta que es un tema de escasa documentación investigativa.

Ante esta cuestión, se plantea como hipótesis que la terminación o resolución unilateral por incumplimiento previsible, puede incorporarse a los contratos estatales sujetos al derecho privado, justificada en la protección del interés público y la libertad contractual, sin que se vea afectada la conmutatividad del contrato, siempre que se pacten las causales expresas y precisas que podrían dar lugar a su aplicación por parte de la administración.

Por último, se desarrolla el presente escrito desde los parámetros de la investigación jurídica de tipo dogmática, en la cual se hace un análisis descriptivo de la institucionalidad jurídica, el desarrollo normativo y jurisprudencial.

1. Terminación o resolución unilateral por incumplimiento previsible o anticipado

Uno de los rasgos que caracterizan al contrato estatal frente al privado es que en el primero, la Administración goza de ciertas prerrogativas de carácter exorbitante, justificadas en la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y eficiente de los servicios públicos y, por consiguiente, en la prevalencia del interés general, lo que hace que la relación contractual entre el Estado y el contratista sea desigual, deliberadamente desequilibrada en provecho de aquel, con miras, por supuesto, al cumplimiento de su finalidad. Ello se observa en las potestades sancionadoras, como la caducidad, la terminación unilateral, las multas y las cláusulas penales pecuniarias, entre otras.

En el contrato privado los particulares no gozan de facultades exorbitantes, pues se rigen por el principio de la igualdad jurídica de las partes, considerado un axioma del derecho privado. No obstante, existe la figura de la terminación unilateral del contrato por incumplimiento de una de

las partes, la cual, en principio, debe ser declarada judicialmente, y la terminación unilateral *ad nutum* en donde se autoriza a una o a ambas partes a poner fin a una relación contractual de manera discrecional.

En este apartado se aborda la terminación unilateral en el contrato privado, en el contrato estatal, y dentro de éste la terminación unilateral por incumplimiento, como primer paso necesario para resolver el problema de investigación planteado, pues una comprensión de esta figura permitirá entender la forma en que se articula con el incumplimiento previsible en el marco jurídico vigente.

1.1. Terminación o resolución unilateral en la contratación privada

En el derecho de los contratos se contempla la disolución del vínculo contractual por decisión unilateral de una de las partes, bien en los contratos de duración indefinida o en aquellos, de duración determinada, en los que la confianza recíproca de las partes no puede faltar en ningún momento. Para los primeros se justifica, afirma Navia (2008), en que los compromisos perpetuos están prohibidos en la medida en que eliminan la libertad misma de los contratantes. Por ello, cualquiera de las partes puede, en cualquier momento, durante su ejecución, ponerle fin a la relación contractual, aunque no siempre de manera completamente discrecional, pues en ocasiones la propia ley exige el cumplimiento de determinados requisitos o la existencia de una justa causa (p. 36). Ejemplo de esto último es el contrato de suministro sin estipulación de duración conforme a lo dispuesto en el artículo 977 del Código de Comercio (C. Co); mientras que, como ejemplo de terminación contractual unilateral discrecional, se presenta el contrato de transporte, cuando el pasajero desiste del transporte contratado con derecho a la devolución total

del pasaje conforme a dispuesto en el artículo 1002 (C.Co). En otras ocasiones, sobre la base de la comprobación de un ejercicio abusivo de su derecho, son los jueces quienes sancionan a la parte que rompe, en forma abrupta e intempestiva, un contrato sin plazo fijo, condenándola a indemnizar perjuicios (Navia, 2008, p. 37).

Para los segundos contratos -celebrados *intuitus personae*-, la justificación se encuentra en que la confianza no puede faltar en ningún momento, aunque se acepta generalmente que la facultad de disolver unilateralmente el vínculo contractual solo existe cuando una norma expresamente confiere esa posibilidad (vg. la revocación o renuncia en el mandato o en el contrato de depósito) (Navia, 2008, p. 38).

La terminación unilateral, afirma Molina (2006), se caracteriza por su carácter unilateral, potestativo, liberatorio y recepticio. Es unilateral, porque depende de la voluntad de uno de los contratantes (p. 135), si se presentare un intercambio de voluntades encaminado a dar por terminado el contrato, entonces habría mutuo disenso y no la figura en mención. Es potestativa, puesto que el ejercicio del derecho de terminación unilateral no depende de la ocurrencia de un hecho sino de la sola voluntad de su beneficiario; aunque frente a esta característica debe tenerse en cuenta que solo aplica para la terminación unilateral *ad nutum* (p. 135). Es liberatoria, porque permite a su autor liberarse de una relación contractual debido a sus efectos extintivos, sin perjuicio de obligaciones postcontractuales o de liquidación que pudieren existir a cargo de una o de ambas partes (Molina, 2006, p. 135). Sobre este punto señala Bohórquez (2009) que los efectos extintivos tienen la particularidad de que, en principio, sólo se producen hacia el futuro, lo cual se explica por los objetivos que persigue la terminación unilateral: hacer cesar un contrato cuya ejecución se prolonga en el tiempo (p.189). Finalmente, la terminación unilateral tiene carácter recepticio, es decir, que debe ser puesta en conocimiento de la otra parte para que

produzca efectos con el objeto de prevenir al contratante que la soporta, para que tome las medidas que considere apropiadas a fin de evitar o atenuar los perjuicios que la extinción del contrato le pudiere ocasionar (Molina, 2006, p. 136).

En Colombia el tema es regulado fragmentariamente, a través de las disposiciones específicas de diferentes contratos de ejecución sucesiva en las cuales se sujeta su ejercicio a unas condiciones respecto de su titular, la forma y el momento. En cuanto al titular, se considera como tal a la parte autorizada para dar por terminada libre y unilateralmente una relación contractual. Salvo algunas excepciones, la titularidad del derecho de romper unilateralmente está marcada por la reciprocidad, en la medida en que cualquiera de los contratantes puede ser autor o receptor de la terminación. Respecto de la forma, esta podrá ser la sola manifestación de voluntad de una de las partes, o la solicitud ante un juez para que la declare o autorice. Habrá ocasiones en que éste ejercerá un control a posteriori, a solicitud de la parte terminada, para verificar la regularidad de la ruptura, tratándose de terminación unilateral sin intervención judicial. Tampoco es necesario que la declaración de terminación sea aceptada por el otro contratante, pero sí es obligatorio ponerla en conocimiento de la otra parte, ya que sólo en esa medida producirá efectos. El desconocimiento de la forma contractual o legal tiene por consecuencia la ineficacia de la terminación, lo que se explica por el carácter recepticio del acto de terminación unilateral, cuyos efectos sólo se producen cuando la decisión de ruptura ha sido debidamente comunicada a la otra parte (Molina, 2006, p. 132).

Respecto del momento, se contempla el requisito de preaviso entendido como “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, 1999, p. 123). Este lapso debe permitir a su beneficiario tomar las medidas necesarias para la protección

de sus intereses antes de la terminación del vínculo. Su duración es fijada principalmente por el contrato y la ley y, subsidiariamente, por la costumbre y la buena fe. Sin embargo, advierte Ospina (1994), en algunos casos la ley impone un plazo mínimo de preaviso que no puede ser desconocido: diez días para el asegurador (art. 1071 C. Co.), y treinta días para cualquiera de las partes en el contrato de cajillas de seguridad (art. 1419 C. Co.). Quince días en el contrato de apertura de crédito y descuento (art. 1406 C. Co.), doce horas en el contrato de hospedaje (art. 1197 C. Co.), o un año en el arrendamiento de predios rústicos (art. 2043 C. C.) (p. 32).

Así mismo, cuando la ley no fija un plazo de preaviso y el contrato guarda silencio al respecto, será necesario remitirse a la costumbre, como en el contrato de suministro (art. 977 C. Co.). El C.Co habla de una anticipación acorde con la naturaleza del contrato (art. 977) y de una prudencial antelación según la naturaleza de la cosa (art. 1174), de donde se desprenden como parámetros comúnmente aceptados: la antigüedad de la relación contractual, la situación de dependencia económica en que pueda encontrarse un contratante con respecto a otro, la magnitud de los intereses financieros en juego, etc. (Molina, 2006, p. 149).

De igual forma, en los casos en que no es clara la duración del preaviso, la buena fe cumple la tarea de precisar esa anticipación con razonable o prudencial antelación, teniendo en cuenta que:

los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y, en consecuencia, obligan no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponde a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural (art. 871 C. Co.).

También las partes pueden regular el ejercicio de la terminación unilateral si durante la celebración de un contrato estipulan una cláusula que permita a una de ellas, o a ambas, darlo por terminado libremente. También si convienen una restricción o una supresión de dicha facultad. El pacto de terminación unilateral en estos términos es una condición resolutoria meramente potestativa, la cual es válida porque no afecta la existencia de la obligación o la formación del contrato sino únicamente su extinción (Corte Suprema de Justicia, sentencia del 23 de febrero de 1961, G. J. XCIV, 549).

Lo anterior deja de presente que la terminación unilateral puede tener su fuente en la ley o el contrato, y por tanto el soporte de su validez. Así, el artículo 1602 del Código Civil (C.C) establece que “el contrato es ley para las partes y que no puede ser invalidado sino por mutuo acuerdo o por causas legales”. Esas causas legales corresponden en buena medida a normas que facultan a una o a ambas partes a poner fin a un contrato de manera unilateral (Sanabria, 2007, p. 159).

En la Ley se encuentran:

Contrato de arrendamiento de cosas. La ley confiere al arrendatario un derecho de desistimiento o de ruptura unilateral por el incumplimiento del arrendador en dos hipótesis: (1) cuando el arrendador por hecho o culpa suya o de sus dependientes se ha puesto en imposibilidad de entregar la cosa (art. 1983 C. C.); y (2) cuando el arrendador por hecho o culpa suya o de sus dependientes es constituido en mora de entregar, y, además, por el retardo disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato (art. 1984 C. C.).

Contrato de suministro. El artículo 973 del C.Co señala lo siguiente:

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.

La expresión “dar por terminado” está consagrando una facultad de ruptura unilateral.

Agencia comercial. El artículo 1325 del C.Co autoriza a cualquiera de las partes a poner fin unilateralmente al contrato de agencia comercial en caso de incumplimiento.

Mandato. El Art. 2185 del C.C contempla que el mandante que no cumple aquello a que es obligado, autoriza al mandatario para desistir de su encargo. Así mismo, el artículo 1279 del C.Co señala que el mandante podrá revocar total o parcialmente el mandato, a menos que se haya pactado la irrevocabilidad o que el mandato se haya conferido también en interés del mandatario o de un tercero, en cuyo caso solo podrá revocarse por justa causa. Se observa así no solo la facultad de terminación unilateral por incumplimiento sino por voluntad de uno de los contratantes.

Servicios públicos domiciliarios. El artículo 141 de la Ley 142 de 1994 faculta a la empresa prestadora del servicio “a tener por resuelto el contrato y a proceder el corte del servicio” en caso de incumplimiento grave por parte del usuario.

Contrato de trabajo. El artículo 63 del Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T) faculta tanto al empleador como al trabajador para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo en múltiples hipótesis.

De lo anterior se desprende que, como especie de la terminación unilateral en los contratos privados, la ley contempla la terminación unilateral por incumplimiento. Pero también se contempla la terminación unilateral por motivos diferentes al incumplimiento, denominada *ad nutum*, en virtud de la cual una de las partes por su sola voluntad pone fin hacia el futuro a un contrato de ejecución sucesiva sin necesidad de invocar justa causa ni acudir al juez (Molina, 2006, p. 135).

Messineo (1952) se refiere a ella como:

El medio para disolver la relación nacida del contrato, por la sola voluntad e iniciativa de una de las partes, sin necesidad de demanda judicial ni de juicio; basta que el que desiste comunique a la contraparte su decisión. Es por lo tanto un caso de derecho potestativo que, ejercitado, actúa extrajudicialmente (p. 420).

Esa facultad de terminación unilateral opera como un elemento natural en la mayoría de contratos de tracto sucesivo cuando no se pactó término de duración, verbigracia, en el C.C: arrendamiento de cosas (art. 2009) y arrendamiento de predios rurales (art. 2043); y en el C.Co: suministro (art. 977), depósito (art. 1174), hospedaje (art. 1197), cuenta corriente mercantil (art. 1261), consignación (art. 1381), apertura de crédito (art. 1406) y cajillas de seguridad (art. 1419). También en otros contratos en los que por diversas razones se permite a una o a ambas partes con independencia de que exista o no un término de duración, como, por ejemplo, la cuenta corriente bancaria (art. 1389. C. Co.), el contrato de seguro (art. 1071 C. Co.), el contrato de transporte (art. 1002 C. Co.).

Su consagración es consecuencia natural y lógica del hecho de pactarse un contrato a término indefinido, pues cuando no estipulan un término de duración, tácitamente están conviniendo las partes que desean vincularse, pero sólo mientras exista interés en el objeto del contrato, de tal suerte que, perdido ese interés, el contrato deja de tener sentido y cada uno puede recobrar su libertad sin trabas (Molina, 2006, p. 142). Se protege así la libertad que las partes desean conservar cuando deciden vincularse contractualmente, pero sin atarse a un término específico.

Existen diferencias en cuanto a su finalidad y efectos entre la cláusula de terminación unilateral *ad nutum* y la de terminación unilateral por incumplimiento. La primera permite a su beneficiario liberarse de un contrato sobre el que ha perdido interés y, puesta en práctica, tiene efectos hacia el futuro. La segunda tiene por objeto sancionar el incumplimiento de un contrato, puede producir efectos retroactivos y da lugar a indemnización de perjuicios (Sanabria, 2007, p. 160). Esta última, es denominada por algún sector de la doctrina como *resolución*, diferenciándola de la primera (que sí sería terminación) a partir de sus efectos, atendiendo a la referencia que de ella hacen los artículos 1546 y 1930 del C.C y a la diferenciación que adopta el C.Co al acoger la distinción doctrinal y jurisprudencial entre *resolución* y *terminación*, la primera con efectos retroactivos y reservada para contratos de ejecución instantánea, y la segunda con efectos hacia el futuro y aplicable a contratos de ejecución sucesiva (Molina, 2006, p.131). Sin embargo, hay otros autores que hacen uso indistinto y general de los términos *resolución o terminación* cuando esta se deriva del incumplimiento y se ejerce unilateralmente, como sucede por ejemplo con Molina (2009, p. 89). En este trabajo se hará un uso indistinto de los términos *resolución o terminación*, como lo hace este último sector doctrinal, ya que el propósito de esta investigación no consiste en analizar los efectos particulares de la terminación y la resolución,

sino el fenómeno mismo de la extinción de la relación contractual de forma unilateral por una de las partes con ocasión del incumplimiento de la otra.

Además, por disposición legal, todo contrato bilateral lleva envuelta la facultad que permite que las partes terminen el contrato unilateralmente; o lo que es más exacto: el incumplimiento de una de las partes faculta a la otra para dar por terminado el contrato. Es la denominada condición resolutoria tácita, prevista en el artículo 1546 del C.C y regulada en forma muy similar en el artículo 942 del C.Co.

La cláusula resolutoria expresa u ordinaria como la denomina Alessandri (1983) para, según él, distinguirla del pacto comisorio, es la estipulada por las partes en el contrato “y consiste en un hecho cualquiera que no sea el incumplimiento de la obligación contraída” (p. 192). Contraria a esta posición clásica, Molina (2009) opina que tal afirmación por parte de la mayoría de la doctrina carece de lógica, ya que no existe restricción al concepto de condición como hecho futuro e incierto, además que resulta ilógico también, “sostener que vale como condición resolutoria cualquier hecho, pero no el incumplimiento” (p. 93).

De esta forma, Molina (2009) señala:

El contrato es la otra fuente de terminación unilateral por incumplimiento. En efecto, por medio de una cláusula es posible pactar que el incumplimiento de cualquiera de los contratantes generará la terminación de pleno derecho del contrato. O lo que es más exacto: que el incumplimiento de una de las partes facultará a la otra para dar por terminado el contrato. A estas cláusulas se les conoce comúnmente como cláusulas resolutorias expresas o pactos comisorios (p. 88).

Valga la pena traer a colación la figura del pacto comisorio y sus diferencias con la terminación unilateral, aquí estudiada. Consagrada en el artículo 1935 del C.C, contempla la situación en la cual queda resuelto el contrato de venta con ocasión del no pago del precio en el tiempo convenido (Forero, 2003, p. 10). El pacto comisorio puede ser simple o calificado. Será calificado si se estipula la resolución *ipso facto*, de lo contrario será simple, con lo cual sus efectos serán idénticos a la de la condición resolutoria tácita prevista en el artículo 1546 del C.C (Navia, 2008, p. 40). En todo caso, estos efectos resolutorios pueden enervarse si el comprador paga el precio dentro de las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda (artículo 1937 C.C). Significa lo anterior que, el contrato no se resuelve inmediatamente, sin intervención judicial, *o ipso facto*, como dice la norma, sino que se requiere demanda judicial del vendedor insatisfecho y, por supuesto, la respectiva sentencia que declare disuelto el contrato (Rengifo, 2012, p. 16).

Así la regla general es que la resolución en virtud de un pacto comisorio no opera automáticamente. Se exige siempre un previo pronunciamiento judicial, o sea, la parte cumplida no puede, ante la inejecución en que haya incurrido la otra y por su sola determinación unilateral, desvincularse del contrato; y en esa medida se diferencia de la terminación unilateral estudiada que en principio no requiere declaración judicial.

Para Molina (2009), las normas que regulan el pacto comisorio son de carácter excepcional y aplican únicamente a la hipótesis de incumplimiento de la obligación del comprador de pagar el precio en el contrato de compraventa. Por lo que los efectos especiales contemplados para dicho pacto, no pueden hacerse extensivos a otros contratos por ser normas especiales y restrictivas (p. 41).

