

La terminación unilateral del contrato por parte de entidades estatales no sometidas al régimen de contratación estatal colombiano



Daniel Zapata Rueda
Alejandro Gómez Bustamante



Instituto Latinoamericano de Altos Estudios

**La terminación unilateral del contrato
por parte de entidades no sometidas al
régimen de contratación estatal colombiano**

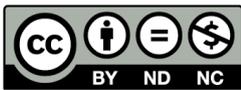
La terminación unilateral del contrato
por parte de entidades no sometidas al
régimen de contratación estatal colombiano

DANIEL ZAPATA RUEDA
ALEJANDRO GÓMEZ BUSTAMANTE

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o un aparte de esta obra sin permiso expreso del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–.

Publicación sometida a evaluación de pares académicos (*Peer Review Double Blinded*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 3.0 Unported License.



ISBN: 978-958-8968-64-3

© DANIEL ZAPATA RUEDA, 2018

© ALEJANDRO GÓMEZ BUSTAMANTE, 2018

© Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2018

Derechos patrimoniales exclusivos de publicación y distribución de la obra

Cra. 18 # 39A-46, Teusquillo, Bogotá, Colombia

PBX: (571) 703-6396, FAX (571) 323 2181

www.ilae.edu.co

Ilustración de portada: ALEX. *Kick of fist*, Referencia de la foto 12039299, Fotolia.

Diseño de carátula, composición y edición electrónica:

Editorial Milla Ltda. (571) 702 1144

editorialmilla@telmex.net.co

Editado en Colombia

Published in Colombia

TABLA DE CONTENIDO

PRÓLOGO	9
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO PRIMERO INTERÉS PÚBLICO Y TERMINACIÓN UNILATERAL EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL	23
CAPÍTULO SEGUNDO AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA	47
CAPÍTULO TERCERO LA TERMINACIÓN UNILATERAL EN EL DERECHO PRIVADO	55
CAPÍTULO CUARTO ÁBUSO DEL DERECHO	63

CAPÍTULO QUINTO	
DIAGNÓSTICO DE ESCENARIOS SOBRE LA IMPOSICIÓN DE CLÁUSULAS UNILATERALES EN EL DERECHO COLOMBIANO	69
I. Posiciones a favor de la imposición de cláusulas de terminación unilateral del contrato	70
II. Posiciones en contra de la imposición de cláusulas de terminación unilateral del contrato	73
III. Posición jurisprudencial frente a sociedades de economía mixta	78
IV. La fuerza vinculante del contrato	82
V. Análisis de imposición de cláusulas de terminación unilateral en sede de laudo arbitral	90
CAPÍTULO SEXTO	
POSICIÓN JURISPRUDENCIAL	95
CONCLUSIONES	109
BIBLIOGRAFÍA	115
LOS AUTORES	121

PRÓLOGO

El libro que a continuación nos presentan DANIEL ZAPATA RUEDA y ALEJANDRO GÓMEZ BUSTAMANTE los autores trata temas que contemporáneamente suscitan interés y posiciones divergentes en la doctrina y la jurisprudencia. El punto medular de la propuesta es el haber dado unos elementos que permitan dar luces al operador jurídico cuando se le presenta una *litis* motivada por la aplicación de la terminación unilateral que de ordinario se encuentra en la legislación que regula el derecho privado y es acogida por la administración en la que se puede presentar una posición dominante que raya en la frontera de la discrecionalidad en abuso de la posición dominante.

Parafraseando a EBERHARD SCHMIDT-AßMANN, quien tomo las palabras del profesor alemán OTTO VON GIERKE al decir que el derecho público y el derecho privado son hijos de una misma madre, pensamiento que cobra relevancia en esta disertación para explicar que se pueden ver desde dos aristas: en tanto que es necesario partir de la separación entre

la sociedad y el Estado, cuando los individuos obran con una libertad básica, como derecho fundamental que, en principio, no está sometida a obligaciones, la Administración está sometida a las competencias conferidas por el derecho constitucional. Por esta diferenciación los actos de la Administración requieren ser motivados, mientras que las actuaciones de los particulares no. De la misma manera, los particulares disponen en derecho alemán, de una autonomía contractual, mientras que la Administración no tiene autonomía contractual.

Estas palabras del profesor SCHMIDT-AßMANN nos dan un abre boca de lo complejo que es tomar una posición objetiva de pleno derecho, la lectura de interés aborda zonas grises al tomar posición cuando uno de los extremos contractuales, a pesar de representar los intereses del Estado, no necesariamente está sometida al ordenamiento jurídico consagrado en el estatuto contractual, sino que además de tener la potestad de regular los procesos contractuales que ésta organice, los hace con base en el ordenamiento jurídico privado; con lo que se abordará y orientará hacia temas como el “interés público”, que a propósito BIELSA citado por el tratadista HÉCTOR JORGE ESCOLA, afirma que uno de los conceptos dominantes que se reconocen en el estudio de la génesis del derecho administrativo es el “interés público”. ESCOLA, precisa que el interés al que se hace referencia (como en este escrito) es el interés colectivo, general o público, usándose indistintamente como sinónimas todas esas expresiones complementarias. En el contrato estatal no hay dos partes iguales, sino una parte que representa el inte-

rés público y otra el interés individual con funciones sociales (art. 32 Ley 80 de 1993), recordemos estas premisas:

a. La dirección general del contrato estará siempre a cargo del Estado (art. 14.1);

b. El ente estatal tendrá en algunos casos facultades excepcionales de hacer (ibídem);

Dicho esto, en las primeras páginas el lector abordará el interés público y el papel que éste desempeña al momento que la administración toma la decisión de terminar el contrato por disposición unilateral en uso de las facultades excepcionales o prerrogativas que se la han otorgado por mandato legal y la explicación de cada uno de los eventos en los cuales se puede aplicar.

La calidad de la autoridad administrativa como medio para proteger el interés público, emergiendo esa mezcla entre los fines propios de la contratación, con los fines propios del Estado, al imponer la carga de considerar la afectación del orden público o del servicio mismo de la continuidad del contrato; situación que es claramente ajena a las relaciones sometidas al régimen de derecho privado. Luego, se hace tránsito a la autonomía de la voluntad, su concepto y elementos para que ésta se exprese de manera válida y genere obligaciones para las partes.

Se dedica un numeral a la terminación unilateral como figura jurídica que no le es exclusiva a las entidades del Estado, esto es que se encuentra inmersa dentro del derecho privado, frente a determinados contratos, por ministerio de la ley, sin que esto implique que el acuerdo de voluntades no pueda brindar esta posibilidad.

Se hace referencia explícita y explicativa de la forma como opera al abuso del derecho, por efecto desproporcionado y contrario a la finalidad, frente al ejercicio de una potestad, prerrogativa o derecho, bien de origen legal o bien de origen contractual, en la terminación unilateral del contrato.

Por último, se presenta la posición jurisprudencial sobre temas tratados en la obra, señalando algunos de los casos más representativos del Consejo de Estado.

Obra sencilla y amena que se espera sea una herramienta práctica que permita al lector despejar dudas sobre la aplicación de la terminación unilateral del negocio jurídico atendiendo la calidad de las partes, sus intereses y el marco jurídico que las arropa.

LUIS DARÍO BUITRAGO SUESCÚN

Abogado de la Universidad Católica de Colombia

INTRODUCCIÓN

El terminar de manera unilateral el contrato por parte de entidades estatales sometidas al régimen general de contratación estatal colombiano no presenta ninguna duda respecto a su posibilidad, por cuanto la misma no solo se encuentra consagrada en la ley¹, sino que además corresponde al desarrollo de uno de los postulados más importantes de la contratación pública, como lo es el de la conservación del interés público, a través de las denominadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho privado.

Sin embargo, en Colombia no todas las entidades estatales se encuentran sometidas al régimen de contratación estatal consagrado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y, por el contrario, se contempla la posibilidad de que tales

1 Artículo 17 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 28 de octubre de 1993, *Diario Oficial*, n.º 41.094, de 28 de octubre de 1993, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>].

entidades regulen sus procesos de contratación, teniendo como fuente principal el derecho privado. Por lo tanto, frente a dichas entidades surge la inquietud acerca de si les es posible terminar en forma unilateral el contrato, teniendo en cuenta que tal posibilidad está señalada para las entidades estatales dentro del régimen general de contratación estatal, es decir, por expresa previsión legal.

Así las cosas, es necesario revisar diferentes elementos o ejes temáticos, no solo desde la normativa colombiana, sino desde el derecho privado en general, a fin de determinar si la ejecución de este mecanismo como facultad en cabeza de la entidad estatal es válida, o si por el contrario resulta abusiva e inviable jurídicamente en su aplicación.

En esta línea, lo primero que debemos hacer es entender la diferencia que existe entre aquellas entidades estatales que se encuentran sometidas al régimen de contratación estatal y aquellas que no lo están. Por regla general, las entidades de naturaleza jurídica estatal se encuentran sometidas al estatuto de contratación estatal contenido en la Ley 80 de 28 de octubre 1993².

Dicho estatuto previó las reglas bajo las cuales se rige la contratación, incluida la relación que surge entre el particular que desarrolla la obra o servicio y el Estado, que es el que la requiere. Por otra parte, las entidades estatales que no se encuentran sometidas

2 Modificada por la Ley 1150 de 16 de julio de 2007, *Diario Oficial*, n.º 46.691 de 16 de julio de 2007, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html].

al estatuto en mención son la excepción y no la regla, ya que corresponden a las excluidas de manera expresa por la ley, teniéndose entre los casos a contar algunas sociedades de economía mixta, así como las entidades prestadoras de servicios públicos. La razón de dicha distinción no encuentra definición en la ley, sin embargo, es claro y entendemos que la misma se da en virtud del objeto que desarrollan tales entidades.

Se tiene entonces que por regla general las entidades estatales se encuentran sometidas al estatuto de contratación, existiendo una excepción frente a algunas entidades que por imperio de la ley, de acuerdo al objeto que desarrollan, se encuentran excluidas de dicho estatuto, siendo necesario abordar el por qué de las atribuciones otorgadas por el estatuto de contratación a las entidades que a él se encuentran sometidas.

El estatuto de contratación prevé en su artículo 17 la posibilidad de terminar en forma unilateral el contrato estatal celebrado con personas naturales o jurídicas que en su condición de contratistas del Estado se encuentren en una de las cuatro situaciones descritas en la ley.

De lo anterior señalaremos que dicha consagración normativa encuentra fundamento en la necesidad de brindar protección a los intereses perseguidos y que se ponen en juego en la contratación estatal, alineándola a criterios propios del derecho privado para lograr la protección de tales intereses. Y es que esta contratación implica la utilización de dineros públicos para la realización de obras cuyo beneficio satisface a la colectividad en general, como función del Estado.

Pensemos en el desarrollo de infraestructura hospitalaria, vial o educativa. Es por esto que se ha buscado proteger dichos intereses no sólo a través de la contratación objetiva y transparente de los mejores contratistas, sino que también bajo la consagración de mecanismos, por demás coercitivos, que permitan compeler al cumplimiento, recobrar parte del perjuicio causado por el incumplimiento a través de la tasación anticipada de perjuicios, o bien detener la causación de perjuicios a través de la terminación unilateral del contrato.

En este punto es necesario definir si la finalidad perseguida con la contratación realizada por entidades estatales sometidas al estatuto de contratación difiere de la perseguida por las entidades no sometidas al estatuto en mención. Pensemos en una entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios. Estas entidades se encuentran regidas por la Ley 142 de 11 de julio de 1994³, por medio de la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios⁴. Así mismo, dicha ley estableció que “todos los servicios públicos, de que trata la presente ley, se considerarán servicios públicos esenciales”⁵.

Teniendo en cuenta esta descripción, puede a grandes rasgos distinguirse que existen intereses de carácter público de gran trascendencia y que deben

3 *Diario Oficial*, n.º 41.433, de 11 de julio de 1994, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2752>].

4 Artículos 18 y 19 *ibíd.*

5 Artículo 4.º y 40 *ibíd.*

ser protegidos, indistintamente de si se trata o no de entidades sometidas al estatuto de contratación. En otras palabras, el estar sometidas o no al estatuto de contratación no afecta los intereses y objetivos perseguidos por dichas entidades en el ejercicio de su objeto social, prevaleciendo en ellas un interés de orden público.

Esto permitiría abordar una primera conclusión, respecto a que no debería zanjarse la posibilidad de algunas entidades estatales de pactar y ejecutar de propia mano cláusulas como la de la terminación unilateral, teniendo en cuenta que los intereses a proteger tanto para aquellas entidades estatales cuyo ejercicio de contratación se enmarca en el referido estatuto de contratación, como aquellas que se encuentran exceptuadas y sometidas a regímenes especiales, resultan de similares características, diferenciándolas en lo que a la terminación unilateral se refiere, tan solo la consagración normativa presente en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, en donde se faculta a las primeras para proceder con la terminación unilateral del contrato.

Sin embargo, es apresurado concluir que por proteger intereses de similares rangos y características, las entidades estatales no sometidas al estatuto de contratación puedan pactar y ejecutar la terminación unilateral del contrato, por cuanto existen otros elementos a abordar, tratándose de relaciones que se desarrollan entre el Estado y particulares, en donde es claro el ejercicio de posición dominante de estas entidades estatales. Así mismo, recordemos que las entidades no sometidas al régimen de contratación

estatal se rigen por las disposiciones legales que de manera específica le sean aplicables, como en el caso de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, pero de forma general, por los postulados del derecho privado.

En ese orden de ideas, es necesario acudir al estudio del principio de la autonomía de la voluntad privada, el cual a grandes rasgos ha sido definido, en palabras del profesor FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, como el poder de autodeterminación de la persona, como “aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos”, principio que además no es ajeno al estatuto de contratación estatal, si se tiene en cuenta lo consagrado en artículos como el referente a la definición de contratos estatales:

Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...⁶.

Y su contenido y modalidades:

Artículo 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en

6 Ley 80 de 1993, cit.

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 [...] En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley...⁷.

Así como la correspondiente exposición de motivos de la Ley 80 de 1993,

V. Disposiciones generales [...] 6. Clasificación de los contratos estatales [...] Sin duda una de las manifestaciones más importantes del postulado de la autonomía de la voluntad radica en la posibilidad que se confiere a las partes contratantes de regular sus relaciones, consultando su mejor conveniencia, a través de una serie de contratos cuyas estipulaciones no encajan en ninguno de los actos legalmente reglamentados, los cuales han sido llamados por la doctrina y la jurisprudencia como contratos innominados o atípicos [...] La remisión a las normas del derecho común, hace innecesaria la definición de los contratos que como los de compraventa, suministro, transporte, arrendamiento, etc., están claramente reglados y cuya concepción es el fruto de una larga tradición jurídica [...] Como se ha indicado aquellos aspectos que por pertenecer al ámbito público

7 Ídem.

son recogidos en el proyecto, excepcionan la aplicabilidad de las normas privadas en materia de contratación estatal⁸.

En donde no solo se citan sino que se desarrollan postulados correspondientes al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, señalando incluso como innecesario definir contratos como el de compraventa, cuya definición se encuentra claramente reglada en el derecho común.

Como ya se ha dicho, estas entidades no sometidas al estatuto de contratación desarrollan su actividad bajo postulados de régimen jurídico privado, valga decir, legislación civil y comercial. Pero entonces, ¿existe o no un abuso de posición por parte de estas entidades estatales al aplicar en sus relaciones contractuales la terminación unilateral presente en las normas de derecho privado, teniendo en cuenta esa posición dominante que como entidades estatales ostentan?

Difícil cuestionamiento este, que tal vez no se resuelva en estas líneas, pero al cual podemos aportar los siguientes elementos con el objetivo de pensar que sí es posible el desarrollo y la aplicación de estas cláusulas, con el ánimo de preservar el interés público y no generar un abuso del derecho frente a la terminación unilateral que tiene origen en el pacto entre la entidad estatal y el particular.

8 Exposición de motivos de 23 de septiembre de 1993, *Gaceta del Congreso*, n.º 75, de 23 de septiembre de 1992, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148#1>].

Dichos elementos son:

– El pacto de la cláusula de terminación unilateral sin lugar a dudas debe obedecer al ejercicio de la autonomía de la voluntad privada. En ningún caso puede tratarse de contratos de adhesión a los cuales el particular no pueda decir que no o solicitar y/o acordar su modificación.

– La terminación unilateral debe operar frente a situaciones previamente determinadas por las partes como parte integral del contrato.