En consecuencia, distinto será el pacto entre las partes de resolución o de terminación por incumplimiento con fundamento en la autonomía de la voluntad respecto del pacto a que refieren los artículos 1935 y siguientes del C.C.

Ahora bien, tratándose ya sea de resolución o de terminación, Camacho y Ternera (2013), apoyados en los artículos 1546 C.C y 870 C.Co señalan que “en Colombia en materia de resolución hay una regla bien clara: la resolución es judicial” (2013, p. 41) Molina (2009) explica que esta conclusión ha sido asumida tradicionalmente por la doctrina con fundamento en las normas precitadas, porque resulta obvio para la mayoría (aunque para él no tanto), que, a pesar que la norma no se refiera al juez o a lo judicial, cuando el legislador habla de “pedir a su arbitrio la resolución o el cumplimiento del contrato” (artículo 1546 C.C.), “esa solicitud no puede formularse sino al juez” (Molina, 2009, p. 78).

Botero (2007) describe otros argumentos estructurados por la doctrina tradicional para sostener la idea de un régimen general de resolución de tipo judicial. El primero de ellos estriba en lo contenido en el artículo 1535 C.C. donde estableció el legislador que, “son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga” (p.366). Por lo tanto, siendo considerada la terminación unilateral una condición potestativa, resulta entonces invalida (Botero, 2007).

Otro argumento que se esgrime al respecto, es la interpretación del artículo 1602 C.C., que se ha entendido como una limitación a la finalización unilateral del vínculo contractual, pues la norma contempla que el contrato solo puede ser invalidado por el mutuo acuerdo de las partes o por causas legales, “y si se revisan las “causas legales” de “invalidación”, no se encuentra, en principio, el desistimiento” (Botero, 2007, p. 366). Rengifo (2014), también describe todos estos

argumentos, sumándole a los mismos la “ausencia del desistimiento unilateral como causa de extinción de las obligaciones” (p. 95).

Al respecto, se dice también que, si la terminación unilateral en el derecho público es calificada de privilegio extraordinario o excepcional a favor de las entidades estatales, resulta entonces lógico concluir que le es exclusiva y por tanto diferente a las que normalmente se reconocen a los contratantes en el derecho privado (Botero, 2007, p. 367). Aunque contra este argumento Molina (2009) señala que, en el derecho privado, donde la autonomía de la voluntad es la regla y las normas imperativas son la excepción, “es inadmisibles sostener que como la terminación unilateral no está prevista, entonces está prohibida” (p. 91).

Sobre este particular, sostiene Ternera (2007) que, “en el derecho privado contemporáneo resaltamos que no es una tendencia generalizada la consagración de regímenes de resolución judicial” (p. 364).

Esta posición de parte de la doctrina, concuerda con lo regulado por varios instrumentos internacionales respecto a la resolución unilateral. Así, por ejemplo, la Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercadería (2011), en adelante la Convención de Viena, aprobada por Colombia mediante Ley 518 de 1999, prevé en su artículo 48 la posibilidad para el comprador de declarar resuelto el contrato en caso de incumplimiento esencial de las obligaciones del vendedor.

El artículo 7.3.1 de los PRINCIPIOS UNIDROIT (Instituto International para la Unificación del Derecho Privado, por sus siglas en francés) contempla también la posibilidad de la terminación unilateral del contrato en caso de que se presente un incumplimiento esencial. En idéntico sentido se haya esta posibilidad en el artículo 9:301 de los Principios de Derecho

Europeo de los Contratos (2000), al facultar a las partes para “resolver el contrato si existe un incumplimiento esencial de la otra parte”.

Aunque no es un instrumento internacional, se considera necesario referir el artículo 114 del Código Europeo de los Contratos (Academia de Pavia, 2009), también conocido como Proyecto de Pavia o Proyecto Gandolfi (Navia, 2008), que se refiere expresamente a la facultad que le asiste al acreedor de resolver el contrato en condiciones que dependen de si la condición resolutoria fue o no prevista por las partes en el contrato.

Parte de la doctrina, con la que concordamos, alineada con esta última posición, ha venido sosteniendo que la terminación unilateral es válida. Por ejemplo, Botero (2007), hablando de resolución unilateral, a la que denomina desistimiento, afirmó que “en ausencia de textos legales que regulen la materia, ocurre algo parecido a lo que acontece en el derecho colombiano con las cláusulas exonerativas de responsabilidad, son válidas” (p. 389).

Por su parte, Rengifo (2014) sostiene:

Ahora bien, si la terminación unilateral (resciliación) ha sido diseñada por las partes en virtud de un pacífico ejercicio de la autonomía privada, esto es, mediante cláusula a propósito previamente discutida entrambas, o por lo menos suficientemente expuesta, creemos que su legalidad es indiscutible; por el contrario, si su predisposición, o mejor, su ejercicio o aplicación resulta irrazonable (desleal), desproporcionada, contraria a la buena fe, así debería ser juzgada en sede judicial (p. 106).

Molina (2009), en este mismo sentido, agrega que:

Con fundamento en la autonomía de la voluntad y en el espíritu de las normas atrás señaladas, es posible concluir que son igualmente válidas tanto las cláusulas que autorizan a dar por terminado unilateralmente un contrato de manera discrecional, como las que facultan a hacerlo cuando hay incumplimiento (p. 92).

No obstante, aunque en principio la regla general es la necesidad de intervención judicial para que se decrete la resolución o la terminación, “existen varias excepciones previstas por el legislador en las que se autoriza a una de las partes a romper unilateralmente el contrato en caso de incumplimiento de la otra” (Molina, 2006, p. 131), tal como se ha indicado líneas arriba en este capítulo.

A manera de conclusión, en el ordenamiento jurídico colombiano, la terminación o resolución unilateral del contrato privado por incumplimiento de una de las partes o *ad nutum* es posible sin intervención judicial, fundamentado en la voluntad de las partes expresada en el contrato o en la Ley, cuando ella expresamente lo prevé, aunque la doctrina no es pacífica sobre la materia. En todo caso, la terminación unilateral presenta un matiz diferente cuando es la Administración Pública una de las partes del contrato, tal como se analizará en el siguiente título.

1.2. Terminación o resolución unilateral en el contrato estatal

Enseña Gil (2012) que la contratación estatal constituye una de las principales herramientas para el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción de los servicios públicos. Es por ello que el legislador quiso dotar a las entidades públicas de un amplio abanico de prerrogativas y

potestades, que les permitieran ejercer un control más intenso sobre la ejecución del contrato y garantizar a cabalidad el cumplimiento de tales fines (p. 3).

La terminación unilateral es una potestad de las entidades contratantes para terminar el contrato de forma anticipada, cuya razón de ser es la preservación del orden jurídico y el interés público, por lo cual no es de naturaleza sancionatoria [Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia. Radicación (20968), 2012] y su aplicación requiere considerarse en contexto con las normas administrativas, puesto que, como señala Amazo (2007), ninguna actuación administrativa es posible sin la previa atribución normativa, o desconociendo principios y valores que fundan el ordenamiento jurídico (p. 182).

Esta potestad se encuentra reglada en el Estatuto de Contratación Estatal -Ley 80 de 1993- y hace referencia a dos supuestos: el primero, la terminación unilateral propiamente dicha contemplada en los artículos 14¹ y 17 y, el segundo, la terminación unilateral por causales de nulidad, artículos 44 y 45 del mismo cuerpo normativo. En ambos casos debe ser declarada mediante acto administrativo debidamente motivado en el que se expliquen con detalles las razones que la sustentan y no procede a favor del contratista en ninguna circunstancia, ni siquiera el incumplimiento por parte de la entidad.

¹ “De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

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

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley. (...)”

Como señala el Consejo de Estado:

(...) la potestad exorbitante que tiene la Administración de dar por terminado el contrato no es una facultad discrecional, sino que debe cimentarse en las causales previstas en la Ley y por consiguiente en ningún caso puede soportarse la decisión en una cláusula contractual que no tenga correspondencia con una causa legalmente prevista. Y como la determinación que haya de tomar la Administración debe verterse en un acto administrativo, éste no sólo debe ser comunicado, sino que además debe ser debidamente motivado y en su producción ha debido hacerse efectivo el debido proceso permitiendo la audiencia y la defensa del contratista [Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia. Radicación (24510), 2013].

Dichas causales de terminación unilateral presentan como característica en común que son sobrevinientes, y en cada caso comprenden:

Terminación por exigencias de orden público y situaciones de orden público (Ley 80, 1993, art. 17, numeral 1). Se presenta cuando:

El objeto de un contrato estatal que se está ejecutando, al final resultará siendo más perjudicial a la comunidad, o ya se ha perdido la necesidad que se iba a atender, por razones del mismo servicio público, el contrato debe terminarse pues

ejecutarle resulta más oneroso o perjudicial para la comunidad (Palacio, 2014, p. 488).

Se trata de una causal de aplicación restrictiva y excepcional, por lo que cuando la entidad decide terminar el contrato con fundamento en ella, no basta sólo con afirmar que el contrato se termina “por razones de orden público”, sino que es necesario explicar expresa y detalladamente cuáles son dichas razones; las cuales en ningún caso podrán ser, entre otras, el hecho de que se haya agotado el presupuesto para seguir adelante con la ejecución del contrato, o de que no se cuente con todos los requisitos que éste precisa para su ejecución, como sería el caso de las respectivas licencias que se exigen para el desarrollo de ciertos proyectos. En palabras del Consejo de Estado:

No podrá limitarse a afirmar la entidad contratante en forma genérica que la medida obedece a "razones de orden público" o "se estima conveniente" o "el orden público así lo exige", porque este equivale, como se dijo, a no decir nada. “Las razones de orden público o de interés general, genéricamente conocidas como de conveniencia, esgrimidas por la administración deben tener entidad y relevancia y son controlables jurisdiccionalmente. Como lo ha dicho la jurisprudencia esas razones están envueltas en el control de legalidad y no en el simple control del mérito. Control de legalidad que se extiende no sólo a constatar la veracidad de los motivos expuestos, sino también a evaluar la seriedad, la pertenencia de estos y la proporcionalidad con la medida tomada [Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia. Radicación (3106), 1990].

En otros términos, el orden público no se puede convertir en un comodín o excusa que la entidad pueda usar cuando considera que no será posible llevar a feliz término la ejecución del contrato, y menos aún puede servir para ocultar los errores de improvisación en que haya incurrido la entidad.

Terminación por muerte o incapacidad del contratista o por disolución de la persona jurídica (Ley 80, 1993, art. 17, numeral 2). Si se trata de muerte, procede cuando esta es real o ha sido declarada judicialmente; si recae sobre uno de los miembros del consorcio o unión temporal, también habrá lugar a declarar la terminación unilateral del contrato, al estar prohibida la cesión entre sus integrantes (Ley 80, 1993, art. 9). Si se trata de incapacidad, esta deber ser tal que impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades del contratista. Como enseña la Corte Constitucional:

En caso de incapacidad física del contratista, la administración deberá evaluar la situación concreta, y determinar, según sea conveniente, la posibilidad de que éste continúe con la ejecución del contrato hasta tanto sea posible, pues pueden presentarse situaciones en las cuales la persona a pesar de su incapacidad física permanente puede dar ejecución total al contrato. Así, es claro que, para la aplicación de la figura, es necesario que exista relación de causalidad entre la incapacidad física con la imposibilidad del cumplimiento del contrato. (Corte Constitucional, Sentencia C-454, 1994).

Así mismo, si se trata de la disolución de la persona jurídica, debe ser de carácter judicial, pues si se produce por un acto de voluntad de los socios, no procederá, toda vez que una sociedad que se encuentre en estado de disolución, pero no esté liquidada, mantiene su capacidad jurídica para cumplir las obligaciones que había adquirido antes de la disolución, lo que no puede es adquirir nuevas obligaciones (Gil, 2012, p. 34).

Terminación por interdicción judicial de declaratoria de quiebra del contratista (Ley 80, 1993, art. 17, numeral 3). Esta causal sólo procede cuando la providencia que declara la insolvencia se encuentre debidamente ejecutoriada (Gil, 2012, p. 34).

Cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato (Ley 80, 1993, art. 17, numeral 4). Busca garantizar que el contratista tenga la suficiente capacidad financiera para continuar ejecutando el objeto del contrato. Por tanto, en relación con el embargo judicial, no siempre que se decreta esta medida procederá, pues para ello debe afectar gravemente el cumplimiento del contrato, por ejemplo, el embargo sobre los objetos o maquinarias que el contratista empleaba para desarrollar el objeto del contrato, siempre y cuando ello conduzca a la paralización de la obra. (Gil, 2012, p. 34).

Ahora bien, en cuanto a las ***causales de nulidad*** (Ley 80, 1993, art. 44 y 45) que disponen la terminación unilateral del contrato, se contemplan: i) cuando el contrato se celebre con “personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley”, ii) cuando “se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”, y iii) cuando “se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamentan”.

Esta potestad otorgada directamente a las entidades estatales está encaminada única y exclusivamente a terminar el contrato cuando se evidencie la existencia de alguna de dichas

causales, de forma tal que no tiene competencia la entidad para declarar la nulidad absoluta del contrato, pues ello le corresponde al juez natural del contrato. Al respecto, para el Consejo de Estado:

Si bien algunas de las causales legales de nulidad absoluta de los contratos estatales, esto es las previstas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80, constituyen a la vez razón para que deba disponerse, por parte de la entidad estatal contratante, la terminación unilateral del respectivo contrato estatal, ello no puede servir de fundamento para confundir esas figuras, puesto que son muchas y muy profundas las diferencias que pueden establecerse entre la nulidad absoluta y la terminación unilateral, así ésta tenga por causa la misma hipótesis normativa de aquella.

La terminación unilateral sólo tiene como propósito y efecto la finalización anticipada de un determinado contrato estatal, sin que ello signifique ni pretenda desconocer y mucho menos deshacer todo lo que hasta ese momento se hubiere ejecutado con base en dicho contrato, amén de que tal decisión de terminación anticipada tampoco comporta reproche alguno para las partes o al menos para una de ellas, así sea implícito, respecto de los elementos existentes al momento del perfeccionamiento del respectivo contrato.

Muy por el contrario, la nulidad absoluta refleja la existencia de un vicio muy grave que afecta el contrato y que dice relación con la ausencia, al momento de su

celebración, de aquellos requisitos que el ordenamiento jurídico reclama y exige para que el respectivo contrato, en cuanto se ajuste a dicho ordenamiento, merezca su tutela y protección [Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia. Radicación (15.599), 2007].

Se desprende de ello que la competencia administrativa, en caso de ocurrir causal de nulidad absoluta, no va más allá de “hacer cesar los efectos jurídicos del contrato viciado, con el procedimiento de la terminación unilateral, en ejercicio de su poder excepcional como organismo estatal” [Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1230, 1999].

Por otra parte, es pertinente precisar que la terminación unilateral del contrato no genera inhabilidad y, por ende, no afecta la capacidad contractual en futuros procesos de selección, de manera tal que la entidad no puede rechazar una oferta por el hecho de que al proponente se le haya terminado unilateralmente otro contrato y tampoco puede abstenerse de adjudicarle el contrato por esa misma razón [Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia. Radicación (24510), 2013].

Por último, en cuanto al límite temporal para ejercer esta prerrogativa, es posible declarar la terminación unilateral del contrato aun cuando haya vencido el plazo del mismo, siempre que existan obligaciones pendientes por ejecutarse, lo que excluye la posibilidad de hacer uso de esta potestad durante la etapa de liquidación [Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia. Radicación (26.938), 2015].

Adicionalmente, se puede contemplar un tercer supuesto frente a la terminación unilateral en los contratos estatales cuando ésta es contemplada de manera convencional y no en virtud de la ley o como ejercicio de una potestad exorbitante. Al respecto Alcocer y Arabia (2013) explica

que la terminación unilateral puede contemplarse como una estipulación contractual con ocasión del incumplimiento, en contratos estatales en los cuales la inclusión de cláusulas exorbitantes es potestativa y en contratos estatales sometidos de forma prevalente al derecho privado.

Lo anterior es posible debido a que, al no estar incluidas las cláusulas excepcionales al derecho común en estos tipos de contratos, se colige que no hay en el contrato régimen alguno que regule la terminación unilateral del mismo, por lo que resulta necesario establecer una herramienta que permita a la entidad hacer frente a los posibles incumplimientos en que incurra el contratista. Esta sería la estipulación convencional de la terminación unilateral (Alcocer & Arabia, 2013, p. 92)

Debe traerse a colación que, de no existir una figura como la terminación unilateral por incumplimiento de carácter convencional, la entidad estatal se vería avocada a soportar el incumplimiento hasta la terminación por el advenimiento del plazo o peor aún, hasta demandar ante el juez natural del contrato para que sea éste quien declare probado el incumplimiento del contratista, amenazando la materialización de los fines del Estado y la prestación efectiva de los servicios públicos a su cargo (Alcocer & Arabia, 2013, p. 93). Al respecto, en el estatuto de contratación se observa la posibilidad que ésta figura sea incluida en los contratos, según lo dispuesto en los artículos 13 y 40 de dicho cuerpo normativo, los cuales en su orden establecen:

Artículo 13º.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley (...).

Artículo 40º.- Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.

Como se observa, las entidades estatales pueden pactar las cláusulas que a bien tengan siempre y cuando éstas no contravengan el orden público, la ley y los principios y finalidades del estatuto general de contratación; entendiéndose por tanto que en este contexto no se trata de una cláusula sustentada en el régimen de exorbitancia de la administración. Esto último tiene sustento en las dos características estructurales de una exorbitancia: debe ser una manifestación unilateral de voluntad que produzca efectos jurídicos, y de otro, debe constituir la:

(...) concreción del ejercicio de una prerrogativa pública, es decir de una prerrogativa de un sujeto de derecho (público por regla general y privado excepcionalmente) que debe ser contemplada por el ordenamiento jurídico en virtud de la realización de los fines del Estado que se ve comprometida directamente con su actividad [Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia. Radicación (21574), 2008].