– Consagrar circunstancias cuya ocurrencia sea de tal magnitud que la terminación unilateral resulte proporcional a dicha circunstancia.

– Los incumplimientos graves o definitivos del objeto contratado o las situaciones que, de presentarse, no permitan la continuidad del vínculo jurídico.

– El deber de respetar en la estipulación de dicha terminación el ejercicio del derecho de defensa y debido proceso.

En la medida en que los anteriores postulados se cumplan, será posible incluir dentro de los contratos estatales no sometidos al estatuto de contratación, la terminación unilateral del contrato, para que sea ejecutada en los términos previamente acordados por las partes, conservando el interés público perseguido bajo postulados del régimen jurídico privado y sin abusar de la posición dominante que en su calidad de estatal, ostentan dichas entidades.

CAPÍTULO PRIMERO
INTERÉS PÚBLICO Y TERMINACIÓN
UNILATERAL EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

El interés público puede ser entendido como la expresión máxima que persigue el Estado en sus actuaciones y que beneficia a la colectividad que hace parte de dicho Estado. En nuestro ordenamiento, se encuentra inmerso en la Constitución Nacional, su máxima expresión se halla en el artículo 2.º, por medio del cual se fijan los fines del Estado.

Artículo 2.º Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, *promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo [...] *Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar*

el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Resaltado fuera de texto)⁹.

Es por esto que las actuaciones contractuales del Estado deben estar orientadas hacia ciertos principios colectivos, enmarcados dentro del bien común y el orden público, no como herramienta o medio de control sino como finalidad misma de la contratación. Esto implica que las actuaciones de los servidores públicos se encuentren orientadas hacia tales fines, con lo que se genera incluso responsabilidad por acción, omisión o extralimitación en ejercicio de sus funciones.

Dicho principio ha sido además objeto de inspiración de postulados normativos como los consagrados en el estatuto de contratación estatal, frente a lo cual se ha señalado que “La libertad contractual que se ha predicado –explicaba el Gobierno en la exposición de motivos del proyecto de la Ley 80– no es absoluta, sino que se encuentra limitada por el propio interés público”¹⁰, por lo que la contratación estatal debe estar encaminada a la consecución y satisfacción del interés público.

9 Constitución Política de Colombia de 1991, edición de la Corte Constitucional disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>]. En adelante, todas las referencias a la Carta Magna son de esta fuente.

10 Exposición de motivos del proyecto de la Ley 80 de 1993, en JAIME BETANCUR CUARTAS. *Nuevo estatuto de la contratación administrativa*, Medellín, Diké, 1995, p. 108.

Lo anterior, ha sido desarrollado por la Corte Constitucional, quien ha señalado:

... para el cumplimiento de los fines del Estado es necesario el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. Luego el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz. Es por ello que el estudio de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado social de derecho que irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución¹¹.

Esto implica que el ejercicio de abastecimiento en bienes y servicios realizado por el Estado a través de sus entidades, tiene como finalidad la preservación, el desarrollo y el cumplimiento de los fines del Estado, los cuales corresponden al interés público propiamente dicho.

Por esto, el interés público en la contratación estatal es con facilidad discernible. Basta con mirar el contenido mismo del estatuto de contratación, el cual en su artículo tercero reza:

Artículo 3.º De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los

11 Corte Constitucional. Sentencia C-449 de 9 de julio de 1992, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-449-92.htm>].

administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines [...] Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, *además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado*, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones. El texto resaltado fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

Destaca como elemento necesario para la celebración y ejecución de los contratos allí regulados, el que la entidad estatal deba buscar el cumplimiento de los fines del Estado y la eficiente prestación de los servicios públicos. Dicho interés, como finalidad del contrato mismo, implica que las estipulaciones contractuales se enfoquen a lograr no solo el objeto del contrato, sino todo aquello que implica su eficaz consecución.

Tal interés, conforme se ha postulado en escenarios como el de la doctrina y la jurisprudencia, es el que permite el establecimiento de estipulaciones contractuales que permitan su conservación:

Es la finalidad del servicio público la que brinda a la administración una posición de superioridad jurídica frente a su contratista, y en este contexto las prerrogativas aparecen como un acto de poder público por fuera del contrato [...], la exigencia del servicio público legitima el desbordamiento de los parámetros contractuales¹².

Así mismo, se ha identificado a las cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho privado como aque-

12 JOSÉ LUIS BENAVIDES RUSSI. *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*, 2.^a ed., Bogotá, Externado, 2004, p. 337.

llas “medidas que le permiten al Estado cumplir con los fines propios de su naturaleza en aquellos eventos excepcionales que se presenten en el desarrollo de los contratos suscritos”¹³; en la medida que con la consagración y ejecución por parte de la entidad estatal de cláusulas como la terminación unilateral, se busca “prevenir los perjuicios que se le derivarían al Estado frente a uno cualquiera de los hechos contemplados en el artículo 17 de la referida Ley 80 de 1993”¹⁴.

Entonces, frente a este tipo de cláusulas, el Consejo de Estado ha señalado así mismo que

Las cláusulas o facultades excepcionales son prerrogativas que la ley otorga a la administración para que declare la caducidad de los contratos que celebra, los termine, modifique o interprete unilateralmente, *cuando estas medidas resulten necesarias para la satisfacción de los intereses generales, comprometidos en la actividad contractual de la administración...*¹⁵. (Resaltado fuera de texto).

Por lo tanto, es clara la existencia de un interés eminentemente público en la contratación de las entidades sometidas al estatuto general de contratación, al punto que dicho régimen contempla mecanismos jurídicos para su preservación, más allá de las estipula-

13 Concepto de la Secretaría Distrital de Hacienda 380 de 1997, Subdirector de la Oficina Jurídica Financiera de la Dirección Distrital de Tesorería de la Alcaldía Mayor, mediante oficio de 24 de junio de 1997, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=235>].

14 *Ibíd.*, numeral 2.

15 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 16 de marzo de 2012, Radicado n.º 2010875, C. P.: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

ciones contractuales. Vale la pena considerar si dicho interés desaparece en las entidades que por mandato del mismo estatuto se encuentran sometidas a regímenes diferentes, como el derecho privado o las normativas especiales como es el caso de los servicios públicos domiciliarios. Al respecto, es necesario retomar nuestra afirmación respecto de que la razón de dicha distinción no encuentra definición en la ley, sin embargo, es claro y entendemos que la separación entre las entidades estatales sometidas al régimen de contratación estatal y las que no están sometidas al mismo, se da en virtud del objeto que desarrollan estas últimas entidades, gozando dichos contratos especiales de los beneficios de nutrirse del régimen privado, sin dejar de ser contratos estatales¹⁶.

Dentro de las entidades que no se encuentran incluidas en el estatuto de contratación general, están algunas sociedades de economía mixta encargadas de realizar actividades industriales y comerciales, universidades públicas, así como las entidades encargadas de la prestación de servicios públicos domiciliarios, entidades éstas que pese a no regirse estrictamente por el estatuto de contratación estatal, es claro que preservan un interés público en el desarrollo de sus actividades y de su contratación.

Pensemos en las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, las cuales cuentan con su propio régimen, consagrado en Ley 142 de 1994,

16 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de 20 de agosto de 1998, Expediente n.º 14.202, C. P.: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ.

mediante la cual se estableció que “todos los servicios públicos, de que trata la presente ley, se considerarán servicios públicos esenciales”¹⁷, lo que implica que pese a que no están sometidas a la Ley 80 de 1993, los contratos desarrollados bajo su régimen exigen la satisfacción de necesidades que a su vez buscan atender la prestación de servicios públicos esenciales y por ende, envuelven un interés público que es necesario preservar.

Otro ejemplo que permite ilustrar la existencia del interés público en la contratación de entidades no sometidas al estatuto general de contratación es el de empresas industriales y comerciales del Estado encargadas de desarrollar actividades referentes a la exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, contratos estos excluidos en forma expresa de su aplicación por el artículo 76 de la misma Ley 80, al señalar que dichos contratos seguirán rigiéndose por la legislación especial.

Artículo 76. De los contratos de exploración y explotación de los recursos naturales. Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas,

17 Artículo 4.º y 40, cit.

las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse [...] Los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley [...] En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los tribunales administrativos.

Pensemos en estas entidades estatales cuyo objeto comprende el desarrollo de actividades de la industria del petróleo y gas frente a las cuales hemos dicho que cuentan con su propio régimen, por ejemplo, en materia de servidumbres de la industria de hidrocarburos clasifica la actividad petrolera como una de utilidad pública en sus ramos de exploración, producción, transporte, refinación y distribución de hidrocarburos, conforme lo señalado en la Ley 1274 de 5 de enero de 2009¹⁸:

Artículo 1.º Servidumbres en la industria de los hidrocarburos. La industria de los hidrocarburos está declarada de utilidad pública en sus ramos de exploración, producción, transporte, refinación y distribución. Los predios deberán soportar todas las servidumbres legales que sean necesarias para realizar las actividades de exploración, producción y transporte de los hidrocarburos, salvo las excepciones establecidas por la ley [...] Se entenderá que la servidumbre de ocupación de terrenos

18 "Por la cual se establece el procedimiento de avalúo para las servidumbres petroleras", *Diario Oficial*, n.º 47.223, de 5 de enero de 2009, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34493>].

comprenderá el derecho a construir la infraestructura necesaria en campo e instalar todas las obras y servicios propios para beneficio del recurso de los hidrocarburos y del ejercicio de las demás servidumbres que se requieran”.

Es decir, pese a tratarse de entidades estatales, excluidas del régimen contemplado en la Ley 80 de 1993, mantienen en el desarrollo de sus actividades el interés público al que hemos hecho referencia, al punto que cuenta con declaración normativa que así lo prevé.

De la misma forma, podríamos analizar cada una de las materias propias de estos contratos especiales exceptuados del régimen consagrado en el estatuto de contratación encontrando cómo, pese a sus condiciones especiales, el interés público de las entidades estatales prevalece en dichos contratos. Por lo tanto, es claro que con independencia de si la contratación de una entidad estatal está o no sometida al estatuto general de contratación consagrado en la Ley 80 de 1993, el interés público de dicha contratación se mantiene y por lo tanto debe ser preservado, no bajo los postulados del estatuto de contratación estatal, pero sí bajo los principios y las condiciones propias del régimen privado, siendo la distinción entre éstos y los contratos entre particulares, en lo que al interés público se refiere, la obligación de la entidad estatal de preservar tal interés. Cabe aclarar que la obligación de conservar el interés público en la contratación entre entidades estatales y particulares, en principio radica en cabeza de la entidad estatal, quien lo preserva a través de diferentes consagraciones y pactos de índole contractual, sin embargo, ya en la ejecución,

la obligación de ejecutar el contrato con atención del interés público recae por igual sobre los particulares, en atención al principio de que el interés colectivo prima sobre el interés particular.

Entonces, en principio se planteó que la existencia de cláusulas excepcionales en la Ley 80 de 1993 tenía como fundamento la preservación del interés público en la contratación de las entidades sometidas a dicho régimen. Sin embargo, dicha afirmación no es absoluta si se considera el estudio de la cláusula de terminación unilateral consagrada en el estatuto de contratación estatal.

En tal sentido, procederemos al análisis de las causales allí fundadas para poder establecer si las situaciones reguladas por dichas causales son exclusivas de la contratación estatal, o si por el contrario, corresponden a escenarios que en efecto se presentan en la contratación en general, con independencia del régimen al cual se encuentra sometido el respectivo contrato.

La terminación unilateral en los contratos estatales sometidos al estatuto de contratación, se encuentra regulada en el artículo 17 del mencionado instrumento

Artículo 17. De la terminación unilateral. Reglamentado por el Decreto Nacional 1436 de 1998. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos: [...] 1.º Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga [...] 2.º Por muerte *o incapacidad física permanente* del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista [...] El texto subrayado

fue declarado *exequible* por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-454 de 1994, en la medida en que la incapacidad física permanente impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista [...] 3.º Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista [...] 4.º Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato [...] Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2 y 3 de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación [...] La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.

Dicha normativa señala la posibilidad de dar por terminado el contrato de forma unilateral por la entidad estatal, mediante acto administrativo debidamente motivado, siempre que se presente una de las siguientes situaciones:

- Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
- Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
- Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista.
- Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Frente a las anteriores causales, es necesario considerar para nuestro estudio la relevancia e implicaciones de cada una de ellas, así como su aplicación o no dentro del régimen privado.

En lo atinente a la primera de ellas, encontramos que el Consejo de Estado ha resaltado la importancia de ponderar las situaciones de orden público presentadas como causas que imposibilitan el cumplimiento del contrato estatal¹⁹. En concreto, ha señalado la colegiatura que:

Como ya se indicó el poder exorbitante de terminación unilateral por razones de orden público *es de interpretación restrictiva por corresponder a reglas de excepción* y por lo mismo para que el uso de este formidable poder sea legítimo, *es menester que concurren motivos de entidad suficiente como para extinguir el negocio jurídico*. A juicio de la Sala, en el *sub lite* no se considera legítimo el motivo invocado por la administración en tanto el mismo *no pone en riesgo la garantía de la seguridad pública, como elemento estructurante del orden público*, en tanto evidencia tan sólo la oposición de un grupo de ciudadanos a la construcción del centro carcelario, manifestación de descontento *que por sí sola no alcanza a adquirir la entidad suficiente como para concluir que cambiaron abruptamente las condiciones bajo las cuales fue celebrado el contrato sub lite*. Además, el fundamento alegado por la citada resolución, esto es la oposición a la construcción de la obra por parte de miembros de la comunidad, tampoco implica *afectación de la tranquilidad y salubridad públicas con la entidad suficiente como para constituir un motivo que lleva a la rescisión del contrato*. No se olvide que un estudio riguroso,

19 Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 6 de julio de 2007, Radicado n.º 227422, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

como el que compete a la sede judicial, de la seriedad y pertinencia de la medida adoptada, implica adelantar un examen de razonabilidad que *exige evaluar la seriedad, pertinencia y proporcionalidad de la medida extraordinaria adoptada* [...] La cláusula orden público ha sido definida por la jurisprudencia –concepto luego retomado por el Código Nacional de Policía– como ese conjunto de condiciones tendientes a asegurar la convivencia armónica de los miembros de una sociedad dentro de un marco de estabilidad y normalidad institucionales con plena garantía de las libertades públicas, que permita la prosperidad general y el goce de los derechos humanos [...] De modo que constituye un presupuesto para la prosperidad general y para el libre ejercicio de los derechos, que exige la vida en comunidad. Sobre la base de las consideraciones antes expuestas, se impone concluir que cuando el numeral 1 del artículo 17 de la Ley 80 prevé que la entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga, *dota a la entidad contratante como autoridad administrativa de un poder –que de suyo no ostentan los particulares– como medio para garantizar los intereses supremos que orientan la actividad estatal y que, como se indicó, no son ajenos a la contratación pública, como que los fines de la contratación estatal se confunden con el cumplimiento mismo de los fines estatales* (arts. 3.º inc. primero, 14 inc. primero, 26 num. 1 de la Ley 80). Ahora, la expresión orden público consignada en el artículo 17 de la Ley 80 al regular una de las prerrogativas de la administración en materia contractual, *alude a ese orden material y exterior considerado como una situación fáctica que está llamada a mantener la autoridad en orden a garantizar las condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad y cuyos elementos constitutivos son la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas y, por lo mismo, más que una facultad de la que puede o no hacer uso a su libre albedrío, es un mandato que impele a la entidad a adoptar esta medida extrema, como*

que este imperativo deriva claramente de la preeminencia del interés público. Aunque, como ya se advirtió, no se trata de un poder ilimitado en tan sólo puede invocarse en casos excepcionales y su uso impone de parte del juez un riguroso control de esta prerrogativa. De ahí la redacción categórica del precepto en comento en varios de sus segmentos normativos: i) La entidad dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos [...] ii) Cuando la situación de orden público lo imponga. De su tenor literal se desprende que la decisión de poner fin de manera anticipada al contrato por razones de orden público, no deja en manos de la entidad la facultad de decidir si hace uso o no de este instituto cuando se presenta esa circunstancia, pues como señala MARIENHOFF “la administración no puede renunciar, en forma alguna, al ejercicio de dicha prerrogativa, pues las ‘potestades’, contrariamente a lo que ocurre con los ‘derechos’ no son renunciables”. Aunque, se reitera, obviamente interviene su apreciación crítica de dichas circunstancias y será aquella quien haga el juicio sobre la situación respectiva, valoración que –en caso de ser acusada judicialmente– será estudiada con rigor por el juez del contrato, a quien compete velar si se hizo un uso adecuado de este instituto, en particular en cuanto hace a si estima legítimo el motivo invocado por la administración. No debe perderse de vista que en los antecedentes de la Ley 80 se dejó en claro que únicamente se puede acudir a las cláusulas excepcionales cuando medien efectivamente motivos graves, “ya que no cualquier hecho puede provocarlos”, y son graves “por su inconveniencia para el interés público” en tanto el grave inconveniente de interés público “sustenta y condiciona la aplicación de la cláusula excepcional”²⁰ (Resaltados fuera de texto).

20 Nota de relatoría, ver: Sentencia de 21 de febrero de 1986, Radicado n.º 4550, actor Sociedad de Ingeniería Explanaciones y Pavimentos Ltda., C. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO. En el mismo sentido, Sentencia de 20 de octubre de 1995, Radicado n.º 9847, Actor Víctor Camargo, Demandado Municipio de Plato-Magdalena, C. P.: Jesús

Del anterior pronunciamiento es necesario destacar aquellos elementos que a juicio del máximo órgano de lo contencioso administrativo se requieren para la aplicación de la causal primera del artículo 17 del estatuto de contratación. Es así como se tiene que:

Para su configuración, es necesario que se ponga en riesgo la garantía de la seguridad pública como elemento esencial del orden público, cambiando abruptamente no solo las condiciones bajo las cuales fue celebrado el contrato, sino que sea de tal naturaleza la afectación que obligue a la entidad estatal a la terminación del mismo, so pena de generarse una grave afectación al orden público.

Exige a la entidad estatal evaluar de manera rigurosa la seriedad, pertinencia y proporcionalidad de la medida extraordinaria adoptada, más allá de los intereses contractuales.

No corresponde en estricto sentido a una facultad de la entidad estatal, por cuanto su aplicación le resulta imperativa una vez se determine que las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga. Esto implica que si la termi-

MARÍA CARRILLO BALLESTEROS y Sentencia de 14 de diciembre de 1995, Radicado n.º 8563, C. P.: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS; Sentencia de 3 de agosto de 2006, Expediente 15687, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO; Sentencia de 7 de septiembre de 1990, Radicado n.º 3106, Actor Sociedad Blanco y Rosales Ltda., C. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO; Sentencia de 11 de octubre de 1994, C. P.: YESID ROJAS SERRANO; Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 7 de octubre de 1936, *G. J.* n.ºs 1914 y 1915; Sentencia C-024 de 1994, y Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 2 de junio de 1999, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-400-99.htm>].

nación resulta necesaria para atender las exigencias del servicio o con su realización se logra evitar o cesar la afectación del orden público, la entidad contratante deberá proceder a su aplicación mediante acto motivado.

En ese orden de ideas, conforme con las exigencias desarrolladas a nivel jurisprudencial, se tiene que frente a la presente causal, el legislador, más que prever la posibilidad de terminar el contrato estatal frente a situaciones propias de una relación de esta índole, buscó, en palabras del Consejo de Estado, dotar a la entidad contratante de facultades-obligaciones propias de su calidad de autoridad administrativa como medio para proteger el interés público, al punto que se mezclan los fines propios de la contratación con los fines propios del Estado, al imponer la carga de considerar la afectación del orden público o del servicio mismo en la continuidad o no del contrato, situación claramente ajena a las relaciones sometidas al régimen de derecho privado, si se tiene en cuenta que no es función de los particulares la preservación del orden público, sino que corresponde a una función otorgada al Presidente de la República como jefe de Estado, jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa²¹.

Por lo tanto, es claro que la presente causal corresponde a una potestad propia de la autoridad administrativa que para su aplicación exige consagración normativa y que mal haría en predicarse que la termi-

21 Numeral 4, artículo 189, Constitución Política de Colombia.

nación unilateral por causa de la necesidad de conservar el orden público puede ser objeto de la autonomía de la voluntad de las partes para su consagración y aplicación.

De este modo, consideramos que la anterior causal resulta propia de las entidades sometidas al régimen de contratación estatal, por ser una clara expresión de la obligación estatal de conservación del orden público ejercida a través de sus entidades y que además, encuadra dentro de la definición de las llamadas cláusulas exorbitantes que implican el ejercicio de facultades extraordinarias.

De este modo, dentro de la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, al referirse a la posibilidad de terminar en forma unilateral el contrato, se estableció como premisa el que los motivos o causas que dieran origen al ejercicio de la terminación, debían ser de tal magnitud, que fuesen considerablemente graves, conforme la afectación que generasen para el interés público, *ya que no cualquier hecho puede provocarlos*. Sin embargo, dicha premisa resulta de índole muy general, ya que si bien se puede presentar en las causales establecidas, no corresponde al origen o fundamento de la figura de terminación unilateral como facultad extraordinaria a cargo de la administración a través de sus entidades, en causales cuyo origen es, por ejemplo, la muerte o incapacidad permanente del contratista si es persona natural o su equivalente, o la disolución, en el caso del contratista si es una persona jurídica, por cuanto es claro que dicha causal no es exclusiva del régimen consagrado en el estatuto de contratación estatal y por el contrario, se puede pre-

sentar en cualquier contrato, con independencia de su régimen.

Al respecto se tiene que la terminación por muerte o disolución del deudor o ejecutante del contrato, según se trate de una persona natural o jurídica, está presente en el derecho privado, en donde por ejemplo, en el contrato de confección de obra material, se señala la resolución del contrato por muerte del artífice:

Artículo 2062 del Código Civil²²: Resolución de los contratos de construcción por muerte del artífice. Todos los contratos para la construcción de una obra se resuelven por la muerte del artífice o del empresario; y si hay trabajos o materiales preparados que puedan ser útiles para la obra de que se trata, el que la encargó será obligado a recibirlos y a pagar su valor; lo que corresponda en razón de los trabajos hechos se calculará proporcionalmente, tomando en consideración el precio estipulado para toda la obra [...] Por la muerte del que encargó la obra no se resuelve el contrato.

No pudiendo ser otro el resultado, ante la imposibilidad física que genera tal situación de cumplir lo convenido, lo que puede implicar además la existencia de perjuicios para la otra parte, al no poder hacer efectiva una terminación que si bien no cuenta con declaración judicial, *de facto* ha operado.

22 Ley 84 de 26 de mayo de 1873, *Diario Oficial*, n.º 2.867, de 31 de mayo de 1873, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html].

Por lo tanto, si bien la consagración de la muerte o disolución del contratista como causal para la terminación unilateral del contrato en aquellos que se encuentran sometidos al estatuto de contratación estatal resulta imprescindible, la misma obedece al interés del legislador de abarcar todas aquellas situaciones que pudieran afectar el interés público contenido en dichos contratos y no precisamente porque se requiera para su ocurrencia la consagración normativa, al punto que doctrinantes como JOSÉ LUIS BENAVIDES RUSSI han señalado cómo la intención del legislador fue la de *restringir los poderes de la administración* frente al ejercicio de prerrogativas como las cláusulas excepcionales al derecho privado y no al contrario, es decir, otorgándole prerrogativas absolutas.

Frente a la ocurrencia de este tipo de causales, pensemos por ejemplo en un contrato que busca la atención de infraestructura vial, cuya ejecución se encuentra en cabeza de una persona jurídica que se enfrenta a la disolución. Aunque jurídicamente el contrato se encuentra vigente hasta tanto la entidad decreta su terminación unilateral, se debe considerar que en la práctica el contrato *de facto* deja de ejecutarse, ante la imposibilidad de que la desaparecida firma contratista pueda contraer obligaciones bancarias o con proveedores para poder atender los requerimientos propios de la ejecución de un contrato.

En el mismo orden de ideas, como un ejercicio meramente académico, pensemos en que la muerte o disolución del contratista no estuviera consagrada como causal de terminación unilateral del contrato sometido al régimen de contratación estatal. No podría

entonces la administración proceder a la terminación del contrato y a la contratación de nuevo de las actividades hasta tanto no contara con la correspondiente declaración judicial. Dicho planteamiento resulta del todo descabellado, no solo por la grave afectación que puede implicar al interés público, sino porque la terminación es algo que de hecho y pese a no contar con declaración judicial se ha producido, sin que su ocurrencia nada tenga que ver con el régimen al cual está sometido el contrato.

Es así como, tratándose de la terminación unilateral, claramente la denominación de cláusulas excepcionales al derecho privado puede resultar equivocada, toda vez que si bien es cierto en la contratación estatal sometida al Estatuto de Contratación, dicha figura implica el otorgamiento de ciertas facultades a la administración, su existencia en el derecho privado no es imposible y/o ilegal, como se ha planteado y seguiremos analizando más adelante.

Así pues, frente a las causales amparadas en la interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista y cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del mismo que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato, es menester tener en cuenta que la Ley 1116 de 27 de diciembre de 2006²³ establece:

23 "Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones", *Diario Oficial*, n.º 46.494, de 27 de diciembre de 2006, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22657>].

Artículo 16. Ineficacia de estipulaciones contractuales. Son ineficaces, sin necesidad de declaración judicial, las estipulaciones contractuales que tengan por objeto o finalidad impedir u obstaculizar directa o indirectamente el inicio de un proceso de reorganización, mediante la terminación anticipada de contratos, la aceleración de obligaciones, la imposición de restricciones y, en general, a través de cualquier clase de prohibiciones, solicitud de autorizaciones o imposición de efectos desfavorables para el deudor que sea admitido al proceso de reorganización previsto en esta ley. Así mismo, toda estipulación que impida o dificulte la participación del deudor en licitaciones públicas o privadas, en igualdad de circunstancias [...] Las discrepancias sobre los presupuestos de la ineficacia de una estipulación, en el supuesto previsto en el presente artículo, serán decididas por el juez del concurso [...] De verificarse la ocurrencia de la ineficacia y haber intentado hacer efectiva la cláusula el acreedor, el pago de los créditos a su favor quedará legalmente postergado a la atención previa de todos los demás créditos dentro de dicho proceso, y el juez de considerarlo necesario para el logro de los fines del proceso, podrá ordenar la cancelación inmediata de todas las garantías que hayan sido otorgadas por el deudor o por terceros para caucionar los créditos objeto de la ineficacia.

La misma Ley 1116 de 2006 plantea la ineficacia sin necesidad de que medie declaración judicial, de aquellas medidas que consagren, entre otras, la terminación anticipada de contratos o de cualquier otra que implique medidas desfavorables para el deudor, proscribiendo incluso aquellas tendientes a restringir la participación en licitaciones públicas o privadas.

Así mismo, de manera expresa señala la imposibilidad de decretar la terminación unilateral y la caducidad administrativa de ningún contrato, por el solo hecho de dar inicio al proceso de reorganización:

Artículo 21. Continuidad de contratos. Por el hecho del inicio del proceso de reorganización no podrá decretarse al deudor la terminación unilateral de ningún contrato, incluidos los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios con fines diferentes a los de garantía. Tampoco podrá decretarse la caducidad administrativa, a no ser que el proceso de declaratoria de dicha caducidad haya sido iniciado con anterioridad a esa fecha [...] Los incumplimientos de obligaciones contractuales causadas con posterioridad al inicio del proceso de reorganización, o las distintas al incumplimiento de obligaciones objeto de dicho trámite, podrán alegarse para exigir su terminación, independientemente de cuando hayan ocurrido dichas causales. El deudor admitido a un trámite de reorganización podrá buscar la renegociación, de mutuo acuerdo, de los contratos de tracto sucesivo de que fuera parte [...] Cuando no sea posible la renegociación de mutuo acuerdo, el deudor podrá solicitar al juez del concurso, autorización para la terminación del contrato respectivo, la cual se tramitará como incidente, observando para el efecto el procedimiento indicado en el artículo 8.º de esta ley. La autorización podrá darse cuando el empresario acredite las siguientes circunstancias: 1. El contrato es uno de tracto sucesivo que aún se encuentra en proceso de ejecución. 2. Las prestaciones a cargo del deudor resultan excesivas, tomando en consideración el precio de las operaciones equivalentes o de reemplazo que el deudor podría obtener en el mercado al momento de la terminación. Al momento de la solicitud, el deudor deberá presentar: a) Un análisis de la relación costo-beneficio para el propósito de la reorganización de llevarse a cabo la terminación, en la cual se tome en cuenta la indemnización a cuyo pago podría verse sujeto el deudor con ocasión de la terminación; b) En caso que el juez de concurso autorice

la terminación del contrato, la indemnización respectiva se tramitará a través del procedimiento abreviado y el monto que resulte de la indemnización se incluirá en el acuerdo de reorganización, en la clase que corresponda²⁴.

O por el incumplimiento de obligaciones que hayan dado origen a dicho proceso, razón por la cual estas causales resultan inoperantes no solo frente a lo consagrado en el artículo 17 del estatuto de contratación, sino frente a cualquier estipulación de índole contractual entre las partes, cuando una de ellas ha iniciado el trámite de insolvencia consagrado en la mencionada Ley 1116. Lo anterior, claro está, no impide que el incumplimiento de obligaciones contractuales diferentes a las que hayan dado origen al proceso de reorganización o el acaecimiento de otras causales contractuales o legales puedan alegarse para exigir la terminación del contrato, pudiendo incluso el deudor solicitar permiso para la terminación al juez del concurso.

Por lo tanto, es claro que la terminación unilateral, teniendo como causa el haberse dado inicio al proceso de reorganización, no es posible frente a la contratación estatal, bien se trate de los sometidos al régimen de contratación estatal o bien se haga referencia a los denominados contratos estatales especiales, por cuanto este tipo de acciones, desfavorables al deudor-contratista, se encuentran taxativamente prohibidas por la Ley 1116 de 2006, en sus artículos 16 y 21, salvedad hecha frente a la ocurrencia de incumplimien-

24 Ídem.

tos o causales diferentes, cuya ocurrencia si podría configurar la terminación unilateral.

En ese orden de ideas, es claro que la causal busca establecer la protección de la parte que puede verse afectada frente a la posibilidad de incumplimiento que se plantea frente a las dificultades económicas del deudor, con independencia de si la misma corresponde a una afectación del interés público perseguido por la contratación, limitándose el análisis de la entidad estatal a determinar la existencia de una grave afectación del cumplimiento del contrato.

Así las cosas, resulta evidente que si bien existe una intención de preservar el interés público en la contratación estatal como finalidad misma del abastecimiento de bienes y servicios por parte de las entidades estatales, a través de los mecanismos establecidos en nuestra legislación, tales como las mal denominadas cláusulas excepcionales al derecho privado, para el caso concreto de la terminación unilateral, su procedencia, conforme con las causales revisadas, no resulta en todos los casos exclusiva a la finalidad de preservar dicho interés.

De igual forma, al corresponder varias de las causales señaladas en el estatuto de contratación a figuras de uso común en el derecho privado, resulta posible su consagración y ejecución a través del acuerdo de voluntades, por lo que es de vital importancia el estudio de la misma como fuente principal de obligaciones, debiendo determinar las premisas bajo las cuales un acuerdo referido a la posibilidad de terminar la relación contractual por una de las partes, termina por ser viable jurídicamente.

CAPÍTULO SEGUNDO

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA

La autonomía de la voluntad privada, entendida ésta como el legítimo derecho de los ciudadanos de disponer de sus intereses de forma autónoma, resulta relevante para nuestro estudio, bajo el entendido de ser dicha autonomía fuente válida y principal de obligaciones.

Autores como CHRISTIAN LARROUMET, JOSÉ LUIS BENAVIDES y ERNESTO RENGIFO GARCÍA, resaltan la importancia de la autonomía de la voluntad privada, llegando a señalar incluso que la fuerza del contrato, su fuerza obligatoria, descansa en dicho principio²⁵. Así mismo, consideran que la expresión máxima de la autonomía de la voluntad privada reposa en la decisión misma de las partes de celebrar o no determinado negocio jurídico. Esa misma doctrina francesa²⁶ enfrenta

25 CHRISTIAN LARROUMET. *Teoría general del contrato*, JORGE GUERRERO R. (trad.), Bogotá, Temis, 1999.

26 CHRISTIAN LARROUMET, Profesor en la Universidad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de Paris-Assas.

la voluntad de las partes frente a la ley y le atribuye a esta última un carácter supletorio, es decir, operante solo respecto a aquellos aspectos que las partes no han previsto.