Claramente, la terminación unilateral del contrato de carácter convencional comporta, como su propio nombre lo indica, una manifestación unilateral de voluntad tendiente a producir efectos jurídicos. Ahora bien, los particulares realizan manifestaciones unilaterales de voluntad que alteran la situación jurídica de sus destinatarios, sin que pueda decirse que estamos frente al ejercicio de una exorbitancia, toda vez que no cumple con el segundo requisito, es decir, ser la materialización del ejercicio de una prerrogativa pública (Alcocer & Arabia, 2013, p. 94).

De otro lado, es necesario precisar que la terminación unilateral convencional no constituye el ejercicio de una prerrogativa pública toda vez que no ha sido consagrada como tal por el derecho público, es decir, el ordenamiento jurídico no le ha otorgado a las entidades estatales contratantes la facultad de terminar unilateralmente el contrato por razones distintas a las consagradas en los artículos 17, 18 y 45 de la Ley 80 de 1993 por tanto el poder de autotutela, en cuanto a la terminación unilateral de los contratos, se restringe a los supuestos legales ya mencionados. Por el contrario, se trata de una facultad reconocida como válida en las relaciones entre particulares (Alcocer & Arabia, 2013, p. 94).

Con lo anterior, queda claro que el ejercicio de la terminación unilateral convencional no comporta el ejercicio de un poder o facultad exorbitante. Sin embargo, como ya se mencionó, el legislador ha abierto las puertas para que las entidades estatales apliquen en los contratos que celebran, normas y acuerdos de derecho privado, siempre y cuando no resulten contrarias a “la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración”. Por lo tanto, en algunos contratos estatales, particularmente, en aquellos sometidos al derecho privado o sobre los que no es obligatorio la cláusula de terminación unilateral, existe la posibilidad de incluir la terminación unilateral convencional, especialmente

por incumplimiento, sin que se torne una facultad exorbitante, para proteger el orden jurídico y lograr los fines del Estado, toda vez que se puede hacer frente al incumplimiento en que incurra el contratista, evitando que se afecten los fines que pretenden lograr las entidades estatales al contratar.

Al respecto, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado han señalado unos límites para evitar una terminación unilateral abusiva por cualquiera de los contratantes. Así, por ejemplo, se hace necesario dar un preaviso razonable o la oportunidad de enmendar el incumplimiento, so pena de vulnerar el principio de buena fe. Se expone:

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 (...), en contra del contratista particular se agrava aún más e incide en el equilibrio económico del contrato, cuando (...) niega de manera absoluta al contratista la posibilidad de discutir [Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia. Radicación (21573), 2012].

En otra providencia, expresa:

(...) la Sala encuentra fundamento suficiente para la validez de las cláusulas de terminación unilateral por incumplimiento dentro de los contratos que se rigen por el derecho privado, por supuesto, siempre que ellas no conlleven un abuso del derecho o el ejercicio de una posición dominante y siempre que su configuración

encuentre sustento en razones sustanciales, preferiblemente de tipo objetivo, y no de poca importancia.

(...)

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 [Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia. Radicación (41783), 2016].

Y para la Corte Suprema:

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 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01, 2011)

Así las cosas, la cláusula de terminación unilateral puede aparecer bajo el ejercicio de una posición dominante o arbitraria, cuando se 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, que en cualquier caso serán evaluadas por el juez del contrato (Valderrama, 2018, p. 39). En ese sentido insiste la Corte Suprema de Justicia:

(...) la terminación por cláusula resolutoria expresa por incumplimiento obligacional, no implica derecho alguno a tomar justicia por mano propia, ni deroga la jurisdicción (...). Es 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. Igualmente, para preservar la simetría, paridad o equilibrio objetivo de las partes, la buena fe, lealtad y evitar abusos, la eficacia de estas cláusulas se subordina a la reciprocidad de la facultad para ambas partes o, estipulada para una, a un preaviso razonable de quien la ejerce dando a conocer a la otra el incumplimiento preciso, su derecho a subsanarlo antes de vencer el término y la terminación al expirar cuando no rectifica su conducta según

corresponde a la probidad o corrección exigible, el principio de la conservación del acto, su utilidad y la gravedad de aquél. (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01, 2011).

Los requisitos concretos que, según la jurisprudencia civil y administrativa colombiana, deben cumplirse para que proceda la extinción unilateral del negocio jurídico son: i) que la cláusula se pacte expresamente y de manera singular, precisa, específica y concreta, ii) que la cláusula recaiga sobre una prestación principal y sustancial, en cuyo incumplimiento se imposibilita la ejecución del objeto contractual y iii) que la estipulación no aparezca bajo el ejercicio de una posición dominante o arbitraria y por tanto debe haber reciprocidad de la facultad para ambas partes o, estipulada para una, a un preaviso razonable de quien la ejerce dando a conocer a la otra el incumplimiento preciso, su derecho a subsanarlo antes de vencer el término y la terminación al expirar cuando no rectifica su conducta.

Ahora bien, no existe prohibición legal que impida a las entidades estatales, cuyos contratos estén sujetos al derecho privado, a pactar la terminación unilateral convencional. Muy por el contrario, como se indicó, es la misma ley 80 de 1993 la que autoriza la aplicación del derecho civil y comercial a los contratos estatales, respetando siempre las estipulaciones del Estatuto General de Contratación. No se observa entonces, en principio, un límite jurídico que impida el pacto de la terminación unilateral por incumplimiento en este grupo de contratos, por el contrario, su pacto resulta ajustado a derecho con fundamento en la autonomía de la voluntad y en la configuración, lucha y concreción del cumplimiento de los fines del Estado, de la protección del erario público y de la prestación de los servicios públicos (Alcocer & Arabia, 2013, p. 95).

Para la validez de la cláusula de terminación unilateral convencional, así como su ejercicio deberá analizarse en cada caso concreto:

(...)los alcances del respectivo contrato; las finalidades que se busca satisfacer con su celebración y ejecución, así como la aplicación, que siempre tendrá lugar, de los Principios Constitucionales que deben orientar y a los que se encuentra sometida toda la actividad del Estado, incluida, claro está, la función administrativa que comprende las actividades de naturaleza contractual.(...) Si al realizar el análisis específico que demanda cada caso se concluye que resulta legalmente procedente la estipulación de facultades contractuales para la terminación unilateral del contrato (...) de todas maneras deberán observarse, según se dejó expuesto, tanto los aludidos Principios de Igualdad y Moralidad, como la limitación derivada de la imposibilidad de que dicha estipulación pueda tenerse como válida si es el resultado de la imposición abusiva de una de las partes del contrato o, peor aún, si su ejercicio se encamina a ejercer y servir, precisamente, para configurar alguna forma o modalidad de abuso del derecho [Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia. Radicación (20968), 2012].

En conclusión, en los contratos de las entidades estatales que hacen parte de este grupo, es decir, que se celebra al amparo del derecho privado, es completamente válido el pacto de la cláusula de terminación unilateral, la cual será ejercida de forma directa, es decir, sin necesidad de acudir ante el juez competente para que se declare la terminación, sin que esto implique la expedición de un acto administrativo. Ahora bien, se erigen como límites al pacto contractual, el

orden público, el interés general, los principios que rigen la actividad estatal, en particular los principios de la función administrativa y, en todo caso, está proscrito el uso de las cláusulas que configuren un abuso del derecho. Además, será necesario que cumpla con ciertas formalidades, por lo que la cláusula deberá ser expresa, versar sobre una obligación principal y que su existencia no obedezca al ejercicio de una posición dominante; así mismo, se requiere singularizar, precisar, especificar, concretar e individualizar en forma clara y expresa, la obligación, como corresponde, a lo expreso y a la trascendencia del incumplimiento.

1.3. Tratamiento de la terminación o resolución unilateral por incumplimiento previsible

Una vez revisada y analizada la figura de terminación o resolución unilateral en la contratación privada y pública, es posible abordar bajo la claridad de estos conceptos, la figura jurídica particular denominada terminación unilateral por incumplimiento previsible.

La terminación unilateral por incumplimiento predecible ha sido abordada por la doctrina extranjera. Favero (2013) señala al respecto que, se presenta en el ordenamiento chileno “en aquellas situaciones en las que con anterioridad a la exigibilidad de la obligación se presenten circunstancias que hacen imposible su ejecución” (p. 42). Se trata de una inhabilidad que se produce “cuando la razón por la cual no es posible cumplir tiene su origen en hechos ajenos a la voluntad del deudor” (p. 43). Así, bajo el alero de la Teoría del Incumplimiento Anticipado, se autoriza a A adoptar ciertas medidas que le permitan disminuir o eliminar los daños a los que pueda verse expuesto, como, por ejemplo, cancelar el contrato o a contratar a otro diferente de B.

En caso que A, con posterioridad sea demandado por B, podrá excepcionar que la predecible imposibilidad de cumplimiento hacia razonable que A buscara un reemplazante.

Por tanto, debe ser grave el escenario que se predice y, en consecuencia, el temor de incumplimiento debe ser justificado. Dicha exigencia sirve de límite al posible ejercicio abusivo de una institución como ésta (Favero, 2013).

En palabras de Contardo (2013), el incumplimiento previsible se trata de una modalidad especial de ejercer la resolución por incumplimiento, “que permite al acreedor dar por resuelto el contrato, antes de la llegada del plazo, cuando no haya dudas que el deudor no ejecutara la prestación en el tiempo debido o, bien, que su inejecución aparezca muy probable” (p. 227). Ternera (2007), por su parte, se refiere a esta figura como a la Resolución por anticipación y explica que esta ha sido tomada del *common law*, específicamente del *anticipatory breach of contract*, siendo necesario en ese contexto legal, que “el deudor haya manifestado que no cumplirá con su prestación o que se encuentre ostensiblemente imposibilitado para cumplir” (p. 361).

Sánchez (2013) explica que, en el derecho Inglés existe la figura del *anticipatory breach of contract*, cuya aplicación es posible cuando el deudor manifiesta o hace evidente que incumplirá el contrato antes del cumplimiento del plazo, “bien porque renuncie a ello (*Repudiation*) o porque, por acción u omisión, deliberadamente o no, devenga incapaz de cumplir (*disablement*)” (P.92).

López (2016) respecto del ordenamiento español, señala que en virtud de la Sentencia núm. 511/2013 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1a) de 18 julio: “se reconoce lo que se ha venido a llamar el incumplimiento previsible o anticipado (lo que en la terminología

anglosajona utilizada en los textos de los movimientos unificadores del Derecho se ha denominado “anticipatory non- performance”)” (p. 40), que puede tener trascendencia resolutoria al igual que si fuera un incumplimiento actual, al facultarse al contratante cumplidor a resolver el contrato cuando, antes del vencimiento del plazo contractual, resulta patente que el deudor incurrirá en un incumplimiento esencial.

Así mismo en sentencia núm. 69/2013, de 26 de febrero (RJ 2013, 4935), recurso núm. 2132/2010 el Tribunal Supremo Español (sala de lo civil, sección 1ª) ha afirmado lo siguiente:

En el caso de que las obligaciones reciprocas o las identificadas por las partes como resolutorias tengan señalado término para su ejecución, como regla no puede afirmarse el incumplimiento hasta que no haya transcurrido el tiempo fijado. Pero en ocasiones, entre ellas cuando es evidente que el obligado incumplirá de forma esencial porque existe certidumbre objetiva de que el obligado no va a cumplir porque además de por otros factores, por razones cronológicas no podía acabar la obra y entregar en el plazo fijado en el contrato no es preciso esperar a que llegue este para instar la resolución manteniendo, con los costes de toda índole que ello conlleva, la vigencia del contrato.

Más aún, la pronta reacción del acreedor ante la evidencia del incumplimiento esencial futuro, se ajusta a reglas de buena fe y, en su caso, puede permitir minimizar los daños y perjuicios derivados para ambas partes del incumplimiento (citado en López, 2016, p. 41).

En este punto, valga la oportunidad para precisar que la cuestión que trae a colación el Tribunal Supremo Español referente a los parámetros objetivos que permitirían determinar cuándo es evidente o cuándo existe certeza que, el obligado no va a cumplir sus obligaciones dando paso con ello a la terminación unilateral por incumplimiento previsible, serán desarrollados a profundidad en el Capítulo III de este trabajo.

Ahora bien, aunado a lo ya dicho, el art. 9:304 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL) también establece la posibilidad de una terminación o resolución unilateral por incumplimiento previsible en los siguientes términos: “cuando con carácter previo al vencimiento resulta evidente que una parte incumplirá su obligación de manera esencial, la otra parte tiene derecho a resolver el contrato” (López, 2016, p. 41). En palabras muy parecidas se expresa el art. 7.3.3 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010, que declara: “Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato». Así mismo, el art. 72.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías establece que: “Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto” (López, 2016, p. 41).

Para Cabello (2017) la pronta reacción del acreedor ante la evidencia del incumplimiento esencial futuro, se ajusta a reglas de buena fe y, en su caso, puede permitir minimizar los daños y perjuicios derivados para ambas partes del incumplimiento. Por tanto, conforme al régimen jurídico de resolución de los contratos es plausible el ejercicio de la facultad resolutoria cuando el incumplimiento esencial es previsible, aunque el plazo de cumplimiento de la obligación no haya vencido (López, 2016, p. 45).

Pizarro (2011) al estudiar los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos de reforma al Código Civil Francés, menciona la resolución por anticipación, y enseña que, si bien se trata de una figura controversial en tanto que se puede pensar que se otorgan demasiados poderes al acreedor, los temores no dejan de ser injustificados “dado que el deudor en todo caso podrá justificar su idoneidad para cumplir con sus obligaciones y discutirlo siempre ante al tribunal” (p. 134).

León (2006) señala que en el ordenamiento peruano y en los contratos con prestaciones recíprocas que se deben cumplir simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento. Si después de concluido el acuerdo sobreviene el riesgo de que la parte que debe cumplir no puede hacerlo, la otra puede dar por terminado el contrato. Así mismo, se otorga la posibilidad de requerir a la parte incumplida mediante carta por vía notarial, con el propósito de que satisfaga la obligación en un plazo no menor de 15 días, con la prevención de que, si esto no se realiza, el contrato queda resuelto de pleno derecho, con las consecuencias que esto conlleva (León, 2006).

En el ordenamiento jurídico mexicano, enseña León (2006), que el artículo 1949 de la legislación civil del D.F. establece:

“La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe”. Y agrega: “El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos.

También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible”. Como se puede apreciar, esta normativa atiende al incumplimiento contractual en cuanto a sus efectos, caso en el cual se faculta a la parte cumplida a resolver el contrato o a exigir su cumplimiento forzoso, en tanto la prestación sea posible (párr. 56).

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico colombiano, Rengifo (2012) señala que, el artículo 1882 C.C. consagra “la posibilidad del vendedor de no entregarle la cosa al comprador si sabe que este no va a cancelar el precio” (P. 114), lo que, para él, podría considerarse una condición o cláusula de terminación unilateral por incumplimiento previsible, que se adelantó a lo que hoy “los Principios de Derecho Europeo de los Contratos denominan “incumplimiento previsible””.

Ya, en 1999 mediante la Ley 518 el Congreso de la Republica de Colombia aprobó la "Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", hecha en Viena el once (11) de abril de mil novecientos ochenta (1980). Con esta medida, han sido incorporados al ordenamiento jurídico colombiano la integridad de las disposiciones contenidas en la Convención, incluidas aquellas relacionas con la figura del incumplimiento previsible. De esta forma, el artículo 72 de la Convención de Viena entra al ordenamiento jurídico colombiano y viene a decir:

ARTICULO 72.

1. Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en Incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.
2. Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.
3. Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones.

Sobre la Ley 518 de 1999, Marín (2010) explica que la contratación estatal en Colombia se halla dividida en dos partes, una denominada contratación estatal nacional, es decir, que se desarrolla dentro de los límites de la República, y otra “la contratación estatal internacional, la cual traspasa sus fronteras y se puede someter a diferentes ordenamientos jurídicos” (p. 43), es en éste último ámbito, y en el marco específico del contrato internacional de mercaderías, en el que aplicaría para Colombia el Convenio de Viena y con ello el marco normativo asociado al incumplimiento previsible, por lo que, a pesar de la Ley 518 de 1999, todos los contratos estatales nacionales y privados no asociados a la compraventa internacional de mercaderías o que se ejecuten en territorio colombiano, son ajenos a esta figura contractual pues no están cobijados por su alcance.

Es necesario destacar entonces que, todo este cuerpo normativo aprobado por Colombia hace referencia específicamente al Contrato Internacional de Mercaderías, es decir, aplica para las

compraventas internacionales entre partes que tengan establecimientos en Estados diferentes, por lo que no es posible su aplicación en los contratos estatales y privados que se ejecuten en territorio colombiano, que son a los que nos referimos con este trabajo, pues son ellos los que se rigen exclusivamente por las leyes civiles, comerciales y de contratación estatal, vigentes en el ordenamiento jurídico local, que se analizan para los fines de esta investigación. Sobre el asunto, comenta Galán (2003):

La Convención, en cuanto tratado internacional, delimita su aplicabilidad a los contratos de compraventa siempre que estén vinculados a transacciones de carácter internacional, toda vez que las transacciones internas se encuentran excluidas de su regulación.

Para ello, la Convención decidió adoptar un criterio objetivo al señalar que el carácter internacional de la transacción lo determina, con exclusividad, el hecho de que los establecimientos de las partes, comprador y vendedor, se encuentren localizados en diferentes estados, sin que la nacionalidad de estas o la del mismo contrato valga como criterio calificador de tal característica. (...) (p. 80)

Este entendimiento de la cuestión estriba del artículo 1º de la Convención de Viena aprobado por la Ley 518 de 1999:

ARTICULO 1.