Entonces, el acuerdo de voluntades como reflejo de la autonomía de la voluntad privada y cuyo resultado es la consentida configuración de obligaciones para la(s) parte(es)²⁷, exige para su validez una serie de requisitos consagrados en la ley²⁸ y ampliamente discutidos por la jurisprudencia y la doctrina.

Estos requisitos corresponden a:

– Ser celebrado por personas legalmente capaces.

Lo anterior dentro de nuestro ordenamiento implica contar con

Capacidad jurídica: aptitud que corresponde a toda persona para ser sujeto de derechos y obligaciones [y] [...] Capacidad legal: Habilidad que la ley reconoce para intervenir en el negocio jurídico, por sí misma y sin ministerio o autorización de otros²⁹.

27 Por cuanto puede tratarse de contratos unilaterales o bilaterales, según la diferenciación realizada por el mismo Código Civil colombiano en su artículo 1496.

28 Requisitos para obligarse, artículo 1502 *ibíd.*

29 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 14 de agosto de 1995, Radicación 4176, M. P.: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS.

- Que el consentimiento haya sido otorgado sin vicios³⁰, como el error, fuerza o dolo³¹.
- Que el objeto sea lícito, esto es, que no contravenga normas de orden público³².
- Causa lícita³³.

Los anteriores elementos determinan los requisitos para obligarse, es decir, para que la voluntad privada se exprese en forma válida y genere obligaciones para las partes. Ahora bien, dentro de los principios destacados del derecho, no solo de vital importancia para la preservación de la seguridad jurídico-negocial, sino también como principio relacionado de manera directa con la autonomía de la voluntad privada, encontramos el principio de que el contrato es ley para las partes.

Dicho principio implica que una vez celebrado el acuerdo de voluntades, cumpliendo con los requisitos de validez legalmente exigidos, las partes deberán dar cumplimiento al mismo, no solo respecto de aquello que en forma específica hayan pactado, sino también todas aquellas obligaciones que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley per-

30 Doctrinantes franceses como LARROUMET consideran que si la expresión de la voluntad solo existe en apariencia, no hay contrato y la apariencia debe ser destruida por el juez, situación que comporta el fundamento de la acción de nulidad frente a los denominados vicios del consentimiento.

31 Vicios del consentimiento, artículo 1508 Código Civil colombiano.

32 Artículo 1519 *ibíd.*

33 Artículo 1524 *ibíd.*

tenecen a ella³⁴, no pudiendo el juez del contrato escapar a dicho postulado.

El juez del contrato no puede coartar dicho principio bajo el argumento de no existir habilitación legal, toda vez que como ya se ha dicho, la función de la ley frente al postulado de la voluntad resulta supletoria. Asignar a la ley una función habilitadora frente al principio de la voluntad privada implica desconocer la capacidad de las partes de auto determinar el alcance de los negocios jurídicos pretendidos. Así mismo, la labor del juez del contrato frente a acuerdos que gozan de presunción legal de validez y cuya finalidad no resulta clara, debe ser la de interpretarlas conforme a la voluntad de las partes, no pudiendo realizar interpretaciones frente a aquellas cláusulas que resultan claras.

De este modo, es evidente que pese a que la fuerza obligatoria de los acuerdos reposa en el principio de la voluntad privada, dicho principio no es absoluto y exige el cumplimiento de una serie de requisitos que permitan dar vía libre al mismo principio, sin que se incurra en situaciones que generen ineficacia del negocio jurídico. Debe tratarse de acuerdos legalmente formados, los cuales, como ya se ha señalado, implican el cumplimiento de requisitos de validez como lo son el ser celebrados por personas legalmente capaces, siendo el consentimiento otorgado libre de vicios

34 Artículos 1602 y 1603 *ibíd.*, y 871 del Código de Comercio Colombiano (Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, *Diario Oficial*, n.º 33.339 de 16 de junio de 1971, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html]).

como el error, la fuerza o el dolo, y el haber consentido las partes acuerdos con un objeto y una causa lícita, lo que implica que no se trate de acuerdos en contravía de expresa prohibición legal.

De igual forma, cumplido lo anterior, es claro que los acuerdos producto de la voluntad privada solo pueden ser revocados por el mutuo consentimiento, debiendo darse la ejecución de los mismos bajo postulados como el de la buena fe. Sin embargo, la fuerza de dichos acuerdos y la exigencia de contar con el mutuo consentimiento pueden implicar por igual que las partes válidamente establezcan las causales para su disolución.

Es así como, contando con una aproximación general de lo que es e implica el principio de la voluntad privada, procederemos a entrar en el estudio de cómo dicho principio articula o no la posibilidad de que las entidades estatales no sometidas al estatuto de contratación general realicen el pacto y la ejecución de cláusulas como la de terminación unilateral del contrato, realizando una primera aproximación en los términos que a continuación se exponen.

Habíamos señalado que el estatuto de contratación prevé en su artículo 17 la posibilidad de terminar de modo unilateral el contrato estatal celebrado con personas naturales o jurídicas, que en su condición de contratista del Estado se encuentren en una de las cuatro situaciones descritas en la ley, con lo que se concluyó que la consagración normativa en referencia encuentra fundamento en la necesidad de brindar protección a los intereses perseguidos y que se ponen en juego en la contratación estatal.

Así mismo, es claro que la contratación estatal en general implica la utilización de dineros públicos para la realización de obras cuyo beneficio satisface a la colectividad como función del Estado.

Al tener claros dichos postulados, encontramos que el interés de la entidad estatal no sometida al estatuto general de contratación, pese a estar sometida a postulados propios del régimen privado, existe y se mantiene. Por lo tanto, al igual que en el caso de las entidades sometidas al régimen consagrado en la Ley 80 de 1993, la contratación de las entidades exceptuadas conlleva la defensa de ese interés público, mediante acuerdos que permitan su preservación, por lo que es apenas lógico que se requieran mecanismos contractuales que permitan la defensa legítima de dicho interés.

La consagración de estos mecanismos a través del acuerdo de voluntades resulta válida si se tiene en cuenta que en el derecho privado no se requiere de expresa habilitación legal para su pacto, como lo ha reconocido de manera expresa el Consejo de Estado, al referirse a la revocación unilateral del contrato:

Adicionalmente, la misma prerrogativa puede atribuirse de manera convencional a uno u otro de los contratantes cuando, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, se reserva la facultad de extinguir unilateralmente la relación obligatoria³⁵.

35 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 9 de mayo de 2012, Radicación n.º 85001-23-31-000-2000-00198-01, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

Por lo tanto, no puede desconocerse el carácter eficaz y vinculante de la autonomía de la voluntad frente a pactos contractuales tendientes a la determinación de hacer posible la terminación unilateral del vínculo negocial, estableciendo incluso causales de disolución de forma anticipada.

Así, sumado a los condicionamientos ya señalados, para que el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada tenga validez es necesario mencionar que dicho ejercicio se encuentra supeditado al cumplimiento de postulados que permiten garantizar el adecuado ejercicio de los derechos. Lo anterior teniendo en cuenta que, por ejemplo, si bien la ley en el derecho privado cumple una función supletiva frente al ejercicio de la autonomía de la voluntad, esta última no puede ir más allá de la ley, mediante el pacto de acuerdos que cuenten con expresa prohibición legal. Así mismo, el legítimo ejercicio de la voluntad privada no puede convertirse en escenario que permita la configuración de abuso del derecho, bien en el ejercicio de potestades otorgadas por la ley, bien en la ejecución de los acuerdos suscritos por las partes.

Por lo tanto, es necesario no solo determinar la posibilidad de que acuerdos referentes a la terminación del vínculo contractual por una de las partes se lleven a cabo a través de su voluntad, sino que se requiere estudiar la figura de la terminación unilateral del contrato, no solo para determinar los elementos que acompañan dicha figura, sino también establecer si dichos elementos prevalecen en los contratos especiales celebrados por entidades estatales no sometidas al estatuto de contratación estatal colombiana.

no, por cuanto es claro que dicha contratación, pese a estar regida en la mayoría de los casos por el régimen privado, contiene elementos distintivos que deben ser ponderados, siendo uno de ellos, el interés público perseguido.

CAPÍTULO TERCERO

LA TERMINACIÓN UNILATERAL

EN EL DERECHO PRIVADO

La posibilidad de que de forma unilateral se dé la terminación de una relación jurídico contractual no corresponde en forma exclusiva a una facultad legal otorgada a las entidades estatales sometidas al estatuto de contratación. Dicha posibilidad, más que a una facultad, corresponde a una figura jurídica a la que, por ejemplo, el acreedor puede acudir válidamente conforme con las reglas y las condiciones que de manera previa hayan pactado las partes de común acuerdo o incluso en algunos casos, como una figura propia de determinados tipos de contrato, como ya lo han expresado autores colombianos³⁶.

36 ERNESTO RENGIFO GARCÍA. *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, Bogotá, Legis, 2014 y BENAVIDES RUSSI. *El contrato Estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*, cit.

La figura de la terminación unilateral, diferente de la resolución del contrato³⁷, puede ser observada dentro de nuestro ordenamiento jurídico en varios tipos de contratos conmutativos, en donde frente al incumplimiento grave de una de las partes se faculta a la otra a terminar con el vínculo jurídico, sin que esto implique el ejercicio de una potestad extraordinaria, sino por el contrario, una justa medida frente a los perjuicios que puede implicar el grave incumplimiento del contrato.

Ahora bien, la posibilidad de terminar el contrato por incumplimiento no es la única contemplada en nuestro ordenamiento. Doctrinantes como ERNESTO RENGIFO GARCÍA³⁸ y JOSÉ LUIS BENAVIDES³⁹ han señalado clasificaciones de contratos propios del derecho privado que contemplan la posibilidad de terminar la relación contractual por una de las partes, bien tratándose de contratos fundados en la confianza recíproca de las partes, según la duración del contrato e incluso según la finalidad del contrato mismo.

En lo atinente a los contratos fundados en la confianza recíproca de las partes, encontramos el de mandato, típico ejemplo referenciado por la jurisprudencia y la doctrina, en donde por expresa consagración normativa se establece la posibilidad de dar por terminado el mandato por parte del mandante, a su

37 RENGIFO GARCÍA. *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, cit., p. 92.

38 Ídem.

39 BENAVIDES RUSSI. *El contrato Estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*, cit., pp. 356 a 358.

arbitrio⁴⁰, que establece las condiciones y limitaciones frente al ejercicio de la terminación unilateral, como lo es el pago de perjuicios frente a la revocación abusiva del mandato⁴¹. Frente a este tipo de contratos basados en la confianza, la Corte Suprema de Justicia ha señalado⁴²:

Tratándose de ciertos negocios jurídicos en los que –de ordinario– la confianza constituye soporte medular de la relación jurídica, como sucede en el seguro o en el mandato, entre varios, *el legislador –directa o indirectamente– ha posibilitado que las partes o alguna de ellas, en desarrollo de los lineamientos que signan la autonomía privada, particularmente del “poder potestativo” conferido, fulminen el contrato, consagrándose así una forma particular de extinguir –o de hacer cesar– anticipadamente el vínculo contractual* (revocación; distracto o desistimiento unilateral; receso, etc.), lo que se traduce en elocuente excepción o quiebre a la arraigada regla de fidelidad contractual. (Resaltado fuera de texto).

Frente al apartado final del pronunciamiento transcrito, es necesario disentir, bajo el entendido de que por regla general el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada permite el acuerdo de este tipo de cláusulas, sin necesidad de expresa consagración normativa, limitándose el ejercicio legislativo a la consagración

40 Artículo 1291 del Código Civil.

41 Artículo 1280 del Código de Comercio: “Revocación abusiva. En todos los casos de revocación abusiva del mandato, quedará obligado el mandante a pagar al mandatario su remuneración total y a indemnizar los perjuicios que le cause”.

42 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de diciembre de 2001, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO.

de condiciones especiales requeridas para que la expresión de la autonomía no se vicie con la configuración de elementos propios del abuso del derecho.

Frente a los contratos, según su finalidad, se ha establecido el caso del contrato de confección de obra material, en donde quien encargó la obra se encuentra facultado para determinar la cesación de la misma con la correspondiente obligación de restituir no solo los costos en los que ha incurrido, sino también la utilidad que hubiera podido percibir con la ejecución de la obra⁴³.

En lo concerniente a la duración del contrato, es importante destacar cómo la función económica y social de los negocios jurídicos impide que su duración sea perpetua, por el contrario, hace necesario el establecer su terminación, incluso estipulando el legislador en algunos casos figuras jurídicas de terminación. Tal es el caso de los contratos de suministro, en donde se permite a cualquiera de las partes darlo por terminado en caso de que no se hubiere pactado su duración, al tenor de lo dispuesto en el artículo 977 del Código de Comercio Colombiano.

En una misma línea de pensamiento, encontramos que con independencia al régimen al que se encuentran sometidas, es claro que las obligaciones no tienen vocación de perpetuidad o indefinición en el tiempo, toda vez que resulta más que evidente que, como ya se ha señalado, tienen una función económica y social,

43 Artículo 2056 del Código Civil colombiano.

razón por la cual si no se realizan dichas funciones, deben terminarse.

Observemos cómo dentro de los modos de extinción de las obligaciones consagrados en nuestro ordenamiento, se destaca que

Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula⁴⁴.

Manifestación dentro de la cual encuadra la posibilidad de que las partes, de común acuerdo, establezcan dentro del contrato supuestos de hecho que den lugar a la terminación del vínculo contractual por una de ellas. Lo anterior reafirma la condición de ser la posibilidad de terminar unilateralmente el contrato, regla propia de la autonomía de la voluntad y del régimen privado.

De este modo, frente a los modos de extinguir las obligaciones, desde la jurisprudencia⁴⁵ se ha determinado la existencia de aquellos que hacen referencia a la satisfacción y/o cumplimiento de la obligación, tales como el pago⁴⁶, la compensación⁴⁷, la transacción⁴⁸ y la novación⁴⁹, así como de aquellos que no conllevan el cumplimiento de la obligación, tales como la prescripción liberatoria, la remisión, la imposibilidad

44 Artículo 1625 *ibíd.*

45 Consejo de Estado. Sentencia de 9 de mayo de 2012, *cit.*

46 Artículo 1626 del Código Civil colombiano.

47 Artículo 1714 *ibíd.*

48 Artículo 2469 *ibíd.*

49 Artículo 1687 *ibíd.*

de ejecución y los demás modos de extinción de obligaciones que tienen lugar cuando el negocio jurídico pierde eficacia.

A manera de conclusión, es claro entonces que la terminación unilateral, como la posibilidad de una de las partes de dar por terminado el vínculo negocial, se encuentra inmersa dentro del derecho privado, frente a determinados contratos, eso sí, por ministerio de la ley, sin que esto implique que el mero acuerdo de voluntades no pueda brindar esta posibilidad. Tal es el caso del contrato de mandato, en donde dentro de las causales de terminación del mismo se establece, en el numeral 3 del artículo 2189 del Código Civil, la revocación del mandato por parte del mandante. De igual forma ocurre con el arrendamiento, el arrendamiento de servicios inmateriales⁵⁰ y la confección de obra material⁵¹, en donde se condiciona su procedencia a la indemnización de perjuicios.

50 Artículo 2066 *ibíd.*: “Terminación del contrato de servicio. *Cualquiera de las dos partes podrá poner fin al servicio cuando quiera, o con el desahucio que se hubiere estipulado. Si la retribución consiste en pensiones periódicas, cualquiera de las dos partes deberá dar noticia a la otra de su intención de poner fin al contrato, aunque en éste no se haya estipulado desahucio, y la anticipación será de medio período a lo menos.*” (Resaltado fuera de texto).

51 Artículo 2056 *ibíd.*: “Indemnización por incumplimiento. Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución [...] Por consiguiente, el que encargó la obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, *podrá hacerla cesar*, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra”. (Resaltado fuera de texto).

Así las cosas, establecida la forma en la que se presenta la terminación unilateral del vínculo contractual dentro del derecho privado, bien por expresa disposición legal como en los contratos mencionados, bien por el mero imperio de la voluntad de las partes, debemos partir de la premisa de que el ejercicio de la figura se encuentra supeditado al cumplimiento de postulados que permiten garantizar el adecuado ejercicio de los derechos, toda vez que la voluntad de las partes no puede ir más allá de la ley, mediante el pacto de acuerdos que cuenten con expresa prohibición legal.

Así mismo, el legítimo ejercicio de la voluntad privada no puede convertirse en escenario que permita la configuración de abuso del derecho, bien en el ejercicio de potestades otorgadas por la ley, bien en la ejecución de los acuerdos suscritos por las partes, por lo que resulta de vital importancia el estudio de la figura de abuso del derecho.

CAPÍTULO CUARTO

ABUSO DEL DERECHO

El abuso del derecho, en una primera definición simplista, puede ser abordado como aquel caso en el que se presenta un efecto desproporcionado y contrario a su finalidad, por demás ilegal, frente al ejercicio de una potestad, prerrogativa o derecho, bien de origen legal o bien de origen contractual.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

En este orden de ideas, tratándose de la autonomía de la voluntad privada y el conjunto de facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la de elegir con quién realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas que en cuanto ocasionen agravio a intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aún encontrándose vinculado por el negocio y por la fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea

la eficacia que de este último es propia, pueda exigir la correspondiente indemnización”⁵².

Así mismo, doctrinantes como RENGIFO GARCÍA se han referido a los antecedentes del desarrollo del concepto de abuso del derecho, concluyendo que:

De modo pues que el abuso del derecho viene a ser la respuesta al ejercicio de derechos de una manera egoísta, sin tener en cuenta las relaciones sociales. La teoría del abuso del derecho es, por consiguiente, una respuesta de avanzada a aquella que consagró derechos con un marcado acento individual como lo fue la época del racionalismo y la ilustración. Con la teoría del abuso del derecho ciertos derechos individuales de contenido determinado, toman una connotación o significación social⁵³.

En ese orden, en el estudio de la figura de abuso del derecho, la discusión sobre su aplicación dentro del esquema de la responsabilidad contractual o extracontractual, si bien es relevante, no es materia que deba ser abordada dentro del presente estudio, teniendo en cuenta que lo que se busca establecer es si la terminación unilateral del contrato podría significar la existencia de una determinada responsabilidad civil, por resultar el ejercicio de dicha figura contractual, abusiva frente a la parte que la soporta y por lo tanto constituir un abuso del derecho.

52 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de octubre de 1994, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO.

53 ERNESTO RENGIFO GARCÍA. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Externado, 2.^a ed., 2004.

Sin embargo, partir de la posibilidad de que se presente abuso del derecho exige la verificación de los elementos constitutivos de dicha figura, frente a los cuales encontramos:

- La existencia de una conducta permitida por expresa disposición legal o contractual.
- El ejercicio contrario a la finalidad consagrada en la norma o en la estipulación contractual.

Elementos frente a los cuales hemos establecido la posibilidad de que una de las partes dé por terminado el contrato, bien por acuerdo entre las partes o bien conforme a los casos taxativamente señalados en la ley, configurándose el primero de los elementos esenciales de dicha figura.

Corresponde ahora determinar si el ejercicio de la consagración normativa o contractual, en su ejecución, resulta contrario a su finalidad. Frente a la finalidad de la terminación, hemos señalado cómo la función económica y social de los negocios jurídicos impide que su duración sea perpetua, por el contrario, hace necesario el establecer su terminación, incluso estipulando el legislador en algunos casos figuras jurídicas de terminación. Es así como la posibilidad de terminar unilateralmente el contrato permite dar continuidad al ejercicio de la función económica y social de los negocios jurídicos, evitando su estancamiento frente a relaciones perpetuas.

Así mismo, ha previsto el legislador la posibilidad de evitar afectaciones al acreedor, frente al grave y reiterado incumplimiento del deudor, cuya solución recae bien sobre el cumplimiento inmediato de la

obligación o bien sobre la terminación del vínculo negocial.

Entonces, en contratos como el de mandato, se establece⁵⁴ la revocación del mismo por parte del mandante, de igual forma ocurre con el arrendamiento, el arrendamiento de servicios inmateriales⁵⁵ y la confección de obra material⁵⁶, contratos éstos en donde se condiciona la procedencia de terminar unilateralmente el contrato a la indemnización de perjuicios. Sin embargo, como hemos señalado, tales consagraciones normativas no constituyen una excepción sino la estipulación especial para evitar precisamente abuso del derecho, estableciendo en varios casos la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados con la terminación, dando un justo equilibrio al ejercicio de la medida.

Sin embargo, tal equilibrio, no puede *ipso facto* predicarse en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, cuando se estipulan este tipo de cláusulas, en donde puede operar con claridad el ejercicio de posición dominante por una de las partes, dejando de ser su ejecución propia de la autonomía, viciando incluso la posibilidad de terminar unilateralmente el contrato, de nulidad o ineficacia.

En este sentido, la normativa comercial colombiana⁵⁷ ha establecido la obligatoriedad de indemnizar

54 Numeral 3 artículo 2189 del Código Civil.

55 Artículo 2066 *ibíd.*, ver *supra*, nota n.º 50.

56 Artículo 2056 *ibíd.*, ver *supra*, nota n.º 51.

57 Código de Comercio colombiano, artículo 830: "Abuso del derecho-indemnización de perjuicios. El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause".

perjuicios a quien incurra en abuso del derecho, como postulado general que permite equilibrar el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Por lo tanto, es claro que el pacto de cláusulas como la terminación unilateral del contrato, cuando no se está frente a los casos ya regulados en el régimen privado, en definitiva debe obedecer al ejercicio de la autonomía de la voluntad privada. En ningún caso puede tratarse de contratos de adhesión a los cuales el particular no pueda decir que no o solicitar y/o acordar su modificación.

Aspectos tales como la imposibilidad de su acuerdo o modificación, afectan el principio de la autonomía de la voluntad, al corresponder al ejercicio de la posición dominante que en forma clara tiene una entidad estatal, con independencia del régimen al cual se encuentra sometido, razón por la cual es fundamental que el contratista tenga la posibilidad de acordar o no dicha cláusula.

Entonces, dentro del ejercicio de la voluntad privada, frente al pacto de cláusulas de terminación unilateral, se encuentra la posibilidad de que dicho acuerdo incluya causales que operen para cualquiera de las partes, toda vez que, por ejemplo, el incumplimiento del contrato, atendiendo a la naturaleza de las obligaciones pactadas, puede presentarse por cualquiera de los contratantes. Sin embargo, en dicho ejercicio, es importante que para el caso de las entidades estatales no se vulnere con estos acuerdos el interés perseguido por la contratación estatal, ya que, como lo señalamos antes, en el abastecimiento de bienes y servicios por parte de entidades estatales, con independencia

del régimen aplicable, prevalece la satisfacción de un interés público de mayor jerarquía frente al interés particular.

Para retornar a la posibilidad de pactar la terminación unilateral del contrato, así como su ejecución, es menester señalar que la misma debe operar frente a situaciones antes determinadas por los contratantes, como parte integral del contrato, tales como situaciones originadas en el incumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento, consagrando circunstancias cuya ocurrencia sea de tal magnitud, que la terminación unilateral resulte proporcional a dicha circunstancia. Incumplimientos graves o definitivos del objeto contratado o situaciones que de presentarse, no permitan la continuidad del vínculo jurídico.

Por otra parte, es recomendable que como ejercicio de la voluntad previa de las partes para dar por terminado el contrato se respeten postulados como el ejercicio del derecho de defensa y el debido proceso, por tratarse no de un ejercicio arbitrario, sino de, como ya se ha dicho, la materialización de la voluntad previa de las partes.

Pese a lo anterior, es claro que la ocurrencia de abuso del derecho no opera de forma inmediata, es decir, no puede una de las partes declarar su ocurrencia, sino que constituye una figura de control que requiere de declaración judicial, operando *a posteriori*, eso sí, obligando a quien incurre en ella, a la indemnización de perjuicios.

CAPÍTULO QUINTO
DIAGNÓSTICO DE ESCENARIOS SOBRE
LA IMPOSICIÓN DE CLÁUSULAS UNILATERALES
EN EL DERECHO COLOMBIANO

Advertimos en este punto, que a nivel jurisprudencial es fuerte el debate sobre la imposición de cláusulas unilaterales, por lo que existen tesis a favor y también en contra de la posibilidad de pactar estas cláusulas de terminación unilateral en ejercicio de los principios de autonomía de voluntad privada y libertad contractual, que han caracterizado, definido y determinado históricamente el ejercicio contractual en sede de derecho privado.

Así las cosas, después de adelantar rastreos jurisprudenciales, doctrinarios e históricos, nos permitiremos resumir las posiciones a favor y en contra a través de los pronunciamientos que encontramos más acertados para defender cada una de las posiciones existentes en el tema que convoca nuestra atención.

I. POSICIONES A FAVOR DE LA IMPOSICIÓN DE CLÁUSULAS DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO

El Consejo de Estado⁵⁸ reiteró y resumió con suficiente claridad, los argumentos jurídicos que permiten la viabilidad de pactar cláusulas accidentales en los siguientes términos:

Con otras palabras, resulta viable que las partes del contrato puedan pactar cláusulas accidentales que impliquen la utilización de mecanismos tales como la cláusula penal, la imposición de multas, la terminación unilateral o la liquidación unilateral del contrato, entre otros, *siempre y cuando que esas estipulaciones no vayan 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.*

Ahora, sí esas estipulaciones no contravienen las normas imperativas, las buenas costumbres, el principio de buena fe contractual y no comportan el ejercicio abusivo de un derecho, ellas rigen las relaciones derivadas del contrato y su ejercicio no es otra cosa que la utilización de una facultad contractual.

Por último, es de precisar en éste punto que *teniendo en cuenta que la tipología de contratos que se viene analizando no se rige por las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993 y que el pacto de cláusulas accidentales mediante las cuales se prevé el ejercicio de facultades tales*

58 Providencia de 19 de julio de 2017, rad. 68001-23-31-000-2011-00554-01 (57.394), C. P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

como la terminación unilateral o la liquidación unilateral, entre otros, se funda primordialmente en la autonomía dispositiva, su inclusión no comporta el ejercicio de una potestad exorbitante o excepcional al derecho común.

En efecto, resulta alejado de la realidad jurídica sostener que es ilegal la inclusión de tales cláusulas en un contrato del Estado que se rige por el derecho privado puesto que semejante aseveración no tiene en cuenta la elemental consideración, que es del ABC del derecho privado, que en este las partes pueden regular sus intereses como a bien lo tengan, eso sí, sin vulnerar las normas imperativas, las buenas costumbres, la buena fe y sin hacer un ejercicio abusivo del derecho.

Luego, como semejantes pactos no están prohibidos en el derecho privado, es corolario que pueden ser incluidos en los contratos del Estado que se rigen por este ordenamiento y, entonces, en estos casos, su ejercicio no implica el ejercicio de una potestad exorbitante del Estado sino simplemente el ejercicio de una facultad contractual que de consuno y en pie de igualdad las partes admitieron que pudiera ser ejercida por alguna de ellas.

Naturaleza de los actos expedidos en ejercicio de las denominadas cláusulas accidentales en contratos del Estado que se rigen por normas de derecho privado [...] En conclusión, la naturaleza de los actos expedidos en ejercicio de facultades otorgadas por las partes en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado, difiere de aquella que se predica de los actos expedidos unilateralmente por la administración en un contrato del Estado con fundamento en la ley, pues la existencia de aquellos se origina en la autonomía dispositiva, se expiden con fundamento en el acuerdo negocial y no comportan el ejercicio de una facultad excepcional al derecho común, a diferencia de éstos que sí se originan y se expiden en ejercicio de prerrogativas

excepcionales al derecho común previstas en la ley y, por esta razón se constituyen en actos administrativos

[...]

Noción y elementos del acto administrativo.

[...]

Ahora, los actos administrativos expedidos unilateralmente por alguna de las partes en la ejecución de un contrato estatal, difieren de aquellos actos contractuales que se emiten en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado en ejercicio de facultades otorgadas por las mismas partes, pues tal como se señaló en líneas precedentes la expedición de aquellos se produce como consecuencia de las prerrogativas previamente dispuestas en la ley y, en cambio la emisión de los otros se funda en la autonomía dispositiva *y no comporta el ejercicio de una potestad excepcional al derecho común*. (Resaltados fuera de texto).

En este punto, destacamos que el Consejo de Estado reiteró que esa Corporación ha admitido, incluso, el pacto de cláusulas tales como la de terminación unilateral del contrato a través de diferentes pronunciamientos⁵⁹.

59 Entre los cuales se destaca la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 20 de febrero de 2017, rad. 050012331000200304466 02 (56.562), C. P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

II. POSICIONES EN CONTRA DE LA IMPOSICIÓN DE CLÁUSULAS DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO

A su vez, el Consejo de Estado otorgó argumentos para no pactar cláusulas de terminación unilateral que adicionalmente, calificó como excepcionales o exorbitantes, demostrando que la discusión a favor y en contra de estas cláusulas es un asunto muy vigente que parece no tener fin⁶⁰:

3. Las entidades públicas sometidas en su actividad contractual a las reglas de derecho común (derecho privado) no pueden pactar cláusulas excepcionales o exorbitantes previstas en la Ley 80/93, salvo que la ley o una norma superior lo autorice de manera clara y expresa.

Sumado al pronunciamiento en cita, encontramos los siguientes pronunciamientos del Consejo de Estado, que cuestionan la posibilidad de ejercer la autonomía de la voluntad privada al momento de pactar cláusulas excepcionales o exorbitantes.

Así mismo, es necesario señalar que la actividad en materia contractual desplegada por la Administración se encuentra supeditada al principio de legalidad en cuanto que sus decisiones deben encontrarse sometidas a las atribuciones y competencias determinadas expresamente por la ley. Ello significa que cuando las entidades del Estado se relacionan con los particulares, mediante el

60 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C". 19 de julio de 2017, rad. 68001-23-31-000-2011-00554-01 (57.394), C. P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

vínculo contractual, el ejercicio de las facultades requiere de definición legal previa y expresa, en tanto *que es la propia ley la que establece límites a la autonomía de la voluntad*, por tanto, aunque en virtud del principio de la voluntad, en las cláusulas contractuales se haya pactado la imposición de multas y aunque se hubiere estipulado su efectividad de manera unilateral, mediante la expedición de un acto administrativo, ninguna de las partes podrá ejercer dicha potestad, en tanto la ley no las haya facultado para ello y, se reitera, las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual⁶¹.

Sumado a lo anterior, la misma Corporación indicó lo siguiente⁶²:

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

... Pero esa facultad de imponer multas en forma unilateral, no puede ser usada sino en los casos en los cuales expresamente lo autoriza la ley, es decir, en los contratos administrativos, hoy denominados contratos estatales, sin que pueda una entidad de derecho público extenderla a otros eventos no consagrados en la norma, bajo el argumento de que ese es un contrato de naturaleza especial.

No es la importancia de la materia del contrato, en este caso, las exportaciones, no lo que sobre ella opine la entidad, lo que faculta para usar poderes exorbitantes.

Ese establecimiento público demandado, sólo podía usar tales poderes cuando se encuentre frente a uno de los

61 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 1994, rad. 7879, M. P.: CARLOS BETANCOURT JARAMILLO.

62 21 de octubre de 1994, exp. 9288.

contratos señalados en el artículo 16 del Decreto 222 de 1983, pero no en uno que no está incluido en esa norma, los cuales se regirán por el derecho privado, donde el incumplimiento y la sanción que de él se derive, sólo puede ser decretado por los jueces...

En la misma línea, la Sección Tercera indicó lo que viene a continuación⁶³:

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

... En este sentido cabe precisar que uno de esos actos administrativos para los cuales la Administración Pública requiere competencia para su adopción, lo que es lo mismo, autorización legal para su expedición es aquél mediante el cual se liquida un contrato de manera unilateral, en tanto, a través de dicho acto se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas...

Adicionalmente, la misma Sección sumó los siguientes argumentos⁶⁴:

Se indicó que al regirse el contrato por normas de derecho privado, en el cual las partes actúan en igualdad de

63 Consejo de Estado. 23 de abril de 2009, rad. 16372, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

64 23 de septiembre de 2009, rad. 24639, C. P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR.

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

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

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

En el mismo sentido, expresó la siguiente posición⁶⁵:

Esas facultades excepcionales, como por ejemplo, la *de declarar la caducidad del contrato*, según reiterada

65 28 de septiembre de 2011, rad. 15.476, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

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

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

A su vez, el Consejo de Estado indicó que⁶⁶:

66 Auto de 20 de febrero de 2014, rad. 45310, M. P.: RAMIRO PAZOS GUERRERO.

A. Las entidades públicas sometidas en su actividad contractual a las reglas de derecho común (derecho privado) *no pueden pactar cláusulas excepcionales o exorbitantes* previstas en la Ley 80 de 1993, salvo que la ley o una norma superior lo autorice de manera clara y expresa (resaltado fuera del texto).