1. La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:

a) Cuando esos Estados sean Estados Contratantes, o

b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.

(...)

Así las cosas, la terminación unilateral por incumplimiento previsible, halla cierto desarrollo en instrumentos internacionales, en legislación foránea y ha sido incorporada por la legislación local mediante la Ley 518 de 1999 que aprobó el Convenio de Viena. Sin embargo, esta disposición local paradójicamente no es aplicable para los negocios jurídicos internos los cuales siguen regulados exclusivamente por las normas civiles, comerciales y de contratación estatal colombianas, por lo que para ellos no se encuentra prevista la aplicación de la terminación unilateral por incumplimiento previsible de manera clara y autónoma. No obstante, de acuerdo con lo desarrollado en este capítulo, es posible considerarla como una cláusula de terminación convencional que podría ser incluida en estos contratos, privados o públicos, con fundamento en la autonomía de la voluntad y la libertad contractual que les asiste a las partes.

Adicionalmente, resulta claro en principio, a partir de las definiciones de terminación unilateral por incumplimiento previsible encontradas en los instrumentos internacionales y en la legislación foránea que, esta figura parece haber sido prevista para que se aplique en los

contratos sujetos a un plazo determinado, pues este serviría de parámetro para determinar con certeza objetiva que, con anticipación a la llegada de la fecha pactada para cumplir lo acordado, el deudor no cumplirá con lo que se ha obligado.

2. La terminación unilateral por incumplimiento previsible y el interés general en la contratación estatal

Ya hemos abordado la terminación unilateral en el contrato privado y en el contrato estatal, al tiempo que hemos analizado el incumplimiento previsible y como este está presente en el ordenamiento jurídico local y foráneo, ahora, es menester entender como la terminación unilateral se relaciona con el interés general y como entraría allí la que deviene del incumplimiento previsible.

El régimen de contratación estatal asigna a las entidades estatales la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución de los contratos que celebren. Igualmente, y con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos, les otorga potestades en virtud de las cuales las entidades podrán, entre otras, terminar unilateralmente el contrato (Ley 80, 1993, art. 14).

En contratos estatales sujetos al derecho privado, se autoriza la estipulación de cláusulas de terminación unilateral por incumplimiento, sin intervención del legislador y sin que se consideren exorbitantes o sujetas a los conceptos o procedimientos propios de los contratos de la Administración, con fundamento en el interés general y la autonomía de las partes.

El propósito de este capítulo es analizar tal facultad, a la luz de interés general en la circunstancia del incumplimiento previsible.

2.1. El interés general en la contratación estatal.

El interés general es el “más importante y precioso de los sustentos y justificaciones de todo lo relacionado con el contrato estatal” (Santofimio, 2009, p.23). Por este se entiende la búsqueda del cumplimiento de los fines y deberes públicos, y la garantía de la prestación de los servicios a cargo de la Administración, todo con ayuda de los particulares, para lo cual, uno de los instrumentos es el contrato estatal (Corte Constitucional, Sentencia C-713, 2009).

La ley 80 de 1993, estatuto para la contratación estatal, señaló en su artículo tercero como fines: cumplir los cometidos del Estado, prestar continua y eficientemente los servicios públicos, garantizar la efectividad de los derechos e intereses de los administrados y finalmente cumplir una función social; lo anterior encausado a la defensa del interés general, de forma que:

(...) el contratista no sólo se vinculará al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, sino y, en especial, a la concreción de dicho interés que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, asunto que se impone al contratista, con los poderes especiales y exorbitantes del Estado, vinculado al cumplimiento de los tales fines (Corte Constitucional, Sentencia C- 932, 2007).

El ordenamiento jurídico da así una importancia superior a la garantía de la prestación de los Servicios Públicos, cuyo contenido no es meramente retorico o jurídico, sino que implica la satisfacción y garantía de derechos fundamentales de los ciudadanos, quienes, no en pocas oportunidades, dependen de ellos para lograr niveles mínimos de bienestar. Matías (2014), define lo mismo de la siguiente manera:

Se entiende por servicio público toda actividad organizada tendiente a resolver necesidades de interés general, colectivas o públicas de la población, en forma regular, continua y obligatoria, de acuerdo con un régimen jurídico especial de derecho público, con la participación activa de la Administración Pública en la prestación directa, en su regulación y control. Los servicios públicos son aquellas actividades que satisfacen necesidades colectivas, generalmente esenciales, que deben ser ofrecidos en forma universal, obligatoria, continua y en condiciones de igualdad y calidad, a toda la comunidad (p. 317).

Matías (2014) hace referencia a los Servicios Públicos como derechos fundamentales y explica que la Corte Constitucional en fallo de 1992, señaló:

El servicio público no es simplemente un “concepto” jurídico, es ante todo un hecho, una realidad. Las manifestaciones de la autoridad pública declarando que tal o cual actividad es un servicio público, no pasarán de meras declaraciones arbitrarias en el supuesto de que no exista de por medio la satisfacción efectiva de

una necesidad de interés general. Tal declaración, cuando ella concuerde con la realidad, tendrá indiscutiblemente su valor en el orden jurídico (...) (p.318)

(...) Lo anterior impone que el papel del Estado moderno se centre en la obligación de ser el motor del desarrollo social, y de procurar a las gentes, en forma igualitaria, puedan tener las condiciones para llevar una vida digna, que, en nuestro caso, se traduce en la superación de la desigualdad y el atraso. No hay duda de que una de las expresiones de esa nueva forma de ser del Estado, se concreta en la prestación de los servicios públicos (p.319).

La defensa del interés general se entiende entonces, en el marco de la contratación estatal, no solo como la finalidad primordial, sino como “el cimiento y la estructura de la contratación administrativa” (Corte Constitucional, Sentencia C-713, 2009), pues constituye motor de desarrollo social y procura a todos los ciudadanos las condiciones necesarias para llevar una vida digna. En consecuencia, se habla de interés general, cuando se busca garantizar la continua prestación de los servicios públicos y salvaguardar el patrimonio público, pues, estos conceptos se entienden subsumidos en el primero, si se tiene en cuenta que el interés general “se refiere a los bienes jurídicos imputables a la colectividad, cuya tutela corresponde, por ello, a los poderes públicos” (Santofimio, 2009, p.24).

De esta forma, con la realización de un contrato estatal se busca que la entidad pública cumpla el cometido que a ella se le ha endilgado de forma que, como engranaje del sistema jurídico, funcione eficientemente en la prestación de bienes y servicios, revelándose así “*el carácter instrumental del contrato al propender por el logro de los objetivos constitucionales del Estado*

Social de Derecho” (Corte Constitucional, Sentencia C-713, 2009). Esta finalidad se asocia al cumplimiento del interés general el cual se ve materializado en la prestación de bienes y servicios a todos los asociados quienes requieren de ellos de manera fundamental, pues contribuyen al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población (Corte Constitucional, Sentencia T-457, 1999).

El interés general es entonces el ingrediente teleológico que justifica la realización de contrataciones por parte de la Administración, para la consecución de objetivos específicos. Afirma Orrego (2013) que, una de las bases de un Estado Social de Derecho, es la prevalencia del interés general sobre el particular de conformidad con la Constitución Política que concibe a Colombia como un Estado fundado en la prevalencia del interés colectivo (art. 1), en donde el interés privado cede al interés público o social (art. 58) (p. 46).

En virtud del interés general, la Administración, como parte del negocio jurídico estatal con el cual se persigue la satisfacción de las necesidades, carencias, exigencias y requerimientos de los asociados, se encuentra en una especial posición de mando (*imperium*) del contrato, privilegiada o de superioridad jurídica, que se caracteriza por el reconocimiento de poderes exorbitantes para controlar y dirigir el contrato, interpretarlo, modificarlo (*ius variandi*), terminarlo o caducarlo unilateralmente con sujeción a la ley, mediante la expedición de actos administrativos que vinculan jurídicamente a su contratante, prerrogativas consagradas para la tutela del interés público ínsito en los contratos celebrados por ella [Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia. Radicación (17031), 2008].

Lo anterior con arreglo al artículo 14 de la Ley 80, que les otorga a las entidades estatales la dirección general del contrato y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia sobre su ejecución y, el 3.º, que establece como finalidad de la actividad contractual “el cumplimiento de

los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos”, los cuales materializan el poder genérico de “autotutela declarativa” de derechos a favor de la Administración (Gil, 2012).

En consecuencia, el ejercicio de las potestades excepcionales de la contratación estatal también han de tener como causa y como fin, el interés general (Canal, 2016, p. 150). De ello que, si el contrato (o el ejercicio de las facultades exorbitantes) no se fundamenta en la búsqueda del interés general, existiría una falsa motivación que llevaría al vicio de nulidad del contrato y su correspondiente declaratoria. Este principio le exige al contrato que su causa esté inspirada en las necesidades sociales y en el interés de satisfacción de las mismas, sin perseguir el lucro de la entidad estatal ni el del servidor público. En la jurisprudencia constitucional se ha afirmado:

La simple descripción, entonces, de la contratación pública muestra que está directamente asociada al cumplimiento del interés general, lo cual, incluso, sirvió de fundamento a la dogmática del contrato público para concluir que este tipo de contratación es distinta y autónoma respecto de los acuerdos y obligaciones comunes entre particulares. Así, la construcción de la teoría jurídica *ius publicista* para el contrato suscrito por el Estado y su necesaria autonomía respecto del acuerdo celebrado entre particulares, parte de la diferencia entre los objetivos propios de los contratos público y privado. Mientras en el contrato público el fin principal y primordial es la defensa del interés general, en el segundo, cuya relevancia es individual, los fines son esencialmente lucrativos y la concreción de los intereses particulares de los contratantes. (Corte Constitucional, Sentencia C-932, 2007).

Así, la singularidad del contrato público se explica por el hecho de que existe una evidente pero necesaria desigualdad entre las partes, en la medida en que el Estado representa el interés general y la otra exhibe el interés propio que debe ceder respecto de la finalidad social que representa la realización de la tarea contratada (Corte Constitucional, Sentencia C-932, 2007). De esta forma, “el único propósito que debe mover a la Administración en cualquier actuación es el de satisfacer el interés público” (Riveró, 1984, p.130).

En este sentido, para la Corte Constitucional, sólo es válido y admisible jurídicamente el procedimiento precontractual, el contrato y los actos de ejecución de este que se inspiran o tienen como propósito el cumplimiento o la satisfacción de las necesidades de la colectividad, es decir, la defensa del principio del interés general (Corte Constitucional, Sentencia C-932, 2007).

Pero también el interés general determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado (Corte Constitucional, Sentencia C-713, 2009). Dentro de esta concepción, el contratista, además queda supeditado al cumplimiento de los fines del Estado, puesto que concreta el interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos (Corte Constitucional, Sentencia C-713, 2009).

Por tanto, la defensa del principio del interés general no sólo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad (Sentencia C-713, 2009). A su vez, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que “la influencia

de la relación contractual en la realización del interés general es el factor determinante de la sujeción de la contratación del sector público a un régimen jurídico peculiar” [Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia. Radicación (45448), 2016].

Agrega que la relación entre contrato e interés general se desarrolla, en efecto por exigencia legal, en distintos planos:

(...) la conexión entre el objeto del contrato y la necesidad pública a cubrir, ya consista esta necesidad en un edificio, una obra, un suministro o un servicio; y la penetración en la relación contractual de las exigencias de los principios del estatuto de la Administración Pública [Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia. Radicación (45448), 2016].

El interés general da lugar a un doble orden de preocupaciones:

La igualdad de los sujetos privados en el acceso a los contratos, que se manifiesta en los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. La buena administración en el sentido de la gestión económicamente eficiente del proceso de contratación, asegurando, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la

libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa [Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia. Radicación (45448), 2016].

En virtud de ello, parece plausible que la Administración pueda tomar medidas para salvaguardar el interés general cuando su satisfacción se vea amenazada en casos como el incumplimiento previsible del contratista y por tanto la afectación del contrato estatal. Esto abre la posibilidad de dar por terminado un contrato y reclamar daños y perjuicios antes de que, en realidad, se cumpla el plazo para el cumplimiento, con ocasión de la ruptura de una obligación implícita, consistente en no realizar acción u omisión alguna que ponga en peligro o perjudique el cumplimiento (Sánchez, 2013, p. 98).

Pero tal posibilidad de terminar unilateralmente el contrato, aun cuando no se ha configurado el incumplimiento pero éste es previsible, debe entenderse limitada por los parámetros definidos por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en materia de terminación unilateral (aspecto que se desarrollará in extenso en el capítulo III), los cuales consiste en atender el principio de la buena fe y la prohibición de abuso del derecho, lo que implica a groso modo que la entidad debe dar preaviso de tal situación al contratista para que pueda controvertir u objetar el incumplimiento alegado o ponerse al día en el cumplimiento y en consecuencia evitar la ruptura del contrato. Igualmente, encuentra como límites los fines y principios de la contratación estatal, los alcances del respectivo contrato y las finalidades que se busca satisfacer con su celebración y ejecución.

Ahora bien, hemos sostenido a lo largo de este trabajo, que es posible que en los Contratos Estatales suscritos por aquellas entidades públicas sujetas al derecho privado, las partes puedan

pactar cláusulas de terminación unilateral diferentes a las rígidamente previstas en la ley 80 de 1993; por lo tanto, es necesario precisar que el análisis realizado hasta aquí sobre el interés general, tiene plena aplicación para aquellos contratos estatales celebrados por entidades estatales sujetas al derecho privado como lo son por ejemplo los adelantados por las empresas industriales y comerciales del Estado o las de economía mixta. Esto es así en la medida que la naturaleza estatal del contrato no depende de su régimen jurídico, es decir, de si le son aplicables normas de derechos privado o público en una determinada proporción, sino de la naturaleza de la entidad que celebra el contrato, si es estatal o no. En ese sentido ha dicho el Consejo de Estado:

Son contratos estatales todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos [Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia. Radicación (14.667), 2009].

Por tanto, la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de ésta definirá, directamente, la del contrato que ha celebrado. Así, si determinado ente es estatal, por contera habrá de concluirse que los

contratos que la misma celebre deberán tenerse como estatales, sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable.

Este argumento se soporta en la definición del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 donde establece que los contratos estatales son “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)”. De esta manera, la ley adopta un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose así de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato.

Así mismo, el artículo 14 de la ley 1150 de 2007 en concordancia con el artículo 13 ibidem, dispone que todas las Entidades Públicas exceptuadas del Estatuto General de Contratación Pública (como son aquellas sometidas a normas de derechos privado) se encuentran sometidas a los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, de modo que no puede considerarse que dispongan a su arbitrio de sus derechos y obligarse sin más restricciones que el orden público, buenas costumbres y abuso del derecho; pues el respeto y la satisfacción al interés general debe guiar su actuación (Valderrama, 2018, p. 43).

Las empresas industriales y comerciales del Estado o las de economía mixta con participación de capital del Estado superior al 50% son entidades estatales a efectos de la contratación y por tanto celebran contratos estatales no obstante su sujeción a normas de derecho privado, persiguiendo así el interés general. En otras palabras, el interés general está inserto en los contratos estatales celebrados por el Banco de la República, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, las Universidades Públicas, las Empresas Industriales del Estado, los Establecimientos de Crédito, la Central de Inversiones S. A., el Fondo de Garantías de Entidades

Cooperativas, Findeter, Bancoldex y el Fogafin y en general, en todas las entidades estatales a las que le son aplicables normas de derecho privado, pues su actividad involucra un bien, servicio o presupuesto público que debe atender y satisfacer a la sociedad.

En este sentido, contratos suscritos por estas entidades estatales sujetas a régimen especial, se someten a las normas de derecho privado por el hecho que la mayoría de sus actividades se encuentran en competencia con empresas de carácter privado, y si se sujetaran a la aplicación del régimen de contratación estatal existiría una clara desventaja que se traduciría en pérdidas económicas, requiriendo así de proceso de contratación ágiles para el desarrollo de u objeto social (Jiménez, 2017); pero aun así, las estipulaciones que se pacten tienen como limitante la Constitución, la ley, el orden público, los principios y finalidades de la ley 80 y el interés general.

En suma, el sometimiento al derecho privado no les quita a los contratos sometidos a este régimen contractual su naturaleza estatal y, en consecuencia, su sujeción al interés general. Así lo confirma el Consejo de Estado en providencia del 26 de julio de 2012:

En el caso concreto, la Sala aprecia que no obstante el sometimiento al derecho civil y comercial del contrato en cuestión, la contratación de estudios para rehabilitación y construcción de obras de infraestructura vial claramente involucra el interés general y la utilidad social, no solo en atención a la definición de naturaleza del contrato transcrita, sino también en consideración al derecho positivo nacional que de manera expresa las tipifica en el artículo 58 de la Ley 388 de 1997 [Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia. Radicación (22.756), 2012].

También resulta útil el pronunciamiento de 27 de noviembre de 2013, en el que se lee:

Ahora bien, sea que se trate de un contrato estatal sometido al imperio del Estatuto de Contratación Estatal o sea que se trate de aquellos que por corresponder a una regla de excepción a su aplicación, como ocurre en el caso que ahora se examina, se encuentre[n] sometido[s] a las normas del derecho privado o a disposiciones especiales, lo cierto es que el interés general constituye un principio medular que se encuentra inmerso en la legislación en materia de contratación estatal, razón por la cual debe estar presente en todas las relaciones negociales, máxime cuando uno de los extremos que la integran es una entidad de naturaleza estatal por cuya intervención se desprende que el negocio envuelve una finalidad pública [Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia. Radicación (31.431), 2013].

Por tanto, el interés general irradia todo tipo de relación contractual independientemente del régimen normativo que se le aplique. Más aún, el principio cobra mayor importancia cuando una entidad estatal resulta parte del acuerdo, pues, de no aplicarse, se pondría en peligro la prestación de un servicio público, objeto del contrato celebrado.