B. La ejecución o cumplimiento unilateral de una cláusula excepcional o exorbitante en los contratos sometidos al derecho común *es ilegal* por comportar una potestad exclusiva del Estado, salvo que se ejerza bajo el amparo de una ley o norma superior (resaltado fuera del texto).

III. POSICIÓN JURISPRUDENCIAL FRENTE A SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

Por otra parte, el Consejo de Estado analizó el caso de las sociedades de economía mixta, cuando se pronunció sobre los actos proferidos por Ecopetrol, indicando que son verdaderos actos administrativos y no simples actos contractuales, pues aparte de haber sido expedidos con fundamento en facultades consagradas en normas de derecho público, contienen una decisión unilateral encaminada a crear, modificar o extinguir una situación jurídica determinada.

Por lo anterior, en atención a que las decisiones unilaterales adoptadas por Ecopetrol de

imponer multa, declarar el incumplimiento grave del contrato, declarar la ocurrencia del siniestro, hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y liquidar unilateralmente el contrato son manifiestamente ilegales al haber sido expedidas sin ostentar la competencia legal y por desconocer los artículos 6.º de la Ley 1118 de 2006 y 14 de la Ley 1150 de 2007.

Y por otra parte, teniendo en cuenta que la ejecución de los actos mencionados puede generar afectación del patrimonio económico de la unión temporal demandante, el Consejo de Estado estimó necesaria la medida preventiva de suspensión provisional para evitar que se cause un perjuicio a la parte demandante y como consecuencia, decidió revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Santander.

A su vez, el día 12 de noviembre de ese mismo año, la alta Corporación ofreció la siguiente postura⁶⁷:

... en aquellos contratos gobernados por el derecho privado [...] las entidades públicas no tienen potestad para expedir actos administrativos mediante los cuales se impusieran multas a contratistas, no sólo por el plano de igualdad de las partes en los contratos regidos por el derecho privado, sino porque, además, no existe disposición legal alguna en la normativa privada que les asigne tal facultad.

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

... es claro entonces que la cláusula [...] se encuentra *viciada de nulidad por objeto ilícito por contravenir normas de orden público*, en tanto que por tratarse de un contrato sujeto a normas de derecho privado, no resultaba posible pactar la imposición unilateral de multas por parte de la Administración, dado que dicha estipulación es a todas

67 Radicado 29165, C. P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

luces contraria al mandato constitucional según el cual la autoridad pública no puede hacer sino aquello que la ley lo autorice, norma que delimita el campo de acción de la Administración frente a los administrados y que goza de la naturaleza de orden público.

En cuanto a la facultad de liquidar el contrato unilateralmente.

... es claro que la potestad que tiene la Administración –en este caso ETB– para liquidar unilateralmente un contrato, es una facultad que debe estar asignada por la ley, pues de lo contrario, la entidad carecería de competencia para tomar decisiones unilaterales.

Por su parte, el Consejo de Estado indicó lo siguiente⁶⁸:

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

Contrario sensu, el incumplido puede salir favorecido toda vez que será librado del cumplimiento de las prestaciones o del objeto del contrato en cuya ejecución se ha visto imposibilitado.

De manera que, aunque el pacto de estas figuras puede aparecer como un elemento de carácter sancionatorio, ello

68 24 de agosto de 2016, rad. 41.783, C. P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

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

Sobre este aspecto, se encuentra que “en los sistemas jurídicos en los que se ha admitido que la resolución convencional de pleno derecho pueda operar sin necesidad de un pronunciamiento judicial previo, como es el caso en Francia, la jurisprudencia se muestra particularmente rigurosa cuando de poner en práctica la cláusula respectiva se trata”. En primer término se exige absoluta precisión en su redacción, en el sentido de que ella no puede apuntar al incumplimiento por parte del deudor de cualquiera de las obligaciones a su cargo. La cláusula debe referirse concretamente al incumplimiento de una o varias de las estipulaciones expresas del contrato, lo que significa, según lo anotan GHESTIN, JAMIN y BILLIAU, “que el contrato no puede ser resuelto por el incumplimiento de las obligaciones que él engendra, a menos que hayan sido mencionadas en la cláusula⁶⁹”.

[...]

69 JACQUES GHESTIN, CHRISTOPHE JAMIN y MARC BILLIAU. *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, sous la direction de JACQUES GHESTIN, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 3.^e édition, Paris, 2001, p. 659.

Así las cosas, la estipulación de cláusulas de terminación unilateral por incumplimiento son absolutamente viables, a partir de la autonomía de las partes para estructurar el contenido del negocio, siempre que en ellas se especifique la prestación esencial cuyo incumplimiento priva sustancialmente al contrato de la debida ejecución del objeto pactado.

Asimismo, los contratos suscritos por entidades públicas o sociedades que actúen en el mercado sujetas al Derecho privado, dada la autonomía de estructuración del contrato, gozan de esta facultad sin intervención del legislador y sin que se consideren exorbitantes o sujetas a los conceptos o procedimientos propios de los contratos de la administración.

[...]

En otras palabras, la demanda contra los actos contractuales proferidos en ejercicio de sus facultades convencionales por una entidad pública que se rige por el derecho privado, debe incoarse por incumplimiento del contrato y no por nulidad del acto, ya que con su expedición se habrá vulnerado una norma convencional que no legal, aunque la jurisdicción competente para conocer el ligio seguirá siendo la contenciosa administrativa, en atención a la naturaleza pública de la entidad contratante (criterio orgánico).

IV. LA FUERZA VINCULANTE DEL CONTRATO

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia indicó lo siguiente sobre la fuerza vinculante del contrato⁷⁰:

70 Sala de Casación Civil. Radicado 11001-3103-012-1999-01957-01.

La fuerza normativa de todo contrato consagrada en los artículos 1602 del Código Civil (art. 1134, *Code Civil français*) y 871 del Código de Comercio (art. 1372, *Codice Civile italiano*), genera para las partes el deber legal de cumplimiento, ya espontáneo, ora forzado (arts. 1535, 1551, 1603, Código Civil), y la imposibilidad de aniquilarlo por acto unilateral.

En efecto, todo contrato existente y válido, “obliga a su cumplimiento de buena fe, en todo cuanto le pertenece por definición (*essentialia negotia*), ley, uso, costumbre o equidad (*naturalia negotia*) o expresamente pactado (*accidentalialia negotia*), en la totalidad de la prestación, forma y oportunidad debida, constituye un precepto contractual o norma obligatoria (*pacta sunt servanda, lex privata, lex contractus*, arts. 1501, 1602, 1603 y 1623, Código Civil; 871 Código de Comercio), y su observancia vincula a los contratantes” (cas. civ. Sentencia de 31 de mayo de 2010, exp. 25269-3103-001-2005-05178-01).

Elementales directrices lógicas, éticas o legales, la regularidad, normalidad, estabilidad, seguridad, certidumbre del tráfico jurídico, la confianza legítima, autorresponsabilidad, buena fe y libertad contractual, explican la fuerza vinculante del contrato, y el repudio a su ruptura unilateral, en cuanto como acuerdo dispositivo de intereses jurídicamente relevante obra de dos o más partes, las obliga a cumplirlo de buena fe, y en línea general, excluye la terminación por una, so pena de ser compelida a su contrariedad al cumplimiento y a reparar los daños ocasionados (pp. 21 y 22).

[...]

Sin embargo, la autoridad de las partes de un negocio jurídico, comprende su celebración y terminación en todo momento por consenso recíproco (*mutuus consensus, contrarius consensus, mutuus dissensus*, arts. 1602 y 1625 Código Civil) acatando las normas legales (cas. civ.

sentencias de 5 de noviembre de 1979, CLIX, 306; 16 de julio de 1985, CLXXX, 125; 7 de junio de 1989, CXCVI, 162; 1.º de diciembre de 1993, CCXXV, 707; 15 de septiembre de 1998, CCLV, 588; 12 de febrero de 2007, exp. 00492-01 y 14 de diciembre de 2010, exp. 41001-31-03-001-2002-08463-01).

Análogamente, el legislador o, las partes, ceñidas a la ley, ética, corrección, probidad, lealtad, buena fe, función, utilidad y relatividad del derecho, en ejercicio de su libertad contractual, pueden disponer la terminación unilateral del contrato.

La figura, describe hipótesis de cesación, extinción o terminación del contrato por acto dispositivo unilateral de una parte y engloba un conjunto heterogéneo de supuestos señalados con expresiones polisémicas, disimiles y anfibológicas, tales las de desistimiento unilateral, receso, retracto, destrato, disolución, renuncia, revocación, rescisión, *resiliation* o resolución unilateral convencional, cláusulas resolutorias o de terminación unilateral expresas, denuncia de contrato a término indefinido, terminación *in continenti* por incumplimiento esencial, grave e insuperable, entre otras.

En la legislación patria carece de disciplina general y se establece en múltiples supuestos. *Ad exemplum*, entre otras hipótesis:

Incluye: El pacto de arras, contrato de compraventa, arrendamiento, obra, mandato, comodato, mutuo, depósito, anticresis, suministro mercantil, transporte, seguros, hospedaje fiducia, cuenta corriente mercantil, agencia mercantil, crédito, crédito documentario, servicios y de trabajo. (pp. 25 a 31). [...] En estrictez, la terminación unilateral presupone la existencia, validez y eficacia del contrato, en nada contradice su noción, fuerza normativa, ni encarna condición potestativa.

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

[...]

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

[...]

Estricto sensu, una o ambas partes son titulares de un derecho potestativo para terminar unilateralmente el contrato, sin aquiescencia, aceptación, beneplácito o consentimiento de la otra, cuyo ejercicio desemboca en acto dispositivo recepticio en cuanto debe ponerse en conocimiento de la otra parte, usualmente con un preaviso mínimo, legal o convencional o, en su defecto, congruo, razonable o suficiente, de forma libre salvo disposición

contraria (p. ej., art. 1071 del Código de Comercio, exige el escrito para la revocación del seguro), y constitutivo por extinguir el vínculo con efectos liberatorios hacía el futuro (*ex nunc*) sin alcanzar las prestaciones ejecutadas, cumplidas, consumadas e imposibles de retrotraer, esto es, carece de eficacia retroactiva (*ex tunc*), cumple la función de terminar el pacto, y por tanto, desligar *in futurum* a las partes del compromiso sin declaración judicial, menester a propósito de las controversias al respecto.

Se comprende, entonces, la utilidad o función práctica de la figura, esto es, la posibilidad legal o convencional de concluir el contrato por decisión exclusiva, única, espontánea y autónoma de una parte, y sin declaración judicial. También su distinción con el acuerdo extintivo. Una cosa es el mutuo acuerdo para terminar el contrato, y otra pactar causas para terminarlo unilateralmente. El contrato termina no por acuerdo, sino por decisión unilateral.

Exactamente, la terminación unilateral y el acuerdo extintivo, son simultáneamente excluyentes e incompatibles.

[...]

La condición resolutoria resuelve el contrato y, en línea de principio requiere declaración judicial.

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

De por sí, función primordial de estas estipulaciones, es terminar el contrato por declaración unilateral de una parte, ya por incumplimiento, ora conveniencia, oportunidad u otras razones legítimas, bien por las causas disciplinadas en la ley o el contrato (terminación unilateral por causa justa del contrato de agencia), bien excepcionalmente *ad nutum* (revocación del seguro, arras penitenciales, retro-venta, retro-compra, contrato individual de trabajo con período de prueba, receso en contratos de consumo, etc.), sea después de preaviso (arrendamiento, suministro art. 973, párr. 2.º C. de Co.), sea en forma automática o *in continenti* (mandato, depósito, mutuo).

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

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 aquél.

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

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

[...]

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.

La jurisprudencia, reconoce en precisas circunstancias que el ejercicio de la facultad de terminación unilateral, no configura de suyo un abuso de derecho (art. 830, C. de Co.), sin sentar una directriz general inflexible ni descartarlo *a priori*, por cuanto, podrá ser abusiva, y por regla general, en los casos legales o contractuales, la parte puede terminar el contrato con sujeción a la corrección, lealtad, buena fe y recto ejercicio de los derechos, pero

en lo “... contractual tiene cabida el abuso del derecho...”, y puede “... presentarse en la formación del contrato, en su ejecución, en su disolución y aún en el periodo postcontractual” (LXXX, 656; cas. civ. sentencias de 6 de diciembre de 1899, xv, 8; sentencia de 6 julio de 1955, LXXX, 656; 11 de octubre de 1973, CXLVII, 82; 19 de octubre de 1994, exp. 3972)...

[...]

En consecuencia, todas las expresiones específicas de terminación unilateral del contrato, el ejercicio del derecho potestativo, incluso discrecional, se rigen por los principios de la buena fe, evitación de abuso del derecho y está sujeto a control judicial, lo cual suprime la justicia privada por mano propia. La buena fe y el abuso del derecho, constituyen límites al pacto y ejercicio de estas facultades.

La misma posición en cita fue reiterada por la Corte Suprema de Justicia⁷¹.

De esta visión ofrecida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, se puede concluir que el contrato es ley para las partes, que lo estipulado entre los sujetos contractuales solo podría perder sus efectos por una causa legal o por el mutuo acuerdo de quienes suscribieron las obligaciones contractuales, entonces consideramos que este criterio de contrato y sus efectos puede aplicarse al régimen de contratación de sociedades de economía mixta, siendo posible pactar cláusulas de terminación unilateral en ejercicio de los principios de libertad contractual y autonomía de vo-

71 Sala de Casación Civil. Agosto de 2011, Referencia: 11001-3103-012-1999-01957-0130, M. P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS.

luntad privada, pero atendiendo a los límites que impone la buena fe y el abuso del derecho.

Por otra parte, es importante recordar que tanto la jurisprudencia y la doctrina civil, así como la arbitral han reconocido la posibilidad de pactar cláusulas de terminación de los contratos consensuales, donde se destacan los bilaterales, onerosos, conmutativos y de ejecución sucesiva, admitiendo también que es posible el pacto de una condición resolutoria estipulada de manera expresa por los contratantes, con el ánimo de resolver de pleno derecho el contrato sin que se requiera declaración judicial.

La idea expuesta en el párrafo precedente, ha sido una teoría notoriamente reiterada en diferentes pronunciamientos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, pues históricamente se ha entendido que es parte del poder negocial, transaccional, propio del ejercicio de la libertad contractual y del principio de autonomía de la voluntad privada, que un sujeto contractual pueda adquirir obligaciones, pero de la misma forma, se ha entendido que ese sujeto de obligaciones tiene derechos, y uno de ellos es la facultad concedida por el mismo ordenamiento jurídico para liberarse de esas obligaciones cuando existe un incumplimiento de su contraparte.

V. ANÁLISIS DE IMPOSICIÓN DE CLÁUSULAS DE TERMINACIÓN UNILATERAL EN SEDE DE LAUDO ARBITRAL

En este punto, analizaremos la exposición de motivos y decisión contenida en el laudo arbitral de 18 de di-

ciembre de 2017, del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, donde se resolvió la disputa entre la Sociedad Colombiana de Servicios Portuarios –SERVIPOORT– como parte convocante, contra Ecopetrol como parte convocada.

Es necesario precisar que la pretensión principal en el presente debate, tiene que ver con una cláusula que el convocante consideró abusiva y en consecuencia, solicitó lo siguiente:

1.6. Que se declare que la cláusula n.º 6.2 del contrato entre Ecopetrol y SERVIPOORT, es abusiva e ineficaz de pleno derecho y que cualquier aplicación de la misma por parte de Ecopetrol no puede producir efecto alguno ni alterar el derecho de SERVIPOORT y la obligación de Ecopetrol a que el contrato termine en el plazo pactado.

De esta manera, la cláusula presuntamente abusiva según el criterio del convocante es la siguiente:

6.2. Ecopetrol, mediante aviso escrito dirigido al contratistas con una antelación no menor de 120 días calendario, podrá dar por terminado el presente contrato en cualquier término, en forma total o parcial (una, dos o tres embarcaciones). Esta forma de terminación unilateral por preaviso se entenderá como justa y no dará lugar a pago de indemnización alguna a favor del contratista.

Parágrafo: En el evento que la operación del Terminal Marítimo de Coveñas sea asumida por la Empresa Oleoducto Central S. A. –OCENSA–, y en consecuencia el presente contrato sea cedido, Ecopetrol en calidad de cedente se obliga a dejar sin efecto lo indicado en el numeral 6.2 antes de efectuar la cesión, procurando que el contratista continúe con la prestación del servicio contratado.

Sobre la cláusula en cita, el convocante advirtió que en diferentes tipos de contrato, la inclusión de cláusulas abusivas se sanciona con la declaratoria de ineficacia de pleno derecho, a lo cual agregó jurisprudencia y doctrina que según su criterio, permiten entender que la ineficacia de pleno derecho aplica a todos los contratos donde se presente un abuso de la fortaleza económica de una de las partes.

Adicionalmente, el convocante resaltó que la cláusula de terminación unilateral discrecional del contrato a favor de Ecopetrol, es abusiva porque se pactó solo a favor de Ecopetrol, porque permite que esta última finalice el contrato sin demostrar algún incumplimiento por parte de SERVIPOINT y porque impide que ésta sea indemnizada una vez se aplique la cláusula en cuestión.

Más tarde, en los alegatos de conclusión, el convocante expresó que la aceptación que hizo de la cláusula en cita, no hace que deje de ser abusiva e ineficaz de pleno derecho por la violación de los principios de planeación, reciprocidad y legalidad.

Frente a lo anterior, la parte convocada argumentó que la cláusula *sub examine* es común en el derecho privado, atiende al ejercicio de la autonomía de voluntad privada y capacidad negocial de los contratantes, agregando también que no existe la sanción de ineficacia cuando las obligaciones contractuales fueron asumidas con conocimiento y en el escenario de la libertad contractual.

En punto al debate antes expuesto, el Tribunal arbitral dejó sin valor lo pretendido por el convocante sobre la cláusula 6.2. del Contrato 5206589, porque

consideró que no se trataba de un pacto que pudiera calificarse de ineficaz de pleno derecho por las siguientes razones:

– Recordó el Tribunal que la jurisprudencia colombiana reconoció la validez y eficacia de las cláusulas de terminación unilateral incluso en los contratos estatales, sin que ello conlleve el ejercicio de una facultad excepcional o exorbitante.

– Señaló además el Tribunal Arbitral que la cláusula cuya ineficacia pretendía el convocante, no es más que una normal previsión contractual negociada entre las partes y precedida de una relación de confianza de varios años.

– Recordó el grupo colegiado que los sujetos contractuales que adquirieron obligaciones en el presente caso, ejercieron su derecho a la autonomía, y en consecuencia, podían pactar dichas cláusulas, estableciendo como criterios de control la buena fe y la razonabilidad.

– Precisó el Tribunal que es legal, posible y común que las partes de un contrato puedan terminar de manera unilateral el mismo a través de un preaviso razonable, como criterio de razonabilidad en la utilización de la cláusula de terminación.

CAPÍTULO SEXTO

POSICIÓN JURISPRUDENCIAL

En consideración a la importancia que representa la jurisprudencia dentro del ámbito nacional y teniendo en cuenta que por disposición normativa⁷² se ha determinado que los conflictos en los que haga parte una entidad de índole estatal serán de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, resulta de vital importancia señalar algunos de los más representativos pronunciamientos del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado ha reconocido la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes en el pacto de la terminación unilateral del contrato, al señalar incluso la imposibilidad de ejecutarlas si estas no se

72 Artículos 104 y 105 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, *Diario Oficial*, n.º 47.956 de 18 de enero de 2011, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html].

encuentran expresamente pactadas. Señala el máximo órgano de lo contencioso administrativo que:

El contrato de prestación de servicios previsto en la Ley 80 de 1993, pertenece a aquellos contratos en los cuales la inclusión de la cláusula de terminación unilateral es facultativa, es decir que depende de la autonomía de la voluntad de las partes y si no estuviere pactada expresamente no podrá invocarse, ni ejercerse. *Contrario sensu*, en aquellos contratos de prestación de servicios en los cuales la facultad de terminación unilateral del artículo 17 de la Ley 80 de 1993 se hubiere pactado, la Administración estará facultada para expedir el Acto Administrativo correspondiente y ejercer ese poder de terminación unilateral, lo cual deberá hacer en la forma y términos que la mencionada ley establece [...] en el contrato *sub judice*, las partes pactaron las cláusulas de terminación, modificación e interpretación unilaterales, “en los términos de los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993”, sin embargo en el análisis de los hechos se concluye que no hubo lugar a la aplicación de la citada cláusula, ni se presentó uno de los eventos regulados en las disposiciones citadas, sino que el Distrito Capital invocó el vencimiento del término contractualmente pactado y procedió a la revocatoria de los poderes otorgados. Así las cosas, se observa que en el evento *sub judice* el fallador no se encuentra ante el supuesto de un acto administrativo de terminación unilateral y, por lo tanto, tampoco le corresponde conocer de la controversia acerca de su legalidad, sino que la *litis versa* sobre la aplicación, supuestamente indebida, de un pacto contractual, lo cual habría dado lugar a la revocatoria sin justa causa del mandato judicial y, por lo tanto, a la consecuente indemnización de perjuicios⁷³.

73 Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente n.º 2019741, 30 de octubre de 2013, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

De igual modo, frente a la posibilidad de pactar y ejecutar las cláusulas como la de la terminación unilateral del contrato, encontramos:

¿Es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo? [...] Para la Sala la respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones: [...] “De un lado, porque, como se ha visto, este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas_—por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común—, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales [...] De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios⁷⁴. (Resaltado fuera de texto).

Lo anterior, implica el establecimiento de premisas tales como que la autonomía de la voluntad privada encuentra una limitación más allá de la prohibición legal, al punto que su ejercicio requiere de expresa habilitación legal, premisa que resulta ajena a los planteamientos realizados en el sentido de ser la ley supletiva de la ausencia de voluntad.

74 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 30 de noviembre de 2006, Expediente n.º 30832, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

Esta posición, respecto a las implicaciones de las llamadas cláusulas exorbitantes, tiene un desarrollo adicional por parte del Consejo de Estado, concibiéndola como un poder extraordinario, otorgado por la ley, flexibilizando su aplicación a determinados contratos estatales especiales, pero siempre por imperio de la ley. Al respecto señaló:

Sobre las potestades o cláusulas excepcionales, también denominadas exorbitantes, ha manifestado esta Sección que se trata de poderes públicos, conferidos por la ley o autorizadas por ella, en atención a los cuales el Estado adquiere la facultad de dirigir la ejecución de los contratos, con miras a que prevalezca el interés general que subyace en todo negocio público, en determinadas situaciones materiales, pues en caso de no intervenir se podría afectar la ejecución normal del mismo, e incluso conducir a la paralización de un servicio público [...] Se trata, por tanto, de un conjunto de poderes de intervención unilateral del contratante sobre el contrato, potestad de la cual no pueden hacer uso los contratistas –particulares–, porque tratándose de la Ley 80 no se contemplan estas prerrogativas en favor suyo. Sin embargo, en otros regímenes contractuales especiales –como en la ley 142 de 1994–, existen normas que permiten que empresas privadas prestadoras de ciertos servicios públicos sean titulares de estos poderes, sin embargo no es el caso de este proceso⁷⁵. (Resaltado fuera de texto).

Dicha posición, cuenta con respaldo del máximo tribunal constitucional, quien ha reiterado la calidad de ser de las cláusulas exorbitantes, prerrogativas propias del poder público, al señalar:

75 Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2011, Radicación n.º 15940C. P.: ENRIQUE GIL BOTERO.

Las cláusulas exorbitantes son prerrogativas derivadas del poder público de la administración pública y que no podrían aplicarse en un contrato de derecho privado. Estas cláusulas se derivan fundamentalmente de la presencia del interés público en los contratos estatales y de la especial naturaleza de los mismos, permitiendo a la entidad ejercer determinadas prerrogativas que no podrían aplicarse en una relación contractual de carácter privado [...] Al respecto esta Corporación ha señalado que las cláusulas exorbitantes implican “el reconocimiento de poderes excepcionales a la administración que le permiten extinguir el vínculo contractual para asegurar la primacía de los intereses públicos o sociales que están vinculados a la realización del objeto del contrato” [...] En todo caso esta potestad solamente puede ejercerse con el cumplimiento de unos presupuestos y en los eventos expresamente señalados por el legislador: [...] “En lo atinente a la terminación unilateral del contrato, si bien la ley otorga a las entidades públicas la potestad de actuar en ejercicio de una facultad exorbitante, les impone el cumplimiento de presupuestos de forzosa aplicación y a la vez restringe la medida a los eventos previstos en la misma. Efectivamente, para declarar la terminación unilateral se requiere i) que la manifestación de la voluntad de la administración se materialice en un acto administrativo, ii) que dicho acto debe ser el resultado de un análisis soportado en la realidad del contrato, es decir, debe estar debidamente motivado y iii) que la causal que se alegue en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la ley ha dispuesto. Y en lo que tiene que ver con los eventos, el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 señala: 1) Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga. 2) Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista. 3) Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista. 4) Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. (Sentencia del Consejo de

Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO, 6 de abril de 2011, Radicación: 23001-23-31-000-1999-00291-01 (19483)⁷⁶ (Resaltados fuera de texto).

Si bien es cierto que el ejercicio de las mal denominadas cláusulas excepcionales al derecho privado puede implicar el ejercicio del poder público, como por ejemplo cuando la terminación se fundamente en la necesidad de conservar el orden público, la misma resulta residual frente a las múltiples posibilidades de terminación unilateral que ofrece el derecho privado, sin que la terminación unilateral implique el ejercicio de una potestad exclusiva del poder público.

Así, la condición de estar permitida la terminación unilateral dentro del derecho privado y ser el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada válido a la hora de establecer cláusulas como la terminación unilateral, no ha sido del todo desconocido por el Consejo de Estado, quien ha reconocido la posibilidad de terminar el contrato, teniendo como origen lo consagrado contractualmente, haciendo incluso referencia a regulación normativa del derecho privado, así:

Ahora bien, podría entenderse que la terminación del contrato por mutuo consentimiento de los contratantes debiere obedecer a una estipulación que ellos decidan

76 Corte Constitucional. Sentencia C-620 de 9 de agosto de 2012, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<http://www.corte-constitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-620-12.htm>].

adoptar de manera conjunta después de haber iniciado la ejecución del contrato, y consiguientemente, con posterioridad a la respectiva celebración, dando lugar a la configuración de lo que algunos autores denominan contratos cancelatorios, sin embargo, aunque no resulte usual, el ordenamiento vigente de los Códigos Civil y de Comercio que rige las relaciones contractuales de los particulares, no impide ni prohíbe que ese consentimiento pueda adoptarse de manera previa, al momento mismo de la celebración del respectivo contrato a través de una estipulación incorporada en él, de manera tal que cada parte pueda tener, a su arbitrio, la facultad de disposición sobre la vigencia del contrato [...] *En ese sentido podría sostenerse que en el ámbito del derecho privado, la terminación de un contrato por decisión unilateral de uno de los contratantes según estipulación convenida y autorizada dentro del propio contrato o en algunos casos incluso prevista en la propia ley, en cuanto corresponda a una estipulación que no contraríe normas imperativas, tampoco resultaría contraria con el principio, aún vigente, de que los contratos válidamente celebrados constituyen una ley para dichos contratantes y, por tanto, al ejercerse dicha facultad de terminación unilateral se pondría fin al contrato sin necesidad de acudir a la intervención de una autoridad judicial o a la aplicación de alguno de los mecanismos alternativos de la administración de justicia, camino al que, por el contrario, obligatoriamente deberán acudir los interesados cuando se presente una disputa, diferencia o conflicto entre las partes del contrato.* (Resaltado fuera de texto)⁷⁷.

Adicional a lo anterior, es necesario considerar que si bien en el desarrollo del presente trabajo se realizó mención de la posición que ha tenido el Consejo de

77 Consejo de Estado. Sentencia de 9 de mayo de 2012, cit.

Estado frente a la figura de la terminación unilateral, a la luz del estatuto general de contratación, resulta de vital importancia para nuestro análisis contar además con la posición que frente a la terminación unilateral ha planteado la Corte Suprema de Justicia, toda vez que la premisa de las entidades estatales no sometidas a Ley 80 de 1993 es la de que se rigen por el derecho privado.

En la materia, la Corte Suprema de Justicia ha establecido la posibilidad de acudir a la terminación unilateral, bien por ministerio de ley, bien como desarrollo del postulado de la autonomía de la voluntad privada, frente a lo cual nos permitimos resaltar:

... el legislador –directa o indirectamente– ha posibilitado que las partes, o alguna de ellas, en desarrollo de los lineamientos que signan la autonomía privada, particularmente del ‘poder potestativo’ conferido, fulminen el contrato, consagrándose así una forma particular de extinguir –o de hacer cesar– anticipadamente el vínculo contractual (revocación; distracto o desistimiento unilateral; receso, etc.), lo que se traduce en elocuente excepción o quiebre a la arraigada regla de la fidelidad contractual, objeto de comentario anterior, en la medida en que, para el logro del prenotado fin, es suficiente la declaración o exteriorización de voluntad del contratante que hace uso de ese singular derecho, en orden a que el contrato, por consiguiente, no despliegue efectos jurídicos para el porvenir (“negocio abolutivo”), dado que se trata, per se, de negocios de duración [...] desde una perspectiva teleológica, por lo demás acorde con el tratamiento a ella conferido por el legislador nacional, aquella es el remedio o secuela iuris que contempla la ley para los eventos en que se ha resquebrajado la confianza contractual –entre otros móviles igualmente válidos–, por la específica desatención –o incumplimiento– en cabeza de una de las partes de su

*deber de prestación, efecto, ello es capital, que constituye –por regla– un derecho de la parte cumplida, quien tiene la facultad de optar por la terminación del contrato o por la efectividad de la obligación insatisfecha (arts. 1546 C. C. y 870 C. de Co.)*⁷⁸. (Resaltado fuera de texto).

Por lo demás, ha de recordarse que la Corte, en sentencia de reciente data, con exhaustividad analizó la procedencia de la facultad de terminación unilateral pactada en contratos o establecida en la ley, incluyendo dentro de los casos puestos de presente, al mandato, entre otros contratos civiles y comerciales (Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 30 de agosto de 2011, rad. 11001-3103-012-1999-01957-01). Allí dijo: “... [E]n rigor, el contrato desde su existencia tiene fuerza obligatoria, es irrevocable y las partes deben cumplirlo de buena fe, sin que, por regla general, una vez celebrado, puedan por acto unilateral dejarlo sin efecto ni sustraerse al vínculo, so pena de incumplimiento e indemnizar los daños causados [...] La fuerza normativa del contrato y el deber legal de su cumplimiento por las partes, es el principio y la regla. Ninguna, puede sustraerse unilateralmente so pena de incumplimiento y comprometer su responsabilidad. La terminación unilateral del contrato, en cualquiera de sus expresiones, es la excepción [...] En específicas hipótesis y bajo determinado respecto, la ley o el contrato, autorizan a una o ambas partes terminarlo por decisión unilateral, ya justificada, motivada o con causa justa, *ora ad nutum*, discrecional, sin justificación o motivación, con preaviso o sin éste, conforme a las previsiones normativas, en cuyo caso, es causa de terminación del contrato, prevista en éste (*accidentalía negotii*) o en la ley (*esencialía o naturalía negotii*) [...] La Sala concluye a este propósito, la singular previsión normativa o, por uso, costumbre o práctica

78 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 14 de diciembre de 2001, cit.

negocial, de la terminación unilateral del contrato, la ausencia de expresa prohibición legal abstracta y la autoridad o legitimación de las partes en ejercicio de la libertad contractual para acordarla, conformemente a sus necesidades, conveniencia, designios, naturaleza de los intereses disponibles, el orden público, las buenas costumbres, función práctica económica o social útil, relatividad de los derechos, paridad, buena fe, lealtad y corrección exigibles [...] Empero, se itera, la terminación unilateral del contrato, es excepcional, requiere texto legal o contractual expreso, excluye analogía *legis* o *ius*, debe aplicarse e interpretarse estrictamente, y cuando su origen es negocial, las partes en desarrollo de la autonomía privada pueden acordarla sujetas al ordenamiento, normas imperativas, *ius cogens*, buenas costumbres, simetría, equilibrio o reciprocidad de la relación, sin abuso de índole alguna, en los casos y contratos en los cuales la ley no la prohíba o excluya [...] En los contratos de indefinida duración, la terminación unilateral, es elemento del contrato por ley, uso, costumbre o estipulación contractual, deriva de la naturaleza de las cosas o el advenimiento de hechos graves ulteriores, y tales contratos como dijo el *ad quem*, salvo expresa norma legal contraria, pueden terminar por denuncia de una de las partes con preaviso por el tiempo normativo, contractual o razonable, pues terminan por causas legales o contractuales, no son perpetuos, eternos o que nunca concluyen, por ello prohibidos al contrariar el orden público de la Nación por suprimir en forma absoluta intemporal la libertad contractual⁷⁹.