Conclúyase entonces que, en materia de contratación estatal, el interés general es fundamento y fin de los actos precontractuales y contractuales y habilita a la Administración bajo el cumplimiento de ciertas condiciones como la observancia del marco legal y contractual, la buena fe y el no abuso del derecho, a tomar medidas para salvaguardarlo, característica que no le es ajena a los Contratos Estatales sujetos al derecho privado, lo que eventualmente permitiría que se

pactaran en este tipo de negocios, cláusulas como la de terminación unilateral por incumplimiento previsible, siempre y cuando su objetivo sea claramente proteger el interés general.

2.2. La terminación unilateral por incumplimiento previsible como mecanismo para proteger el interés general en la contratación estatal.

En las relaciones contractuales, el incumplimiento se hace visible si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor en la medida en que los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor sólo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido [Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia. Radicación (24637), 2013].

Así, el incumplimiento se traduce en la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él y puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor [Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia. Radicación (25131), 2013]. Cuando se da su materialización, la entidad contratante puede ejercitar la cláusula de terminación unilateral para salvaguardar el interés general principalmente en los negocios jurídicos sujetos a derecho privado en la que haya sido pactada, es decir, la terminación unilateral de carácter convencional.

Ello por cuanto:

(...) las partes regulan libremente sus intereses y por ende pueden convenir, entre otros aspectos los eventos constitutivos de incumplimiento, los efectos o consecuencias que se derivan de éste, e incluso prever la adopción de mecanismos o el ejercicio de facultades a través de las cuales se puedan morigerar, atenuar o corregir las consecuencias nocivas de ese incumplimiento, o incluso sancionarlo [Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia. Radicación (25131), 2013].

Es decir, resulta viable que las partes del contrato estatal al que le aplican las reglas del derecho privado puedan pactar cláusulas accidentales que impliquen la utilización de mecanismos tales como la terminación unilateral del contrato, siempre y cuando no vaya en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe objetiva, ni mucho menos que comporten un ejercicio abusivo de un derecho, ni contraría el orden público [Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia. Radicación (41783), 2016].

Esta posibilidad derivada de la libre voluntad de las partes contratantes, hace viable jurídicamente la inclusión de una cláusula o condición que habilite la terminación unilateral del contrato a partir del incumplimiento previsible del contratista.

Ahora bien, en principio pudiera pensarse que la inclusión de dicha cláusula en un contrato estatal no obstante regirse por el derecho privado, es ilegal. Sin embargo, tal afirmación no es correcta, ya que es un principio del derecho privado que las partes pueden regular sus intereses como a bien lo tengan. Luego, como no está prohibida en el derecho privado, es corolario que

puede ser incluida en los contratos del Estado que se rigen por este ordenamiento y, por tanto, su ejercicio no implica el ejercicio de una potestad exorbitante del Estado sino simplemente el ejercicio de una facultad contractual [Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia. Radicación (25131), 2013].

También cabría la afirmación que la decisión de uno de los contratantes de dar por terminado unilateralmente un contrato estatal que se rige por normas de derecho privado, supone una ruptura de la igualdad existente entre las partes. Sin embargo, se considera que dicha decisión no supone por sí misma una desigualdad o privilegio a favor de una de ellas, pues la terminación unilateral no comporta necesariamente el beneficio exclusivo de la parte cumplida teniendo en cuenta que en algunos casos ésta también puede ver perjudicados sus intereses, sentirse frustrada porque el contrato no se llevó a feliz término y seguramente obligada a celebrar un nuevo negocio jurídico.

Al respecto el Consejo de Estado afirma:

(...) aunque el pacto de estas figuras puede aparecer como un elemento de carácter sancionatorio, ello por sí mismo no las ubica en el ámbito de la exorbitancia o arbitrariedad y, mucho menos, en el terreno del derecho contractual administrativo, porque su fuente es el de la autónoma regulación de las relaciones negociables que cada una de las partes contratantes tiene conforme a los principios del Derecho privado para la estructuración de sus negocios jurídicos.

Esta configura la diferencia básica y primordial frente a las llamadas cláusulas excepcionales propias de la contratación pública, cuyo fundamento reside

básicamente en la prevalencia del interés colectivo de la administración, entre tanto que quienes se desempeñan al amparo del derecho privado ejercen la autonomía de su voluntad en aras del interés particular del negocio y de cada uno de los contratantes.

(...)

Por el contrario, la Sala considera absolutamente viable que los contratantes, en el ejercicio de su autonomía negocial y en aras de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, establezcan cláusulas como la terminación unilateral del contrato, entre otras, para proveerlo de herramientas jurídicas que propendan por el bienestar negocial [Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia. Radicación (41783), 2016]

Así, la validez de una cláusula de terminación unilateral, está dada por la autonomía que tienen las partes para estructurar el contenido del negocio a celebrar, siempre que en ellas se especifique la prestación esencial cuyo incumplimiento priva sustancialmente al contrato de la debida ejecución del objeto pactado, requiriendo:

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 [Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia. Radicación (41783), 2016].

De igual manera la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el ejercicio de esta facultad contractual, “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. (...)” continúa la Corte exponiendo que “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).

Debe recordarse que, la hipótesis que se desarrolla es la terminación unilateral por incumplimiento previsible en donde si bien éste no se ha configurado si es ostensible que se presentará, por lo que, para evitar perjuicios y la vulneración al interés general se da aplicación a la cláusula pactada por las partes donde se establecerán de buena fe las condiciones de modo, forma y lugar bajo las que operará. Esto por cuanto la unilateralidad de la terminación demanda una justificación (por ejemplo, el incumplimiento previsible) so pena de ser arbitraria.

Ahora bien, la decisión que adopte la parte que unilateralmente finaliza el contrato como consecuencia del incumplimiento, puede verse sometida al control judicial a posteriori para que se verifique su correcta aplicación, evento en el cual corresponde al juzgador, en primer lugar, verificar si ha habido incumplimiento y, adicionalmente, que la consagración contractual estipule clara y expresamente el rompimiento del contrato por dicho incumplimiento [Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia. Radicación (25131), 2013]. Por tanto, 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 (Rengifo, 2009, p. 28). Idénticas consideraciones aplicarían para una terminación unilateral fundamentada en el incumplimiento previsible.

Valga la pena aclarar que, si bien frente a la circunstancia de incumplimiento existen otras figuras en el contrato estatal como la caducidad, esta se diferencia de la cláusula aquí estudiada en la medida en que, en primer lugar, el incumplimiento debe afectar de manera grave y directa la ejecución del contrato, amenazando su paralización y en ésta solo es ostensible; la segunda diferencia, reside en el carácter sancionatorio de la caducidad con la inhabilidad para el contratista, respecto del carácter indemnizatorio de la terminación unilateral (Alcocer & Arabia, 2013).

De esta forma, la terminación unilateral del contrato y la caducidad administrativa, se asemejan en sus efectos, pero difieren en los motivos que permiten su declaración (Lamprea, 2007, p. 321). La caducidad es una sanción al incumplimiento del contratista, mientras que la terminación unilateral se fundamenta en la protección del “interés general para impedir la paralización o afectación grave de un servicio” (Palacio, 2004, p. 301).

Así las cosas, es posible asegurar el interés general ante un incumplimiento previsible del contratista con la cláusula de terminación unilateral sin tener que acudir a figuras sancionatorias o de exorbitancia. Para ello, las partes pueden establecer de manera expresa y clara los supuestos de hecho que se entenderían dentro de la ejecución del contrato como una situación de incumplimiento previsible. De esta forma, cuando alguno de tales supuestos se presente, la parte cumplida puede ejercer dicha cláusula y terminar el contrato.

En este sentido, las partes por ejemplo pueden pactar en un contrato de obra que, si a pesar de no haber finalizado el plazo previsto para la ejecución del contrato, el atraso en el plan de obras hiciera evidente que es imposible terminar en la fecha prevista, pueda el Contratante terminar

unilateralmente el contrato y asignar un nuevo contratista. Esto se ajusta a lo señalado por Contardo (2013), ya citado, quien al explicar el incumplimiento previsible resalta que este “permite al acreedor dar por resuelto el contrato, antes de la llegada del plazo, cuando no haya dudas que el deudor no ejecutara la prestación en el tiempo debido o, bien, que su inejecución aparezca muy probable” (p. 227). También encuadra con lo definido por el artículo 7.3.3 de los Principios Unidroit: “Incumplimiento anticipado. Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato”.

En este orden de ideas, es posible pactar una cláusula de terminación unilateral por incumplimiento previsible en cualquier contrato sujeto a plazo cuyo avance de ejecución o resultado, sea objetivamente medible. Esto supondría que no habría necesidad de esperar al día del cumplimiento del plazo para declarar el incumplimiento del contrato, sino que bastaría prever objetivamente, con la medición, que el cumplimiento en la fecha prevista no se va a dar. Bajo esta óptica, puede afirmarse que, a la luz de libertad contractual y autonomía negocial que les asiste a las partes en el marco de la contratación privada [Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia. Radicación (41783), 2016], estas podrían acordar los supuestos de hecho que en su entender constituyen causales de terminación unilateral que, de presentarse, no constituyen incumplimiento en sí mismo, sino el cumplimiento de una condición de carácter liberatoria que habilita al Contratante a extinguir la relación contractual, fundamentado en que, de concretarse la condición, habría certeza para el contratante que el deudor, dentro del plazo previsto, no cumpliría con la prestación a la que se obligó.

Ahora bien, en principio puede verse problemático que se pacten cláusulas que terminan el contrato estatal ante un hecho que no es propiamente un incumplimiento el cual, en principio, se

concretaría únicamente cuando fenezca el plazo previsto para la entrega de la prestación a la que se ha obligado el Contratista, sin embargo, podría decirse que este tipo de previsiones, es decir, las que configuran un incumplimiento antes de vencido el plazo o que califican la ocurrencia de un hecho como grave incumplimiento, ya se están pactando en los Contratos estatales. Como ejemplo de lo dicho, señalamos a los Contratos 4G de Concesiones celebrados en Colombia, pues resultan ser de los más importantes del país teniendo en cuenta que el monto de inversión es de aproximadamente 43.9 billones de pesos (Andrade, s.f).

El Programa de 4G en Colombia, se refiere al Programa de Cuarta Generación de Concesiones Viales que busca reducir el rezago en “infraestructura y consolidar la red vial nacional a través de la conectividad continua y eficiente entre los centros de producción y de consumo, con las principales zonas portuarias y con las zonas de frontera del país” (CONPES 3760, 2013). El objetivo del programa, en términos constructivos, es construir aproximadamente 3400 Kilómetros de dobles calzadas (Andrade, s.f).

Para este programa, la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) estructuró la minuta de un contrato dividido en Parte General, Parte Especial, y 9 Apéndices Técnicos que pueden ser consultados en su portal web (ANI, s.f), los cuales actualmente regulan de manera uniforme, salvo las particularidades de cada Proyecto, las relaciones Estado – Concesionarios de varios de los Proyectos Viales del País. En esta minuta se previó lo siguiente en el Capítulo XI de la Parte General:

CAPÍTULO XI CLÁUSULAS EXCEPCIONALES AL DERECHO COMÚN

11.1 Caducidad

- (a) Si se presenta algún incumplimiento de las obligaciones a cargo del Concesionario establecidas en el Contrato, que afecte de manera grave y directa la ejecución del mismo, de manera tal que evidencie que pueda conducir a su paralización o se presentan las causales previstas en las leyes 40 de 1993, 80 de 1993, 418 de 1997 prorrogada por la ley 1421 de 2010, 610 de 2000 y demás normas aplicables, la ANI, por medio de acto administrativo debidamente motivado, podrá decretar la caducidad del Contrato y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre, salvo que los Prestamistas ejerzan su derecho de toma de posesión regulado en la Sección **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de esta Parte General.
- (b) Para efectos de este Contrato, y sin perjuicio de la facultad general consagrada anteriormente y de la necesidad de que se configuren los requisitos previstos en la Ley Aplicable, las Partes entienden que los siguientes son incumplimientos que afectan de manera grave y directa la ejecución del Contrato, y evidencian que puede conducir a su paralización:
 - (i) Cuando el Concesionario no corrige los incumplimientos que dan lugar a la aplicación de Multas, dentro del término máximo contado

desde la expiración del Plazo de Cura que para cada causal de Multa se establece en la Parte Especial.

- (ii) Cuando se llega al límite máximo total del valor de las Multas que pueden ser impuestas al Concesionario, según este límite se señala en la Parte Especial.
- (iii) Cuando se alcanza el límite de Deducciones establecido en la Parte Especial.
- (iv) El incumplimiento no subsanable (que de conformidad con los contratos de crédito sea de tal gravedad que genere la aceleración del crédito respectivo y que, de acuerdo con esos mismos contratos de crédito, de lugar a la aplicación de la toma de posesión establecida en esta Parte General) de las obligaciones del Concesionario frente a sus Prestamistas, a menos que los Prestamistas o un nuevo Concesionario propuesto por ellos, continúe con la ejecución del Contrato, en los términos previstos en la Sección **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de esta Parte General (ANI, s.f). (Resaltado no es original)

Como se nota, comienza el texto contractual a reproducir parte de lo previsto por el artículo 18 de la ley 80 de 1993, para concluir que la ANI podrá decretar la caducidad del contrato

cuando se presente algún incumplimiento de las obligaciones a cargo del Concesionario establecidas en el Contrato, que afecte de manera grave y directa la ejecución del mismo; seguidamente y con el ánimo de concretar con mayor precisión cuándo habrá afectación grave y directa que afecte la paralización del mismo, se ha pactado que las partes entenderán como graves incumplimientos revestidos con la fuerza suficiente para fundamentar una caducidad, cuatro supuestos de hecho, de entre los cuales destacamos el que se refiere a que el “Concesionario no corrige los incumplimientos que dan lugar a la aplicación de Multas, dentro del término máximo contado desde la expiración del Plazo de Cura que para cada causal de Multa se establece en la Parte Especial”.

Haciendo la remisión a la Parte Especial de la minuta para averiguar cuáles serían los incumplimientos que darían lugar a multa, nos encontramos que la Cláusula 6.1 trae a colación 20 causales, entre las cuales nos encontramos una general que no daría lugar a la caducidad, con lo cual se obtienen 19 posibles hechos considerados como incumplimientos y que son causales de multa que, de no sanearse en los plazos allí previstos, darían lugar a la aplicación de la caducidad, eso sí, previo agotamiento del debido proceso.

Este catálogo de multas, a excepción de las relacionadas con las entregas reales de las Unidades Funcionales construidas (es decir, entrega de obra terminada. Por ejemplo, un Proyecto se puede dividirse en 5 Unidades Funcionales y cada una de ellas tiene fecha de entregas distintas en el marco del plazo global del contrato), encontramos algunas cuyo incumplimiento no sería grave al no hacer imposible la ejecución del contrato. Al respecto, recordemos que, la caducidad, a diferencia de la terminación unilateral (salvo en el caso de los contratos estatales sujetos al régimen de derecho privado, tal como se ha indicado), procede en caso de incumplimiento grave del contratista. La caducidad es entonces, “una atribución para afrontar el

incumplimiento del contrato [...] que se podrá decretar [...] cuando el incumplimiento de las obligaciones del contratista haga imposible la ejecución total del contrato” [Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia. Radicación (15024), 2012].

De acuerdo con lo anterior, tenemos que la Cláusula 6.1 de la Parte Especial de la minuta de la ANI, prevé en resumen las siguientes multas:

Multa por no recibo de Unidades Funcionales: Por no recibir físicamente las Unidades Funcionales o no ocupar o no recibir los Predios incluidos en el Proyecto, en los plazos y demás términos y condiciones establecidos en el Contrato (...).

(b) Multa por incumplimiento en la entrega de los Estudios y Diseños: Por no entregar los Estudios de Detalle o los Estudios de Trazado y Diseño Geométrico, en los términos, tiempo y condiciones señalados en el Contrato, (...).

(c) Multa por no terminación de Unidad Funcional: Por no terminar las Intervenciones de cada Unidad Funcional, en los plazos establecidos en este Contrato (...).

(d) Multa por el incumplimiento en la entrega del Plan de Obras: Por no cumplir con la entrega del Plan de Obras o con las condiciones para su elaboración y presentación.

(e) Multa por el incumplimiento en el Plan de Obras: Por no cumplir con los avances de obra previstos en el Plan de Obras (...).

(f) Multa por incumplimiento de las Obligaciones Ambientales: (...)

(g) Multa por incumplimiento de las obligaciones prediales: Si el Concesionario incumpliere las obligaciones de Gestión Predial que de acuerdo con este Contrato le son exigibles, (...).

(h) Multa por incumplimiento en la entrega de información al Interventor y/o a la ANI: Si el Concesionario no entregare la información completa que le solicite el Interventor, siempre y cuando ésta se relacione con el objeto del presente Contrato, dentro de los plazos y en los términos de cada requerimiento (...).

(i) Multa por incumplimiento en la obligación de entregar cualquiera de los documentos mencionados en la Sección 4.2 (z) de la Parte General. Por no entregar cualquiera de los planes y/o manuales en los plazos y cumpliendo con las características descritas en el Contrato (...).

(j) Multa por Incumplimientos recurrentes de los Indicadores: (...).

(k) Multa por Incumplimientos recurrentes de las Obligaciones de Operación y Mantenimiento durante la Etapa Preoperativa: (...)

(l) Multa por Incumplimientos de las Especificaciones Técnicas: (...)

(m) Multa por cobro excesivo de Peajes: En caso de que el Concesionario haya cobrado tarifas de Peaje en montos superiores a las tarifas autorizadas contractualmente, (...).

(n) Multa por incumplimiento en la constitución y fondeo de Subcuentas: Por no constituir y/o fondear las subcuentas a las que se refiere la Sección 4.5 de esta Parte Especial, dentro de los plazos y con los montos, (...).