79 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC12122-2014 de 9 de septiembre de 2014, M. P.: JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ.

De análoga forma ha determinado que su pacto, válidamente celebrado, de ninguna forma puede constituir un abuso del derecho:

Es evidente que, si como ocurre en este caso, como cláusula accidental de un contrato (la séptima, del celebrado por las partes el 12 de mayo de 1981), *se pacta que puede darse por terminado en forma anticipada, o no prorrogarse por un término igual al inicialmente convenido, siempre y cuando se de aviso a la otra parte contratante con la debida anticipación. Es claro entonces que el ejercicio por una de las partes de esta facultad, no puede, ni de lejos, constituir abuso del derecho, como lo afirma el recurrente en casación, máxime si la conducta de la demandada se ajustó a lo previsto en la cláusula séptima del contrato mencionado, consideración ésta que sería suficiente para el fracaso de la acusación que aquí se analiza*⁸⁰. (Resaltado fuera de texto).

Así mismo, el alto tribunal ha planteado categóricamente la importancia de la figura de la terminación unilateral, propia del derecho privado y que de ninguna forma resulta exclusiva de las entidades estatales. Al respecto ha sostenido

La falta de enunciación expresa en el Código Civil dentro de los modos extintivos, no es escollo ni argumentación plausible para descartar la terminación unilateral, por cuanto como quedó sentado, *la ley la consagra en numerosas hipótesis y contratos de derecho privado, sin concernir sólo a los estatales*. Inclusive, la figura existe en el derecho privado, antes de su plasmación en la contratación estatal, y no es extraña la locución, pues

80 Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 31 de octubre de 1995, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA.

utiliza el vocablo “terminación” (art. 870, C. de Co.), “dar por terminado el contrato” (art. 973, C. de Co.), justas causas “para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial” (art. 1325, C. de Co) [...] *“Justamente, la autonomía privada en cuanto libertad contractual, comporta el razonable reconocimiento legal a toda persona de un cúmulo de poderes o facultades proyectadas en la posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición (libertad de contratar o no contratar), seleccionar el sujeto con quien dispone (libertad de elegir parte o contratante), escoger o crear el tipo contractual (libertad de optar en el catálogo legis o en los usos y prácticas sociales por la especie singular de contrato o crearlo), celebrarlo de inmediato o previo agotamiento de una fase formativa (libertad de celebrar el contrato en forma inmediata o progresiva), hacerlo directamente o por mandatario, representante o apoderado, expresar el acto dispositivo (libertad de expresión o de forma), determinar el contenido (libertad de estipular el contenido), asegurar el cumplimiento, prevenir la terminación o disponerla, y garantizar, atenuar o ampliar la responsabilidad” [...]* En general, ante la ausencia de prohibición normativa expresa, *es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo, lo cual no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces, como se explica más adelante*⁸¹. (Resaltado fuera de texto).

81 Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de agosto de 2011, M. P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS.

De igual forma, en reciente pronunciamiento⁸², la máxima autoridad en materia civil y comercial ha señalado que

en ejercicio de la voluntad privada, una o ambas partes son titulares de un derecho potestativo para terminar unilateralmente el contrato, sin consentimiento de la otra y aún sin declaración judicial.

Lo anterior, teniendo en cuenta que las relaciones contractuales, son conforme a su naturaleza, función y finalidad efímeras o transitorias, son instrumento para una función práctica o económica social, no tienen vocación perpetua y están llamadas a extinguirse mediante el cumplimiento o demás causas legales.

Así mismo, en virtud de los derechos fundamentales, libertades y garantías incorporadas por la Constitución Nacional, se excluye toda relación perpetua al aniquilar *per se* la libertad contractual, cuestión que contraría el orden público por concernir a principios ontológicos de la estructura política, el ordenamiento jurídico y a intereses vitales para el Estado y sociedad.

La *ratio decidendi* se centra en el hecho de que: “*La autonomía privada en cuanto libertad contractual, comporta el razonable reconocimiento legal a toda persona de un cúmulo de poderes o facultades proyectadas en la posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición (libertad de contratar o no contratar), seleccionar el sujeto con quien dispone, escoger o crear el tipo contractual, celebrarlo de inmediato o previo agotamiento de una fase formativa (libertad de celebrar el contrato*

82 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de agosto de 2014, Expediente n.º 11001-3103-012-1999-01957-01, M. P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS.

en forma inmediata o progresiva), hacerlo directamente o por mandatario, representante o apoderado, expresar el acto dispositivo, determinar el contenido, asegurar el cumplimiento, *prevenir la terminación o disponerla*, y garantizar, atenuar o ampliar la responsabilidad”.⁸³ No obstante, “el postulado axiomático inherente a la relatividad de los derechos, libertades y garantías, *descarta la autonomía privada como poder libérrimo, ad libitum, absoluto, en blanco o ilimitado, y su ejercicio sometido a elementales cauces u orientaciones propias a su reconocimiento, ya por orden público, normas imperativas, ora por moralidad, ética colectiva o buenas costumbres*”⁸⁴. (Resaltado fuera de texto).

En otras palabras, resulta legalmente válida la celebración de negocios jurídicos, en los que las partes estipulan mecanismos como la terminación unilateral del contrato, tratándose de personas naturales y/o jurídicas plenamente capaces, claro está, previo cumplimiento de los demás requisitos de validez legalmente exigidos como lo son el consentimiento otorgado sin vicios, objeto y causa lícita. Así mismo, dicha potestad no resulta absoluta, si se tiene en cuenta que la vocación de los negocios jurídicos es la de ser instrumento para una función económica y social.

83 Ídem.

84 Ídem.

CONCLUSIONES

Como resultado del análisis realizado, se puede afirmar que en contratos celebrados con entidades estatales no sometidas al estatuto de contratación estatal, es posible pactar y ejecutar la terminación unilateral, en razón a que:

Las cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho privado, a la luz del estatuto de contratación estatal, constituyen aquellas “medidas que le permiten al Estado cumplir con los fines propios de su naturaleza en aquellos eventos excepcionales que se presenten en el desarrollo de los contratos suscritos”⁸⁵; en la medida en que con la consagración y ejecución se busca “prevenir los perjuicios que se le derivarían al Estado frente a uno cualquiera de los hechos contemplados en el artículo 17 de la referida Ley 80 de 1993”⁸⁶.

85 Concepto de la Secretaría Distrital de Hacienda 380 de 1997, cit.

86 Ídem.

Con independencia de si la contratación de una entidad estatal está o no sometida al estatuto general de contratación consagrado en la Ley 80 de 1993, el interés público de dicha contratación se mantiene y por lo tanto debe ser preservado.

Los motivos o causas que den origen a la terminación unilateral de un contrato estatal deben ser de tal magnitud, que sean considerablemente graves, conforme la afectación que generen para el interés público, *ya que no cualquier hecho puede provocarlos*.

Dentro del régimen aplicable a las entidades sometidas al estatuto de contratación estatal, causales como la referente a la terminación unilateral del contrato por muerte o incapacidad permanente del contratista persona natural o su equivalente, la disolución, en el caso del contratista persona jurídica, claramente no es exclusiva de dicho régimen y obedece al interés del legislador de abarcar todas aquellas situaciones que pudieran afectar el interés público contenido en dichos contratos y no precisamente porque se requiera para su ocurrencia la consagración normativa.

Así mismo, la aplicación de causales tendientes a la conservación del orden público, corresponden a una potestad propia de la autoridad administrativa que para su aplicación exige consagración normativa y que mal haría en predicarse que la misma puede ser objeto de la autonomía de la voluntad de las partes para su consagración y aplicación, causal que por lo tanto consideramos propia de las entidades sometidas al régimen de contratación estatal, por ser una clara expresión de la obligación estatal de conserva-

ción del orden público, ejercida a través de las entidades estatales.

Frente a causales amparadas en la interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista y cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del mismo que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato, es menester tener en cuenta que la terminación unilateral, teniendo como causa el haberse dado inicio al proceso de reorganización, no es posible frente a la contratación estatal, bien se trate de los contratos sometidos al régimen de contratación estatal o bien se haga referencia a los denominados contratos estatales especiales, por cuanto este tipo de acciones, desfavorables al deudor-contratista, se encuentran taxativamente prohibidas por la Ley 1116 de 2006, en sus artículos 16 y 21, salvedad hecha frente a la ocurrencia de incumplimientos o causales diferentes, cuya ocurrencia sí podría configurar la terminación unilateral.

La función de la ley frente al postulado de la voluntad resulta supletoria. Asignar a la ley una función habilitadora frente al principio de la voluntad privada implica desconocer la capacidad de las partes de auto determinar el alcance de los negocios jurídicos pretendidos.

El principio de la autonomía de la voluntad privada no es absoluto y exige el cumplimiento de una serie de requisitos que permitan dar vía libre al principio, sin que se incurra en situaciones que generen ineficacia del negocio jurídico.

Para que el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada tenga validez, es necesario mencionar que el mismo se encuentra supeditado al cumplimiento de postulados que permiten garantizar el adecuado ejercicio de los derechos. El legítimo ejercicio de la voluntad privada no puede convertirse en escenario que permita la configuración de abuso del derecho, bien en el ejercicio de potestades otorgadas por la ley, bien en la ejecución de los acuerdos suscritos por las partes.

Tratándose de la terminación unilateral, la denominación de cláusulas excepcionales al derecho privado puede resultar equivocada, toda vez que si bien es cierto en la contratación estatal sometida al estatuto de contratación dicha figura implica el otorgamiento de ciertas facultades a la administración, su existencia en el derecho privado no es imposible y/o ilegal.

La posibilidad de que de forma unilateral se dé la terminación de una relación jurídico contractual no corresponde en forma exclusiva a una facultad legal otorgada a las entidades estatales sometidas al estatuto de contratación. Dicha posibilidad, más que a una facultad, corresponde a una figura jurídica, a la que, por ejemplo, el acreedor puede acudir válidamente conforme con las reglas y condiciones que antes hayan pactado las partes de común acuerdo o incluso en algunos casos, como una figura propia de determinados tipos de contrato, como ya lo ha expresado la doctrina colombiana.

Dentro del ejercicio de la voluntad privada y frente al pacto de cláusulas de terminación unilateral, se encuentra la posibilidad de que dicho acuerdo incluya

causales que operen para cualquiera de las partes. Sin embargo, en dicho ejercicio, es importante que para el caso de las entidades estatales, no se vulnere con estos acuerdos el interés perseguido por la contratación estatal, ya que, en el abastecimiento de bienes y servicios por parte de entidades estatales, con independencia del régimen aplicable, prevalece la satisfacción de un interés público de mayor jerarquía frente al interés particular.

Sin tener en cuenta el régimen al que se encuentran sometidas, las obligaciones no tienen vocación de perpetuidad o indefinición en el tiempo, toda vez que resulta más que evidente que tienen una función económica y social, razón por la cual si no se realizan, deben terminarse.

La terminación unilateral, como la posibilidad de una de las partes de dar por terminado el vínculo comercial, se encuentra inmersa dentro del derecho privado frente a determinados contratos, eso sí, por ministerio de la ley, sin que esto implique la posibilidad de que el mero acuerdo de voluntades pueda brindar esta posibilidad.

BIBLIOGRAFÍA

BENAVIDES RUSSI, JOSÉ LUIS. *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*, 2.^a ed., Bogotá, Externado, 2004.

BETANCUR CUARTAS, JAIME. *Nuevo estatuto de la contratación administrativa*, Medellín, Diké, 1995.

LARROUMET, CHRISTIAN. *Teoría general del contrato*, JORGE GUERRERO R. (trad.), Bogotá, Temis, 1999.

JACQUES GHESTIN, CHRISTOPHE JAMIN y MARC BILLIAU. *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, sous la direction de JACQUES GHESTIN, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 3.^e édition, Paris, 2001, p. 659.

RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá, Externado, 2.^a ed., 2004.

RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *Las facultades unilaterales en la contratación moderna*, Bogotá, Legis, 2014.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Código Civil colombiano, Ley 84 de 26 de mayo de 1873, *Diario Oficial*, n.º 2.867, de 31 de mayo de 1873, disponible en

[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html].

Código de Comercio colombiano, Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, *Diario Oficial*, n.º 33.339 de 16 de junio de 1971, disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html].

Concepto de la Secretaría Distrital de Hacienda 380 de 1997, Subdirector de la Oficina Jurídica Financiera de la Dirección Distrital de Tesorería de la Alcaldía Mayor, mediante oficio de 24 de junio de 1997, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=235>].

Consejo de Estado:

Sentencia de 21 de febrero de 1986, Radicado n.º 4550, C. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

Sentencia de 7 de septiembre de 1990, Radicado n.º 3106, C. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

Sentencia de 11 de octubre de 1994, C. P.: YESID ROJAS SERRANO.

Sentencia de 20 de octubre de 1995, Radicado n.º 9847, C. P.: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS.

Sentencia de 14 de diciembre de 1995, Radicado n.º 8.563, C. P.: JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de 20 de agosto de 1998, Expediente n.º 14.202, C. P.: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ.

Sentencia de 3 de agosto de 2006, Expediente 15.687, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

Sección Tercera. Sentencia de 30 de noviembre de 2006, Expediente n.º 30832, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

Sección Tercera. Auto del 6 de julio de 2007, Radicado n.º 227422, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2011, Radicación n.º 15940C. P.: ENRIQUE GIL BOTERO.

Sección Tercera. Sentencia del 16 de marzo de 2012, Radicado n.º 2010875, C. P.: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 9 de mayo de 2012, Radicación n.º 85001-23-31-000-2000-00198-01, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

Sección Tercera. Expediente n.º 2019741, 30 de octubre de 2013, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

Constitución Política de Colombia de 1991, edición de la Corte Constitucional disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>].

Corte Constitucional:

Sentencia C-449 de 9 de julio de 1992, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-449-92.htm>].

Sentencia C-400 de 2 de junio de 1999, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-400-99.htm>].

Sentencia C-620 de 9 de agosto de 2012, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-620-12.htm>].

Corte Suprema de Justicia:

Sentencia de 7 de octubre de 1936, *G. J.* n.ºs 1914 y 1915.

Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de octubre de 1994, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO.

Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 14 de agosto de 1995, Radicación 4176, M. P.: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS.

Sala de Casación Civil. Sentencia de 31 de octubre de 1995, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA.

Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de diciembre de 2001, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de agosto de 2011, M. P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS.

Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de agosto de 2014, Expediente n.º 11001-3103-012-1999-01957-01, M. P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS.

Sala de Casación Civil. Sentencia SC12122-2014 de 9 de septiembre de 2014, M. P.: JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ.

Exposición de motivos de 23 de septiembre de 1993, *Gaceta del Congreso*, n.º 75, de 23 de septiembre de 1992, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148#1>].

Ley 80 de 28 de octubre de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, *Diario Oficial*, n.º 41.094, de 28 de octubre de 1993, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>].

Ley 142 de 11 de julio de 1994, *Diario Oficial*, n.º 41.433, de 11 de julio de 1994, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2752>].

- Ley 1116 de 27 de diciembre de 2006, *Diario Oficial*, n.º 46.494, de 27 de diciembre de 2006, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22657>].
- Ley 1150 de 16 de julio de 2007, *Diario Oficial*, n.º 46.691 de 16 de julio de 2007, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html].
- Ley 1274 de 5 de enero de 2009, *Diario Oficial*, n.º 47.223, de 5 de enero de 2009, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34493>].
- Ley 1437 de 18 de enero de 2011, *Diario Oficial*, n.º 47.956 de 18 de enero de 2011, disponible en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html].

LOS AUTORES

DANIEL ZAPATA RUEDA. Abogado de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Privado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Título europeo en Contratos y Daños de la Universidad de Salamanca. Magíster en Derecho con énfasis en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Abogado Gerencia Jurídica de Entorno Ecopetrol.

ALEJANDRO GÓMEZ BUSTAMANTE. Abogado de la Universidad Industrial de Santander. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Magíster en Responsabilidad Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia. Abogado del Departamento Jurídico Regional Central de Ecopetrol.



Editado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–,
en enero de 2018

Se compuso en caracteres Cambria de 12 y 9 pts.

Bogotá, Colombia