(o) Multa por incumplimiento en el Cierre Financiero: (...).

(p) Multa por incumplimiento en los Giros de Equity: (...).

(q) Incumplimiento en el pago de los salarios, prestaciones sociales y parafiscales (...).

(r) Multa por utilización de software carente de licencia: (...).

(s) Multa por incumplimiento en la constitución y mantenimiento de las garantías: (...).

(t) Multa por incumplimiento de otras obligaciones del Proyecto: (...).

Transcritas las causales de multa que además podrían dar lugar a la declaratoria de caducidad, se evidencia que, suscrito el contrato, las partes habrán de aceptar que la ocurrencia de cualquiera de estas constituirá causal para una eventual caducidad si, transcurrido el plazo de cura, el contratista no supera el incumplimiento correspondiente, sin la necesidad que tal hecho corresponda necesariamente alguno que hiciera imposible la ejecución del contrato. Por ejemplo, no parece razonable que incumplir con la entrega de información al interventor (literal (h) citado), la utilización de software sin licencia (literal (r) citado), o incumplimiento en el mantenimiento de las garantías (literal (s) citado), imposibilitara la ejecución del contrato y diera paso a una eventual caducidad si, por otra parte, el contratista está cumpliendo cabalmente con la ejecución de su objeto principal, que es, por lo general, construir, rehabilitar, operar y mantener una vía.

La efectividad y fundamento de esta cláusula, esta entonces ligada a que las partes, en el ejercicio de su libertad contractual han querido determinar de antemano qué hipótesis constituyen graves incumplimientos que impiden la ejecución contractual y habilitarían la caducidad. Estas hipótesis, en nuestra opinión, pueden asimilarse a las de un incumplimiento previsible en el entendido que se podría sustentar algunas causales de estas en la certeza del incumplimiento futuro. Lo anterior se hace patente si retomamos las multas previstas en los literales (b) entrega de los Estudios de Diseños, (e) Multa por el incumplimiento en el Plan de Obras Multa, (o) Multa por incumplimiento en el Cierre Financiero y aceptamos que dichos incumplimientos, aunque no son definitivos, si diera lugar a concluir que producirían inexorablemente el incumplimiento definitivo del contratista en el plazo previsto por lo que

resulta oportuno caducarlo con anticipación. En efecto, cabe esperar que, si el contrato tiene un plazo para realizar los diseños y otro para construir lo diseñado y se presenta un atraso considerable en el primero, el contratista no cumplirá con las obras en el plazo esperado.

De igual manera, si iniciadas las obras, se presenta un atraso de cronograma y el contratista no logra recuperarse del mismo en un término prudencial, cabe concluir que no está en capacidad de cumplir las obras en el plazo final pactado; en idéntico sentido, si el contratista, tratándose de un proyecto que requiere financiación privada, no logra el cierre financiero en los plazos pactados, es evidente que no podrá proceder a construir y cumplir, pues el dinero es un elemento esencial para emprender el cumplimiento. Como se observa, se trata entonces de hechos que, de presentarse, implican un incumplimiento parcial y actual de obligaciones accidentales que dan certeza de un incumplimiento futuro de la obligación principal por parte del contratista, lo cual, según consta en la minuta en análisis, daría lugar a la caducidad.

Así las cosas, aunque el ordenamiento jurídico no lo prevé, hemos demostrado que sí existen contratos estatales (no sujetos al derecho privado) que, en orden a proteger el interés general, han incluido cláusulas en Contratos estatales sustentadas en la voluntad de las partes, tendientes a terminar el contrato antes que el incumplimiento definitivo de la obligación principal se produzca, fundamentado en incumplimientos parciales que dan cuenta previsiblemente que el Contratista no cumplirá con su prestación principal al momento de cumplirse el plazo. En todo caso, idénticas formas y consideraciones podrían ser aplicables a una eventual terminación unilateral por incumplimiento previsible en los contratos estatales sujetos al derecho privado, que daría lugar a unos efectos incluso más benevolentes para el Contratista, comparados con los que se obtendría con la caducidad, dando lugar a la protección del interés general.

Ya hemos dicho que la terminación unilateral del contrato y la caducidad administrativa, se asemejan en sus efectos extintivos, pero difieren en los motivos que permiten su declaración (Lamprea, 2007, p. 321), pues, mientras la caducidad es una sanción al incumplimiento del contratista, la terminación unilateral se fundamenta en la protección del “interés general para impedir la paralización o afectación grave de un servicio” (Palacio, 2004, p. 301).

Tenemos entonces que, los contratos estatales en sus clausulados, por lo menos lo de 4G, se están preocupando por buscar formas de dar paso a la liberación contractual antes que el incumplimiento del contratista sea definitivo; para ello hacen uso de una figura rígida, moldeándola a través de cláusulas aceptadas por las partes que dan fuerza a supuestos de hecho, que por sí solos ante un juez no la tendrían, para fundamentar una eventual caducidad que, por sus consecuencias, tendrá un eventual y estricto control del juez quien validará o invalidará este tipo de provisiones contractuales.

Es claro así que existen en los contratos estatales, cláusulas que se asimilan a una terminación unilateral por incumplimiento previsible, contempladas en forma de incumplimientos parciales que dan lugar a la caducidad, según hemos explicado. En cualquier caso, es evidente que este tipo de estipulaciones que apelan a indicios ciertos (incumplimientos parciales) de incumplimientos futuros, existen porque se busca al ahorro de recursos públicos y garantizar en mejor medida la prestación de servicios públicos a cargo del Estado, pues así no sería necesario esperar a que suceda el incumplimiento definitivo del contratista, como tampoco haría falta la interrupción o mala prestación del servicio público para dar por terminada cierta relación contractual, salvaguardándose en mejor medida el interés general.

Por supuesto, para ello, y sobre todo si se refiere a la aplicación de una cláusula general que habilite la terminación unilateral por incumplimiento previsible, es necesario cumplir con ciertas condiciones a las que se ha hecho referencia de manera transversal hasta el momento, las cuales, en conjunto con los efectos enunciados en este capítulo, serán abordados a continuación.

3. Condiciones para la aplicación de la terminación unilateral por incumplimiento previsible en los contratos estatales

Acabamos de ver que algunos contratos estatales contienen cláusulas con supuestos de hecho que se asemejan a los de incumplimientos previsibles, también, hemos afirmado que en los contratos estatales sujetos al derecho privado, con fundamento en la autonomía de las partes, se pueden incorporar cláusulas de terminación unilateral por incumplimiento previsible, con lo que esta figura encuentra un espacio real como forma de salvaguardar el interés general, pero su aplicación requiere de ciertas condiciones particulares.

El propósito de este acápite es determinar la aplicación de la terminación unilateral por incumplimiento previsible en los contratos estatales sujetos al derecho privado y dar respuesta a la pregunta de investigación. Para ello, en primer lugar, se desarrolla la conmutatividad y la igualdad de las partes de los contratos estatales sujetos al derecho privado, posteriormente se señalan los límites a la autonomía de la libertad y la libertad contractual y, en segundo lugar, se abordan las condiciones y parámetros que viabilizan la terminación unilateral estudiada.

3.1. Conmutatividad de los contratos estatales sujetos al derecho privado e igualdad de las partes.

La conmutatividad refiere a la equivalencia material entre las prestaciones de las partes y se da sobre la base de referentes objetivos- términos y condiciones surgidos al momento de proponer o contratar- que adquieren fuerza debido a la manifestación voluntaria y de la buena fe de las partes intervinientes (Santofimio, 2009, p. 17). Conlleva el surgimiento para ambas partes de una obligación ya sea de dar o de hacer, con equivalencia de lo que la otra parte debe dar o hacer; la ruptura de dicha relación igualitaria comporta la obligación para una de las partes de restablecer el equilibrio quebrantado (Safar, 2006).

En los contratos estatales sujetos al derecho privado, el fenómeno de la conmutatividad se plantea sobre la base de equilibrio, del supuesto de igualdad y por tanto ningún contratante está obligado a soportar cargas que no le corresponden jurídicamente sin recibir la respectiva indemnización a cambio. Al respecto señala el Consejo de Estado que es “la regla general en los contratos celebrados por la Administración pública, puesto que los principios que orientan la función administrativa y la contratación estatal (transparencia, economía y responsabilidad) exigen que todo contrato público verse sobre prestaciones definidas, predeterminadas y equilibradas” [Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación (1.792), 2006].

En ese sentido, no pueden existir circunstancias dudosas para el contratista, quien debe, desde el momento en que formula su oferta a la Entidad Estatal, tener claras las “reglas del juego”. De llegar a existir en los pliegos de condiciones o términos de referencia, estas serán ineficaces de pleno derecho. Además, durante la ejecución del contrato, la equivalencia objetiva de las prestaciones recíprocas debe mantenerse en aras de salvaguardar el equilibrio económico del contrato y, de hecho, de conservar el carácter contractual del acuerdo alcanzado por el Estado y su contratista. Como enseña Escobar (1999):

(...) a pesar de que la ley le otorga a la Administración Pública la potestad de modificar unilateralmente el objeto de la relación contractual, la equivalencia económica entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de la celebración del contrato, siempre se encuentra a salvo (p. 22).

A su vez, este fenómeno conlleva a las partes dentro del contrato estatal a una posición de igualdad, pues ni la persona jurídica pública debe tener más prerrogativas o beneficios ni tampoco el particular por la simple naturaleza del contrato; ambos se deben ubicar en una misma posición con beneficios y garantías equivalentes, sin ninguna clase de distinción. Esta igualdad o paridad, según lo explica la Corte Suprema de Justicia, así como la claridad de las reglas de juego, puede satisfacerse de la siguiente manera, según se ha citado con anterioridad:

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. Igualmente, para preservar la simetría, paridad o equilibrio objetivo de las partes, la buena fe, lealtad y evitar abusos, la eficacia de estas cláusulas se subordina a la reciprocidad de la facultad para ambas partes o, estipulada para una, a un preaviso razonable de quien la ejerce dando a conocer a la otra el incumplimiento preciso, su derecho a subsanarlo antes de vencer el término y la terminación al expirar cuando no rectifica su conducta según corresponde a la probidad o corrección exigible, el principio de la conservación del acto, su utilidad y la gravedad de

aqué (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01, 2011).

En este mismo sentido, también ha de mantenerse las condiciones sobre las cuales se sustentó la propuesta y el contrato celebrado durante la ejecución e incluso durante su liquidación, manteniéndose en estas instancias necesariamente las obligaciones y derechos originales y así también las contingencias y los riesgos previsibles que asumieron (Santofimio, 2009).

La aplicación de la conmutatividad da paso así a diversos mecanismos para conjurar aquellos factores o contingencias que puedan determinar la inejecución de lo pactado, destacándose dentro de ellos el reajuste de los precios convenidos de tal manera que al mantenerse el valor real durante el plazo negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones y se satisfaga entonces el interés general mediante la prestación del servicio público, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio, debe de inmediato restablecerse.

Ahora bien, esta propiedad del contrato estatal para el asunto bajo estudio, soporta la facultad de ambas partes en condiciones de igualdad de dar por terminada la relación negocial ante el incumplimiento previsible, pues, en forma diferente, podría dar paso al rompimiento del equilibrio contractual. Así mismo, exige que la estipulación de dicha facultad se incorpore en los pliegos de condiciones y en el contrato, de manera que no se convierta en una obligación indeterminada, no motivada e irrazonable que pueda afectar el interés público o general; y se pacte con base en referentes objetivos que se aproximen a un real equilibrio económico, sin sujetarse solamente a supuestos convencionales [Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia. Radicación (35268), 2015].

La conmutatividad contractual, entonces, implica que, para alegar el incumplimiento anticipado, hace falta que exista certeza, claridad y objetividad de la cláusula que estipula tal condición desde la etapa precontractual y que la condición sea recíproca y pactada en condiciones de igualdad para la aplicación de la misma o que, siendo pactada solo para una, exista un preaviso y una oportunidad para el saneamiento.

Ya en el campo de su aplicación, la conmutatividad exige que haya certidumbre objetiva que el obligado incumplirá de forma esencial, bien porque no quiere, y así lo ha declarado expresamente, o bien porque por razones cronológicas resulta indudable que no va a cumplir en el plazo fijado contractualmente, sin que resulte necesario esperar a que este plazo llegue (Cabello, 2017). Se legitima así, desde el punto de vista de la conmutatividad, la resolución contractual aun cuando no haya transcurrido el plazo pactado o se haya devenido exigible la obligación y, por tanto, sin existir en dicho momento, incumplimiento en su concepción más común y habitual.

3.2. Límites a la autonomía de la voluntad y la libertad contractual en los contratos estatales sujetos al derecho privado.

En los contratos estatales sujetos a derecho privado, las partes poseen autonomía para “pactar las cláusulas que mejor regulen sus intereses, entre ellas la forma como terminará su relación contractual y los efectos de esa terminación.” (Molina, 2009, p. 91). Esto por cuanto la entidad pública exceptuada del Estatuto General de Contratación Pública ejerce sus funciones dentro de un ámbito de mercado, en el cual rige el principio de igualdad, la voluntad de las partes, la libre

competencia y no hay cabida al poder imperativo de la Administración [Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia. Radicación (56.562), 2017].

Así mismo, esto es así debido a que los actos mediante los cuales se ejerce la cláusula convencional de terminación unilateral del contrato son una actuación netamente contractual y no el ejercicio de la función administrativa, lo que permite su pacto. En ese sentido, es ilustrativo lo expuesto por el Consejo de Estado:

(...) 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, Sección Tercera, Sentencia. Radicación (41783), 2016].

A pesar de ello, el arbitrio de las partes para pactar las distintas cláusulas contractuales, particularmente la manera para dar por terminado el contrato unilateralmente y las causales de incumplimiento que legitimarán el ejercicio de la cláusula, se encuentra sujeto a límites y cargas, las cuales analizará el juez para valorar si la cláusula se apegó a la Constitución y la ley.

El primero de estos límites, corresponde al orden público, en virtud del cual resultan inválidos los actos o disposiciones expresamente prohibidos por la ley (Hinestrosa, 2014, p. 19). Ello por cuanto es la Ley la que establece aspectos del contenido del contrato y la que impone soluciones, a veces no consideradas y otras, ni siquiera queridas por las partes al celebrar el contrato (Hernández & Guerra, 2012, p. 39). Así, por ejemplo, la redacción de la cláusula de terminación unilateral del contrato deberá ser clara en cuanto a las obligaciones generadoras del incumplimiento que da paso a la terminación y no de cualquier manera como podrían pretender las partes, so pena de “entenderse como una cláusula estilo y considerarse como no incluida” (Rengifo, 2012, p. 27).

El segundo límite corresponde a las buenas costumbres, por la cual, pueden resultar nulos pactos contractuales que sean “inmorales”. La razón de ello es que la moral, entendida como un conjunto de convicciones de orden ético y de valor, impide celebrar contratos contrarios a “la convivencia pacífica y civilizada entre los hombres y a su progreso económico y social (...); a la libertad, a la dignidad y a la seguridad de los individuos (...); y al buen criterio, la prudencia, la severidad” (Hinestrosa, 2014, p. 10), es decir que, será inmoral, cualquier disposición contractual que esté en contra de los principios y valores que rigen la iniciativa privada. En ese sentido, el incumplimiento debe tener la relevancia necesaria para impedir la consecución de la finalidad querida por las partes y perturbar la economía del contrato, pues la “terminación unilateral de un acuerdo, sin mediar un incumplimiento grave o sustancial, constituye, sin ambages, una actuación de conducta contraria a las buenas costumbres” (Rengifo, 2009, p. 24).

El tercer límite, es la legalidad, de donde se desprende que los efectos del contrato solo se obtienen con la condición de que el negocio haya sido válidamente celebrado, es decir que haya acogido las pautas normativas que le rigen, entre otras:

(...) utilizar medios idóneos para la integración del supuesto de hecho legal del negocio, observar una forma necesaria con función constitutiva y formular adecuadamente el precepto contractual para evitar atribuir a expresiones y fórmulas con un preciso significado usual, un significado convencional absolutamente incompatible con aquél (Betti, 1959, p. 90).

De ello que, siendo válida la cláusula de terminación unilateral aquí estudiada, sea legal su ejercicio sin intervención del Juez, así como acudir a la justicia si se considera que la terminación fue abusiva.

El cuarto límite corresponde a la buena fe como directriz en el desarrollo del proceso contractual, en virtud de esta, el comportamiento de las partes debe ser honesto, diligente y leal garantizando la armonía de los intereses de cada extremo negocial. Así mismo, debe obrarse inspirado en el sentido de probidad “tanto en la representación real y no maliciosa de los derechos y deberes que derivan de ella, como en el modo de hacerlos valer, o de observarlos, en función del fin que el contrato suele satisfacer” (Hinestrosa, 2014, p.11).

La buena fe como límite a la autonomía de la voluntad, protege las expectativas razonables de las partes y la recíproca confianza existente entre ellas, regulando el ejercicio de poderes discrecionales para evitar su abuso en desmedro de lealtad negocial (Rengifo, 2009). De igual forma, controla que no se genere enriquecimiento sin causa de quien termina el contrato, ni su uso a la manera de una condición meramente potestativa, convirtiéndose en un instrumento de civilización del contrato (Bénabent, 2007, p. 151). Por ello, para que una de las partes pueda aplicar la cláusula de terminación unilateral, debe otorgarle un preaviso a la otra para que efectúe

todas las actuaciones necesarias tendientes a organizar las consecuencias de la ruptura, so pena de una actuación de mala fe que expresa la lógica desleal del más fuerte. Esto resulta consonante con los mecanismos internacionales que contienen la terminación unilateral por incumplimiento previsible; así, por ejemplo, el artículo 72 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (2011) reza:

(...)

2) Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

3) Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones.

Se colige entonces que, el orden público, las buenas costumbres, la legalidad y la buena fe, son límites a la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual de las entidades y los particulares en los contratos estatales sujetos a derecho privado, límites que deben tenerse en cuenta al momento de pactar la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento previsible y también para el momento de su aplicación. En otras palabras, 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.

3.3. Buena fe contractual, abuso del derecho y otras condiciones como límites que viabilizan la terminación unilateral por incumplimiento previsible.

Como se desprende de la jurisprudencia citada a lo largo de esta investigación, la disposición contractual de terminación unilateral por incumplimiento previsible en los contratos estatales sujetos a derecho privado requeriría de la concurrencia de las siguientes condiciones para su validez: que no se presente un abuso del derecho² y por tanto que se ajuste a los parámetros de la buena fe exenta de culpa.

Respecto al abuso del derecho, existirá tal cuando “(i) (...) el hecho cause un daño al ejercer un derecho subjetivo, sea este personal o real, (ii) que no se trate de aquellos derechos llamados absolutos y (iii) que el ejercicio del derecho subjetivo sea abusivo” (López, 2005, p. 312). También cuando concurren la intención de perjudicar, la actitud maliciosa, la falta (intencional o no), la desviación de la finalidad social de un derecho y/o la voluntad de eludir obligaciones legales o contractuales (Molina, 2006).

Así, la facultad para la terminación unilateral (derecho subjetivo personal no absoluto) será abusiva cuando se ejerza “con excesiva irritabilidad o se convierta en un instrumento de tiranía” (Guyenot, 1976, citado por Behar-touchais & Virassamy, 1999, p. 57). De igual forma, cuando las partes actúen de mala fe, arbitraria o en violación de los supuestos establecidos en la cláusula para considerar la terminación legítima. Lo anterior debe analizarse teniendo en cuenta la forma en la que se ha adaptado la cláusula: si se determinan los eventos de incumplimiento, es

² La noción de abuso de derecho refiere a un “ejercicio excesivo de un derecho contemplado por el ordenamiento jurídico o una estipulación contractual, que atenta contra los límites del derecho o del ordenamiento jurídico” (Parra, 2018, p. 41).

necesario que la parte que ejercite esta facultad haya cumplido o haya estado presta a cumplir su obligación; o si por el contrario no se contemplaron causales, se deberá examinar si en su ejercicio no se ha encubierto el incumplimiento de las obligaciones contractuales o en su defecto, se busque únicamente generar daños a la otra parte.

Ahora bien, los supuestos anteriores dan paso a tres situaciones que, de presentarse al ejercer la facultad de terminar unilateralmente una relación contractual, podrían considerarse de mala fe: la primera, en la cual la terminación se realiza de forma abrupta, la segunda, cuando constituye un comportamiento incoherente y la tercera, cuando su intención es perjudicar a la otra parte (Molina, 2006).

En relación con la terminación intempestiva, se configura por la ausencia de preaviso de la terminación unilateral o cuando el mismo es insuficiente, por ejemplo, por otorgar un plazo mínimo o inferior al pactado que no permite a la otra parte organizarse al efecto. También por resultar inidóneo el plazo para permitir a la parte terminada adoptar las medidas necesarias para afrontar la nueva situación que resulta de la extinción del vínculo, de acuerdo con la buena fe. A su vez, en relación con el comportamiento incoherente, este se configura desde la teoría de los actos propios³ y por tanto se presenta cuando una de las partes da por terminado el contrato respetando cabalmente el término de preaviso, pero después de haber hecho creer a la otra parte que la relación contractual continuaría desarrollándose normalmente. Y en relación con el *animus nocendi*, se configura cuando la terminación es determinada por la discriminación, por actos de competencia desleal y/o por el deseo de excluir a un contratante valiéndose para ello de motivos falaces (Molina, 2006).

³ Esta teoría enseña que quien adopte una actitud contraria a su actuación anterior se reputa de mala fe porque viola la confianza legítima. Al respecto ver: Salah Abusleme, María Agnes. Las Doctrinas de los Actos Propios y de la Protección a la Apariencia: Una Mirada Comparativa, en Revista del Magíster y Doctorado en Derecho N°2, año 2008, p.197.

Se observa que los supuestos anteriores atentan contra la buena fe contractual, entendida esta como la expectativa de satisfacción de la otra parte y el respeto de la confianza recíproca. Por ello, en cualquiera de las circunstancias anotadas, surge el deber de indemnizar por daños y perjuicios a la parte afectada y faculta al juez a que intervenga y analice la terminación unilateral a petición de dicha parte, enfocándose principalmente en determinar los daños, derivados de los efectos de la terminación y la terminación en sí misma. Al efecto, el criterio de la buena fe servirá no solo para apreciar el comportamiento de las partes (intempestivo o incoherente), sino también, y con igual grado de importancia, para desentrañar la genuina voluntad o intención de las partes (*animus nocendi*) (Molina, 2006).

Luego entonces, a fin de atenuar las consecuencias de un individualismo desmesurado, el abuso del derecho y la buena fe vienen a colocarse como límite a la facultad discrecional de las partes para terminar unilateral y anticipadamente el negocio jurídico.

3.4. Parámetros para calificar un hecho como incumplimiento previsible en las relaciones contractuales.

Ya se ha visto que la terminación unilateral tiene previstos, por ministerio de la ley y la jurisprudencia, ciertos requisitos que validan su utilización y que aplicarían a aquella que surja de un incumplimiento previsible contemplado en contratos estatales sujetos al derecho privado. Ahora bien, es necesario establecer cómo las partes, en el marco de los requisitos que se requieren para la validez de la inclusión y ejercicio de esta facultad, determina con certeza cuando el incumplimiento es previsible.

Para este fin, es necesario citar nuevamente al Tribunal Supremo Español, quien en sentencia núm. 69/2013, de 26 de febrero (RJ 2013, 4935) ya citada, señaló:

En el caso de que las obligaciones recíprocas o las identificadas por las partes como resolutorias tengan señalado término para su ejecución, como regla no puede afirmarse el incumplimiento hasta que no haya transcurrido el tiempo fijado. Pero en ocasiones, entre ellas cuando es evidente que el obligado incumplirá de forma esencial porque existe certidumbre objetiva de que el obligado no va a cumplir porque además de por otros factores, por razones cronológicas no podía acabar la obra y entregar en el plazo fijado en el contrato no es preciso esperar a que llegue este para instar la resolución manteniendo, con los costes de toda índole que ello conlleva, la vigencia del contrato.

Más aún, la pronta reacción del acreedor ante la evidencia del incumplimiento esencial futuro, se ajusta a reglas de buena fe y, en su caso, puede permitir minimizar los daños y perjuicios derivados para ambas partes del incumplimiento (citado en López, 2016, p. 41).

A partir de este pronunciamiento judicial y de lo desarrollado en el Título 3 del Capítulo I de esta investigación, se proponen cuatro parámetros que servirían para determinar objetivamente la existencia de un incumplimiento previsible y con ello facultar a la partes a terminar unilateralmente el contrato por esta causa: (1) el temporal, asociado al momento en que se hace evidente que un parte no cumplirá con su obligación; (2) la probabilidad de que ocurra el incumplimiento, (3) la gravedad del mismo, lo que exige que este sea esencial, de acuerdo a lo

previsto por el art. 9:304 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), el art. 72.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y el artículo 7.3.3 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010 y; (4) la necesidad de una estipulación contractual clara ajustada a las condiciones jurídicas que hacen viable la terminación unilateral.

El primer parámetro, el temporal, corresponde al momento en el cual se pretende su ejercicio, así, el incumplimiento previsible se configura cuando el contrato está en ejecución, Martínez (2001) explica:

No es aplicable a supuestos en los que las causas posibles de suspensión fueran aparentes en el momento de la celebración del contrato (1129). No puede ser el momento de conclusión del contrato porque si se conoce en ese momento, se entenderá que el riesgo del incumplimiento había sido asumido por la parte contratante (con las correspondientes consecuencias en el precio o en las medidas de seguridad, como contratación de un seguro, aunque no deja de ser curioso que esta interpretación esté exigiendo implícitamente una diligencia cuando a lo que se tiende es a la adopción de elementos objetivos de interpretación) (p. 502)

Seguidamente concluye:

El momento será aquel en el que resulte manifiesto que la otra parte no cumplirá.

El momento debe ser posterior a la celebración del contrato porque el

conocimiento en ese momento implica la asunción de los riesgos del incumplimiento (p. 502).

El segundo parámetro, es el asociado a la probabilidad de que ocurra el incumplimiento. Martínez (2001) comenta que, dentro de la figura del incumplimiento previsible, lo ideal no es que se produzca tal por la mera sospecha, debe darse cierto grado de probabilidad del incumplimiento; adicionalmente, comenta:

El incumplimiento previsible lo es en virtud de determinados hechos o circunstancias. Pero la previsibilidad no es certeza absoluta de que se vaya a producir el incumplimiento. La previsibilidad del incumplimiento no es más que una opinión fundada de una parte contratante que se siente amenazada por el incumplimiento de la otra (p. 503).

Para este autor, dos circunstancias, que deben darse de manera manifiesta, surgen apropiadas para fundar con certeza la probabilidad del incumplimiento previsible: “el menoscabo grave de la capacidad de cumplimiento o de la solvencia de la otra parte, y el comportamiento de la otra parte al disponerse a cumplir con el contrato” (Martínez, 2001, p. 503).

La primera circunstancia, podemos dividirla en dos: (i) el menoscabo grave de la capacidad de cumplimiento o (ii) de la solvencia de la otra parte. Lo primero puede, según Martínez (2001), obedecer a deficiencias técnicas en la producción, causas externas como guerras, embargos, prohibición de importaciones de materias primas esenciales para el cumplimiento del objeto contratado, prohibición de exportaciones de los productos elaborados, etc. En cuanto a lo

segundo, explica el mismo autor, que el deterioro de la solvencia económica puede evidenciarse cuando una de las partes no ha cumplido con sus obligaciones dinerarias en otros contratos, o por encontrarse inmerso en proceso concursal, sin embargo, aclara: “en caso alguno se limita a estos casos, puesto que lo que se pretende garantizar no es la solvencia económica general de la contraparte, sino la capacidad para cumplir con su obligación derivada de la compraventa en concreto” (p. 504).

Cabe destacar como esta primera circunstancia explicada, se empareja apropiadamente con las causales de terminación unilateral previstas en el numeral 2, 3 y 4 del artículo 17 de la Ley 80 de 1993 referidos a la terminación del vínculo contractual por muerte o incapacidad del contratista, por interdicción judicial de declaratoria de quiebra del contratista y por Cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato, respectivamente. Vemos entonces como el ordenamiento jurídico colombiano, ha legalizado causales de terminación que corresponden con hipótesis de incumplimientos previsibles.

La segunda circunstancia, es decir, el comportamiento de la otra parte al disponerse a cumplir con el contrato, explica el autor, pueden ser el cumplimiento defectuoso del deudor en otros contratos, la adquisición de materias primas de inferior calidad a las pactadas, la iniciación tardía del proceso de producción o el incumplimiento de una obligación secundaria cuando de ella se derive que el incumplimiento será eventualmente de mayor calado (Martínez, 2001).

Un tercer parámetro asociado a la gravedad del incumplimiento se refiere a la esencialidad del incumplimiento que se prevé sucederá. En cuanto a esto, el artículo 9:304 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (2000), el artículo 72.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (2011) y el artículo

7.3.3 de los Principios Unidroit, hacen referencia al incumplimiento esencial como elemento central para la terminación unilateral; el Consejo de Estado, por su parte, para la validez de la cláusula de terminación unilateral incluye como requisito “que la cláusula recaiga sobre una prestación principal y sustancial, en cuyo incumplimiento se imposibilita la ejecución del objeto contractual” [Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia. Radicación (41783), 2016].

El Tratado de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (2011), define el incumplimiento esencial de la siguiente manera:

Artículo 25. El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

Los Principios Europeos de Derecho de Los Contratos, explica que:

Artículo 8:103: Incumplimiento esencial

El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato:

(a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato.

(b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado.

(c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte.

Sobre la esencialidad del incumplimiento, Vidal (2009) explica que este va “más allá de los incumplimientos definitivos o de insatisfacción irreversible del interés del acreedor”, y concluye que:

La infracción contractual que autoriza la resolución es el incumplimiento esencial:

i) sea porque priva sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, siempre y cuando ese resultado sea previsible para el deudor al tiempo de contratar; ii) sea porque el acreedor no tiene motivos para confiar en el cumplimiento futuro de su deudor, atendida la conducta o actitud de este último; y iii) sea por voluntad de las partes, ellas así lo acordaron concreta y específicamente (p. 254).

Por otra parte, la posición de la doctrina y la jurisprudencia colombiana son armónicas al exigir, acorde con la buena fe, el carácter grave o esencial del incumplimiento, derivado de una conducta o comportamiento grave del deudor (Molina, 2009).

Ahora bien, de las apreciaciones de Molina (2009) se puede afirmar que, al referirnos a un incumplimiento esencial, hablamos de uno grave. De acuerdo con esto, el carácter grave del incumplimiento debe apreciarse en función de las consecuencias del incumplimiento en relación con el interés de la parte en la permanencia del contrato, siendo ‘esenciales’ aquellas obligaciones que tenga tal naturaleza o aquellas a las cuales las partes hayan reconocido tal valor. Al respecto la Corte Suprema de Justicia explica que:

En justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra (...) De manera que, tal cual lo hizo en verdad el sentenciador de segundo grado en el caso sub judice, para que el rechazo de la acción resolutoria se avenga o sea congruente con la equidad, se impone el examen de todas las circunstancias de hecho aplicables al caso (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 11 de septiembre de 1984).

Lo que se concluye, es que el incumplimiento debe evaluarse objetivamente y debe tener cierta entidad para autorizar la extinción del vínculo, esta fuerza se asocia con el interés del acreedor o de la parte que ejerce la facultad de extinguir la relación contractual con el objetivo de proteger sus intereses. Por lo tanto, tomando a Vidal (2009), puede decirse que el incumplimiento esencial será aquel que (i) priva de forma importante a la parte cumplida de lo que tenía derecho a esperar con el cumplimiento, (ii) o cuando el hecho acaecido da lugar a que el acreedor ya no tenga motivos para confiar en el cumplimiento futuro del deudor y, finalmente,

(iii) cuando las partes voluntariamente acordaron concreta y específicamente, como señala Molina (2009), los supuestos de hechos claros y precisos que se entienden causales de terminación unilateral que, para este caso, pueden ser hipótesis de incumplimiento previsible.

El cuarto y último parámetro es la necesidad de una estipulación contractual clara ajustada a las condiciones jurídicas que hacen viable la terminación unilateral, más que sumarse a los primeros tres, corresponde al evento en que las partes decidan, en uso de su libre determinación contractual, elevar a causales de terminación unilateral, supuestos de hechos referidos a incumplimientos preVISIBLES que en su opinión, constituyan justas o determinantes para que, acaecidas, habiliten a la parte cumplida para extinguir la relación contractual. Según Molina (2009), si las partes en la cláusula de terminación unilateral han pactado una o más obligaciones accesorias y han elevado su categoría a esencial, su incumplimiento dará lugar, a la terminación contractual:

Tratándose de una cláusula de terminación unilateral, es posible que las partes en ejercicio de su autonomía contractual eleven a la categoría de esencial, prestaciones que no lo son conforme a los usos y prácticas usuales, o que ellas deseen una ejecución minuciosa del contrato. En ese caso, deberán enunciar de manera clara y exacta cuáles serán las obligaciones cuyo incumplimiento dará derecho a poner fin al contrato. 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.

En Francia se admite el ejercicio de la cláusula resolutoria para obligaciones no esenciales, a condición de que hayan sido expresamente enunciadas en la cláusula. Así las cosas, cuando la terminación unilateral tenga su fuente en la ley o en una cláusula general de terminación unilateral, el incumplimiento debe ser grave o esencial. Pero si en dicha cláusula se ha pactado que el incumplimiento de una o más obligaciones accesorias, las cuales han sido pormenorizadas, dará lugar a la terminación del contrato, deberá concederse plena validez a lo acordado por las partes (P. 105).

En consecuencia, tratándose de una cláusula general de terminación unilateral por incumplimiento previsible, la parte que pretenda hacer uso de la misma debe verificar que lo hace durante la ejecución del contrato y antes del vencimiento del plazo del mismo, que tiene razones objetivas debidamente fundadas de un probable incumplimiento derivadas de los hechos o comportamientos manifiestos del deudor y que, el incumplimiento que se avizora, sea esencial. En todo caso, podrán las partes acordar expresa y claramente, supuestos de hechos constitutivos de incumplimientos previsibles y elevarlos a la categoría de incumplimientos esenciales, dotándolos, de antemano y por ministerio de su propia voluntad, de la fuerza suficiente para aniquilar la relación contractual.

Conclusiones

De acuerdo con lo estudiado, es posible en el ordenamiento jurídico colombiano, la terminación o resolución unilateral del contrato privado por incumplimiento de una de las partes o *ad nutum* sin intervención judicial, fundamentado, en unos casos, en la voluntad de las partes expresada en el contrato, y en otras oportunidades, en la Ley, cuando ella expresamente lo prevé, aunque la doctrina no es pacífica sobre la materia. Esto daría lugar a que, tales disposiciones también estén permitidas en los contratos Estatales sujetos al derecho privado.

Esta facultad para extinguir la relación contractual está vedada para los contratos Estatales no sujetos al derecho privado, pues la jurisprudencia ha insistido que la terminación unilateral es una exorbitancia que debe limitarse a las causales previstas en la Ley, por lo que cualquier estipulación contractual en este sentido carece de toda validez.

Pactada en los Contratos Estatales sujetos al derecho privado, las cláusulas de terminación unilateral resultan completamente válidas y legales. Estas pueden ser ejercidas de forma directa, es decir, sin necesidad de acudir ante el juez competente para que se declare la terminación, sin que esto implique la expedición de un acto administrativo.

Este tipo de estipulaciones, para los contratos estatales sujetos al derecho privado, se encuentra limitadas por el orden público, el interés general, los principios que rigen la actividad estatal, en particular los principios de la función administrativa y, en todo caso, está proscrito el uso de las cláusulas que configuren un abuso del derecho. Además, será necesario que cumpla con ciertos requisitos presentados por la jurisprudencia civil y administrativa colombiana: i) que la cláusula se pacte expresamente y de manera singular, precisa, específica y concreta, ii) que la cláusula recaiga sobre una prestación principal y sustancial, en cuyo incumplimiento se

imposibilita la ejecución del objeto contractual y iii) que la estipulación no aparezca bajo el ejercicio de una posición dominante o arbitraria y por tanto, debe haber reciprocidad de la facultad para ambas partes o, estipulada para una, a un preaviso razonable de quien la ejerce, dando a conocer a la otra el incumplimiento preciso, su derecho a subsanarlo antes de vencer el término y la terminación al expirar cuando no rectifica su conducta.

Tratándose de la terminación unilateral por incumplimiento previsible, encontramos que esta haya cierto desarrollo en instrumentos internacionales y en la legislación foránea. Resulta claro en principio, a partir de las definiciones encontradas, que esta figura parece haber sido prevista para que se aplique en los contratos sujetos a un plazo determinado, pues el plazo serviría de parámetro para determinar con certeza objetiva que, con anticipación a la llegada de la fecha pactada para cumplir lo pactado, el deudor no cumplirá con lo que se ha obligado.

Esta figura es foránea y no ha sido desarrollada en el ordenamiento jurídico colombiano donde el congreso se ha limitado a aprobar el Convenio de Viena mediante la Ley 518 de 1999, haciendo posible que, únicamente en contratos internacionales de compraventa de mercaderías en el que las partes se ubiquen en distintos Estados, se haga aplicación de la figura del incumplimiento previsible, por lo tanto, no es viable aplicar esta norma a los contratos estatales y privados que se ejecutan en el territorio nacional. Sin embargo, en materia de contratación estatal, el artículo 17 de la ley 80 de 1993, en sus numerales 2, 3 y 4, contienen hipótesis que podrían ser catalogadas como tal, mientras que, en el ámbito del derecho civil el artículo 1882 C.C. hace lo propio.

Así mismo, es claro que existen en los contratos estatales cláusulas que se asimilan a una terminación unilateral por incumplimiento previsible, contempladas en forma de incumplimientos parciales que dan lugar a la caducidad. Se tratan, de estipulaciones

contractuales que apelan a indicios ciertos (incumplimientos parciales) de incumplimientos futuros, con lo que se busca al ahorro de recursos públicos y garantizar en mejor medida la prestación de servicios públicos a cargo del Estado, pues así no sería necesario esperar a que suceda el incumplimiento definitivo del contratista, como tampoco haría falta la interrupción o mala prestación del servicio público para dar por terminada cierta relación contractual, salvaguardándose en mejor medida el interés general.

Estas cláusulas incorporadas en los contratos estatales, califican como incumplimientos graves o esenciales, conductas o hechos que la entidad contratante ha determinado importante para la protección de sus intereses y que, en estricto orden jurídico, no son incumplimientos o lo son pero meramente parciales (pero no esenciales) y generalmente corresponde a la realización reiterativa de hechos castigados casi siempre con multas que a juicio de la entidad contratante, hace razonable creer que el contratista ya no cumplirá con la obligación principal, minimizándose así el impacto de un posible incumplimiento futuro; aquí, la fuerza vinculante no la da el hecho mismo, sino la aceptación que hacen las partes de estas cláusulas con la suscripción del respectivo contrato.

De cualquier manera, es posible considerar a la cláusula de terminación unilateral, como una cláusula de terminación convencional que puede ser incluida en los contratos, privados o estatales sujetos al derecho privado, con fundamento en la autonomía de la voluntad y la libertad contractual que les asiste a las partes, por lo que sería igualmente posible incluir una de esta especie que verse sobre el incumplimiento previsible, estando limitada por las mismas consideraciones que le son aplicables a la terminación unilateral en términos generales.

Ahora bien, para que no se afecte la conmutatividad que le es propia a los contratos, las partes en condiciones de igualdad y reciprocidad, sin que exista posición dominante por alguna de ellas,

deberán pactar las causales expresas y precisas que podrían dar lugar a su aplicación de este tipo de cláusulas por parte de la Administración; por lo que no es admisible una cláusula general en contratos estatales por los límites jurisprudenciales existentes (deben ser expresas las causales) pero nada impide que los privados la acuerden. Igualmente, bajo el principio de conmutatividad, buena fe e igualdad de las partes, en el momento de su ejercicio o aplicación por parte de la Administración, debe existir un preaviso con un tiempo razonable que atienda a la naturaleza del bien o servicio contratado, así como una oportunidad de saneamiento para el contratista.

La posición de igualdad y reciprocidad, así como el legítimo interés de las partes, se ven protegidos ante una eventual decisión de terminar unilateralmente la relación contractual por cualquiera de ellas, debido a que esta determinación puede ser sometida al control judicial a posteriori para que se evalúe su correcta aplicación. En este sentido, es claro que el ejercicio de la terminación unilateral en general no impide que el juez haga una revisión posterior sobre la licitud de la extinción unilateral del vínculo contractual, verificando que tal prerrogativa haya sido ejercida de conformidad a lo pactado, respetando la buena fe y los demás parámetros legales, contractuales y jurisprudenciales que deben haberse tenido en cuenta.

En cuanto a su utilidad, la terminación unilateral por incumplimiento previsible es un instrumento teóricamente útil de ahorro de recursos públicos y garantía eficaz de la prestación de servicios públicos a cargo del Estado, al no ser necesario esperar a que suceda el incumplimiento del contratista, como tampoco la interrupción del servicio público para dar por terminada cierta relación contractual, salvaguardándose en mejor medida el interés general. Sumado a que permite extinguir, en virtud de la autonomía de la voluntad, la relación contractual sin generar un daño innecesario a las partes y en especial al interés general insito en la contratación estatal.

Tratándose de una cláusula general de terminación unilateral por incumplimiento previsible, la parte que pretenda hacer uso de la misma debe verificar, como parámetros, que: i) lo hace durante la ejecución del contrato y antes del vencimiento del plazo del mismo, ii) que tiene razones objetivas debidamente fundadas de un probable incumplimiento derivas de los hechos o comportamientos manifiestos del deudor y que, iii) el incumplimiento que se avizora, sea esencial.

Así las cosas, podrán las partes en el marco de los contratos estatales sujetos al derecho privado, acordar expresa y claramente, supuestos de hechos constitutivos de incumplimientos previsibles y elevarlos a la categoría de incumplimientos esenciales, dotándolos, de antemano y por ministerio de su propia voluntad, de la fuerza suficiente para aniquilar la relación contractual, única posibilidad que procede en los contratos estatales sujetos al derecho privado.

Referencias

- Academia de Pavia. (2009). *Código Europeo de los Contratos*. Temis, Ubijus, Reus y Zavalía: Bogotá, México, Madrid y Buenos Aires.
- Alcocer, M & Arabia, C. (2013). *Mecanismos de control de las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual*. (Tesis de grado). Recuperado de: <https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/5149/MECANISMOS%20DE%20CONTROLDE%20LAS%20ENTIDADESESTATALES%20PARA%20EL%20CUMPLIMIENTO%20DEL%20OBJETO%20CONTRACTUAL.pdf?sequence=2>
- Alessandri, A. (1983). *Derecho Civil Teoría de las Obligaciones*. Bogotá: El profesional.
- Amazo, D. (2007). ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales? *Estudios Socio-Jurídicos*, (9-2), 181-206. Recuperado de <http://vlex.com/vid/40821461>
- ANI - Agencia Nacional de Infraestructura. (s.f). *Documentos Cuarta Generación, Contrato de Concesión Estándar y Apéndices*. Recuperado de: <https://www.ani.gov.co/proyecto/general/cuarta-generacion-de-concesiones-1068>.
- Andrade, L. (s.f). *Cuarta Generación de Concesiones Viales en Colombia*. Recuperado de: https://www.ani.gov.co/sites/default/files/cuarta_generacion_de_concesiones_luis_fernando_andrade_moreno.pdf
- Bénabent, A. (2007). “La buena fe”, en *El contrato: problemas actuales, evolución, cambios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Betti, E. (1959). *Teoría general del negocio jurídico*. [Traducido por A. Martín Pérez]. Madrid: Comares.

- Bohórquez, A. (2009). *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. De algunos contratos en particular*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Botero, L.F. (2007). La Terminación del Contrato Nuevas Tendencias del Derecho Comparado. En Gaitán J.A & Mantilla, F (Coord.), *Apuntes sobre la terminación unilateral de los contratos en el derecho privado colombiano* (pp. 365-389). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Cabello, J. (2017). El incumplimiento resolutorio previsible o anticipado. Diario La Ley, N° 9050, Sección Tribuna, Editorial Wolters Kluwer.
- Camacho, A & Ternera, F. (2013). La terminación extraordinaria del contrato: muertes especiales de las convenciones. *Revista de Derecho*, (40), 30-52.
- Canal, M. (2016). La aplicación del principio del equilibrio económico a contratos estatales sometidos al régimen normativo del derecho privado. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (15), 143-161.
- Congreso de Colombia. (26 de mayo de 1873). Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>
- Congreso de Colombia. (27 de marzo de 1971). Código de Comercio. [Decreto 410 de 1971]. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102>
- Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993). *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. [Ley 80 de 1993]. DO: 41.094.
- Congreso de Colombia. (16 de julio de 2007). Medidas para la Eficiencia y la Transparencia en la ley 80 de 1993. [Ley 1150 de 2007]. DO: 46.691.

Congreso de Colombia. (S.F) Código Sustantivo de Trabajo. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html

CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013: Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales.

Contardo, J. (2013). Resolución por incumplimiento. Constitución en mora del deudor. Caducidad legal del plazo. Resolución por incumplimiento previsible. Resolución por pérdida de confianza. Corte Suprema, Primera Sala (Civil), 17 de enero de 2012, rol N° 424-2010. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (20), 225-233.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías [Viena, 1980]. (2011). Recuperado de: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>

Escobar, R. (1999). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis.

Favero, O. (2013). *Integración convencional de la teoría de incumplimiento contractual por repudiación anticipada del contrato*. (Tesis de grado). Recuperado de: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116250/De36-DEL%20FAVERO_octavio.pdf?sequence=1

Forero, C. (2003). *Investigación profesoral “Obligaciones sometidas a modalidad”*. Recuperado de: <https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5409/129345.pdf>

Galán, D. (2003). La Compraventa Internacional de Mercaderías y su integración en el Ordenamiento Jurídico Colombiano. *Criterio Jurídico*, (3), 7-33.

Gil, E. (2012). *De las prerrogativas del estado en el marco de la contratación estatal*.

Recuperado de http://www.auditoria.gov.co/Biblioteca_documental/Publicaciones/EGB-Prerogativas_Estado_Contratacion.pdf

Behar-touchais, M & Virassamy, G. (1999). *Les contrats de la distribution*. Paris: LGDJ.

Hernández, K & Guerra, D. (2012). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil.

Sus límites y 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.

Hinestrosa, F. (2016). Tutela del acreedor frente al deudor incumplido. *Revista de Derecho Privado*, (31), 5-21.

Jiménez, B. (2017). *Aplicabilidad de las facultades excepcionales en la actividad contractual de Ecopetrol S.A.* (Tesis de maestría). Recuperado de: <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/10546/Jim%C3%A9nezbrenda2017.pdf?sequence=1>

Klein, M. (1999). *El desistimiento unilateral del contrato*. Madrid, España: Civitas.

Lamprea, P. (2007). *Contratos estatales*. Bogotá, Colombia: Temis S.A.

León, E. (2006). La configuración del incumplimiento contractual. *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil*, (10), 87-125. Recuperado de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752a7fd3404ce0430a010151404c

López, M. (2005). *La doctrina de los actos propios*. Madrid: Reus.

López, J. (2016). *Los contratos. Parte general*. 6a ed. Santiago: Thomson Reuters.

- Marín, J. (2010). El Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías en el marco regulatorio colombiano. *Estudios de Derecho*, (149), 39-60.
- Martínez, A. (2001). El Incumplimiento Esencial en el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías. [Tesis Doctoral]. Universidad de Les Illes Balears. Recuperado de: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/9414/tamc1de2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Matías, S. (2014). Los Servicios Públicos como derechos fundamentales. *Revista Derecho y Realidad*, (24), pp. 315-329.
- Messineo, F. (1952). *Doctrina general del contrato*. Tomo II. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Molina, R. (2006). La terminación unilateral del contrato ad nutum. *Revista De Derecho Privado*, (10), pp. 125-158.
- Molina, R. (2009). La terminación unilateral del contrato por incumplimiento. *Revista de Derecho Privado Externado*, 17, pp. 77-105.
- Navia, F. (2008). La terminación unilateral del contrato de derecho privado. *Revista de Derecho Privado*, (14), 35-67.
- Orrego, G. (2013). La prevalencia de los principios en la contratación estatal, como primer límite al ejercicio de la declaración administrativa de la caducidad del contrato estatal. *Revista Summa Luris*, 1, (1), 35-56.
- Osorio, N. (2013). Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador? *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (10), 95-108.
- Ospina, G. (1994). *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*. 4a ed. Bogotá: Temis.

- Palacio, J. (2004). *La contratación de las entidades estatales*. Bogotá, Colombia: Librería Jurídica Sánchez.
- Palacio, J. (2014). *La contratación de las entidades estatales*. Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez.
- Pizarro, C. (2011). Los remedios al incumplimiento contractual en los proyectos franceses de reforma del Derecho de contratos. *Revista de derecho*, (36), 117-138. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100003
- Principios de Derecho Europeo de los Contratos. (2000). *Kluwer Law International*. 1-93. [Traducción de Martínez, F]. Recuperado de: <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>
- Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2010). Recuperado de: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>
- Rengifo, E. (2009). *La terminación y la resolución unilateral del contrato. Estudios de Derecho Privado*. Tomo II. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rengifo, E. (2012). *La terminación y la resolución unilateral del contrato. En: Estudios de derecho privado*. Tomo II. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rengifo, E. (2014). *Las Facultades Unilaterales en la Contratación moderna*. Bogotá: Legis.
- Riveró, J. (1984). *Derecho Administrativo*. Traducción de la 9a edición. Venezuela: Universidad Central.
- Safar, M. (2006). *Impacto cumulativo y equilibrio económico en el contrato estatal*. (Tesis de grado). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Sanabria, A. (2007). La resolución en el derecho colombiano. En Gaitán, J. & Mantilla, F. (Coord.), *La terminación del contrato: nuevas tendencias del Derecho comparado* (pp. 139-171). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Sánchez, L. (2013). *El derecho inglés y los contratos internacionales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Santofimio, J. (2009). El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (1), 1-57. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2589>
- Tenera, F. (2007). Las resoluciones extrajudiciales de la convención de Viena. En Gaitán J.A & Mantilla, F (Coord.), *Apuntes sobre la terminación unilateral de los contratos en el derecho privado colombiano* (pp. 355-364). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Valderrama, F. (2018). *Cláusula convencional de terminación unilateral en las entidades exceptuadas del estatuto general de la contratación pública*. (Tesis de maestría). Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia. Recuperado de: <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/3981/CL%C3%81USULA%20CONVENCIONAL%20DE%20TERMINACI%C3%93N%20UNILATERAL....pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Vidal, Á. (2009). La Noción del Incumplimiento Esencial en el “Código Civil”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (32), 221-258.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional. (20 de octubre de 1994) Sentencia C-454. Exp. D-575. [MP. Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional. (10 de junio de 1999) Sentencia T-457. Exp. T-216.422. [MP Alfredo Beltrán Sierra].

Corte Constitucional. (8 de noviembre de 2007) Sentencia C- 932, 2007. Exp. D- 6794. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional. (7 de octubre de 2009) Sentencia C-713 de 2009. Exp. D- 7663. [MP María Victoria Calle Correa].

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 23 de febrero de 1961, G. J. XCIV.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 11 de septiembre de 1984.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de agosto de 2011) Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01. [MP William Namén Vargas].

Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil, concepto 1230. (1999). [CP Augusto Trejos Jaramillo].

Consejo de Estado, sala de lo contenciosos administrativo, sección tercera. (7 de septiembre de 1990). Radicación: (3106) [CP Carlos Betancur Jaramillo].

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (12 de diciembre de 2006). Radicación (1.792). [CP Germán Rodríguez Villamizar].

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (2 de mayo de 2007). Radicación: (15.599) [CP Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (30 de julio de 2008). Radicación: (21.574). [CP Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (20 de noviembre de 2008). Radicación: (17031). [CP Ruth Stella Correa Palacio].

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (22 de abril de 2009). Radicación: (14.667). [C.P Miryam Guerrero de Escobar].

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (9 de mayo de 2012). Radicación: (20.968). [CP Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (18 de julio de 2012). Radicación: (21.573). [CP Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (26 de julio de 2012). Radicación: (22.756). [CP Danilo Rojas Betancourth].

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (24 de abril de 2013). Radicación: (24.637). [CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (8 de mayo de 2013). Radicación: (24.510). [CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (24 de Julio de 2013). Radicación: (25.131). [CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (27 de noviembre de 2013). Radicación: (31.431). [CP Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (13 de febrero de 2015). Radicación: (26.938). [CP Olga Mélida Valle de la Hoz].

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (6 de mayo de 2015). Radicación (35.268). [CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (24 de agosto de 2016). Radicación: (41.783). [CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (14 de septiembre de 2016). Radicación: (45.448). [CP Marta Nubia Velásquez Rico].

Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. (20 de febrero de 2017). Radicación: (56.562). [CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa].