

De la Facultad para pactar Cláusulas de Terminación Unilateral del Contrato por parte de las Entidades Estatales exentas del Régimen de Contratación Pública

Sara Melissa Castillo Velásquez

Escuela de Derecho, Universidad Eafit

Pregrado en Derecho

Esp. María del Mar Ulloa Orozco

Abril 9, 2021

“La ley suprema es el bien del pueblo.”- Marco Tulio Cicerón

Agradecimientos:

*A mi familia, por creer en mí y apoyarme para cumplir mi sueño.
A todos mis asesores del Consultorio Jurídico, porque con sus enseñanzas logré convertirme en la mejor versión de mí misma.
A mi asesora de tesis, que me acompañó y guió durante este proceso.
A todos ellos, gracias ¡Totales!*

Resumen

La postura jurisprudencial respecto a la viabilidad del uso de las potestades excepcionales por parte de las entidades estatales exceptuados del Régimen Estatal de Contratación ha sido variable, lo cual ha traído como consecuencia la inseguridad jurídica tanto de dichas entidades, como de los particulares que celebran contratos con estas. El presente artículo desarrolla los conceptos de facultad excepcional, principios de la función administrativa, principio de legalidad y autonomía de voluntad, y contiene un análisis de la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado respecto del ejercicio de la exorbitancia de la terminación unilateral del contrato, de lo cual se concluye que, pese a encontrarse delimitado por la ley para el uso de las entidades sometidas al Régimen de Contratación Pública, en razón al cabal cumplimiento de los fines estatales y el ejercicio de la autonomía de la voluntad, es factible que las entidades exceptuadas de este régimen pueden aplicarlo en sus contratos.

Palabras clave: Entidades estatales, cláusulas excepcionales, autonomía de la voluntad, principio de legalidad, terminación unilateral.

Abstract

The jurisprudential position regarding the viability of the use of exceptional powers by state entities exempted from the State Contracting Regime has been variable, this issue brought legal uncertainty of the related entities and the individuals that enter into contracts with them. This article develops the concepts of exceptional faculty, principles of the administrative function, principle of legality and party autonomy, and contains an analysis of the jurisprudence issued by the Council of State regarding the exercise of exorbitancy of the unilateral termination of the contract. In conclusion, despite being delimited by law for the use of entities

subject to the Public Contract Regime, due to the full compliance of state purposes and the exercise of party autonomy, it is feasible that state entities exempted from this regime can apply it in their contracts.

Keywords: State entities, exceptional clauses, party autonomy, principle of legality, unilateral termination.

Tabla de contenido

Resumen.....	3
Abstract.....	3
Introducción.....	6
Entidades Estatales exentas del Régimen de Contratación Pública de la Ley 80 de 1993.....	8
Principios de la Función Administrativa y de la gestión fiscal	10
La función de la facultad excepcional de la Administración Pública	13
Patrimonio público, interés público y fines del Estado	15
De las posturas no facultativa y facultativa.....	18
Postura no facultativa.....	18
Postura facultativa	20
Principio de Legalidad y Autonomía de la Voluntad.....	21
Figuras asimilables a la exorbitancia de la Terminación Unilateral del Contrato en el Derecho Privado.....	25
Cláusulas resolutorias unilaterales.....	28
Incumplimiento esencial	32
Postura Jurisprudencial del Consejo de Estado	37
Conclusiones	46
Referencias.....	48

Introducción

En Colombia, con la promulgación de la Ley 80 de 1993 -Estatuto General de la Contratación Pública-, se buscaba crear un régimen unificado que lograría poner en orden la segregada normatividad correspondiente a la contratación estatal, cosa que el Decreto 222 de 1983 no había logrado hacer. Sin embargo, esta ley excluyó algunas entidades de su aplicación y sometió su ejercicio contractual al Derecho Privado (Ley 80, 1993, art.32). Para Rodríguez (2017):

Uno de los avances o privilegios que el legislador les dio a las empresas estatales que desarrollaran actividades comerciales para el desarrollo de su objeto social, fue el de otorgarles un régimen contractual regido por el Derecho Privado sin que tuvieran que acudir al Estatuto General de la Contratación Pública y demás normas que la adicionan, modifican y complementan.

En el año 2007, se amplió aún más el espectro mediante la promulgación de la Ley 1150, excluyendo prácticamente a todas las empresas industriales y comerciales del estado, a las sociedades de economía mixta, a las entidades financieras y de seguros estatales, y a un buen número de empresas del sector defensa (2007, art. 14). Posteriormente, el Estatuto Anticorrupción modificó lo expuesto por el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, eliminando del texto original el enunciado “mercados monopolísticos” y adicionando la expresión “sector público” en referencia a la competencia desarrollada por dichas entidades (Ley 1474, 2011, art.93).

Lo anterior, provocó zozobra en la administración pública, pues la gran cantidad de excepciones existentes se había convertido en una seria amenaza contra la seguridad jurídica, toda vez que existían y aún existen más excepciones a la regla que entidades supeditadas a la misma.

No obstante, el legislador dejó claridad que aún las entidades públicas exentas del Régimen de Contratación Pública tendrían que respetar de igual forma los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal previstos por los artículos 209 y 267 de la Constitución Nacional, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades contenido en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 (Ley 1150, 2007, art.13).

Al someterlas a dichos parámetros, dice Grueso que “las entidades estatales con régimen de contratación privado han optado por incluir dentro de sus procesos de contratación prácticas propias del Estatuto de Contratación de la Administración Pública” (2014, p. 197), toda vez que, la carga impuesta por el legislador no les dejó otra alternativa más que utilizar las herramientas dispuestas para dichos fines. Lo anterior, tornó el ejercicio de las facultades excepcionales confusa, pues se carecía de claridad a la hora de entender si estas podían o no utilizarlas. De allí, que surja el cuestionamiento de si existe cabida a tales facultades excepcionales en el ejercicio contractual de dichas entidades.

En ese orden de ideas, ha sido foco de estudio por parte de la doctrina y jurisprudencia nacionales, la manera como se interpretan las facultades excepcionales de las entidades estatales sometidas al régimen de contratación privado, encontrándonos con puntos de vista diametralmente opuestos y, en consecuencia, dichas entidades y los particulares que celebran contratos con estas se han visto envueltos en una confusión jurídica interminable, además de estar constantemente expuestos al vaivén de las diferentes posturas jurisprudenciales al respecto, afectando así la seguridad jurídica de ambas partes.

De acuerdo con lo anterior, y entendiendo que en la actualidad existen diferentes posturas dentro del Consejo de Estado, juez natural de las entidades estatales, respecto de la posibilidad de dar uso a las facultades excepcionales por parte de las entidades con regímenes especiales de contratación, es considerable estudiar y compilar mediante el análisis de la jurisprudencia emitida por el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa,

cuál es realmente la viabilidad de la aplicación de cláusulas de terminación unilateral de los contratos, así como su verdadero alcance. Atendiendo a esto, se detallan las posturas sobre la declaratoria de terminación unilateral del contrato efectuadas por el Consejo de Estado a través de los años, pues gracias a este ejercicio se logrará exponer una visión más amplia que le permita a los juristas, e incluso a las mismas entidades, conocer la adecuada interpretación de dicha facultad, su aplicabilidad y sus límites.

Por otra parte, se realiza un estudio detallado de la estrecha relación que ostenta el principio de la autonomía de la voluntad privada con la finalidad de dar uso a la terminación unilateral del contrato en el ejercicio de la función contractual de dichas entidades, y de cómo el principio de legalidad, impuesto por el legislador, ha sido la evasiva utilizada por el ente jurisdiccional correspondiente para impedir la consecución de la misma por parte de los entes estatales exentos del Estatuto General de la Contratación Pública. Además, se realiza un ejercicio comparativo en cuanto a las figuras existentes en el Derecho Privado y su similitud con esta facultad excepcional.

Finalmente, se determina que es viable que dichas entidades pacten cláusulas resolutorias unilaterales en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, siempre y cuando exista estricta observancia de las normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de la buena fe objetiva y el orden público y que, además, el pacto de dicha cláusula se realice con el propósito de mitigar los eventuales daños ocasionados por los incumplimientos contractuales, los cuales se derivan, entre otros, en el detrimento del interés y el patrimonio público, fines esenciales de la contratación estatal.

Entidades Estatales exentas del Régimen de Contratación Pública de la Ley 80 de 1993

El ejercicio de la contratación de la administración pública en Colombia está determinado por las ramas del Derecho Público y del Derecho Privado. Así lo estableció el legislador cuando con la promulgación del Estatuto General de la Contratación Pública en el año 1993, decidió excluir de su aplicación algunas entidades estatales y supeditó para éstas la aplicación de las normas propias del Derecho Privado en sus procesos de contratación. De este hecho se desprende la existencia de dos arquetipos de entidades estatales en materia de contratación que, aunque son diferentes, comparten algunos perímetros legales (Ley 80, 1993, art.32).

Por un lado, están las entidades que rigen su ejercicio de contratación por el ordenamiento jurídico contemplado en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 del 2007 y sus decretos reglamentarios, sobre estas no se profundizará pues no son el objeto del presente artículo. Paralelamente, están las entidades exentas de dicho estatuto, las cuales se caracterizan por tener que someter sus contratos al dominio del Derecho Privado y tener autonomía propia prevista directamente por la Constitución Política o por lo consagrado en la ley. Es importante agregar, que la normatividad aplicable en materia contractual de las entidades exentas se rige por disposiciones comerciales y civiles (Ley 80, 1993, arts. 13 y 40).

Estas entidades gozan de las siguientes características: personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica. En algunos casos el legislador aisló a un conglomerado de entidades, como lo son las empresas sociales del estado y en otros, relegó una clase de contratos, como aquellos cuyo objeto es el régimen subsidiado de salud.

Así las cosas, entidades de carácter estatal tales como el Banco de la República, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, las Universidades Públicas, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado -así como las sociedades de economía mixta con capital público mayor al 50%-, los Establecimientos de Crédito, la Central de Inversiones S.A., el Fondo de Garantías

de Entidades Cooperativas, Findeter, Bancoldex y el Fogafin, hoy en día celebran sus contratos sometidas al imperio del Derecho Privado.

Así mismo, es preciso resaltar que el legislador previó la exclusión de dichas entidades de la aplicación del Estatuto General de la Contratación Pública, debido a que realizaban actividades similares a las de las empresas privadas, y con el objetivo de garantizar que compitieran en igualdad de condiciones a través de procesos de contratación ágiles, a fin de no crear un desequilibrio jurídico ni mercantil (Rodríguez, 2017).

Principios de la Función Administrativa y de la gestión fiscal

A cada una de las entidades estatales que están exentas del Estatuto General de la Contratación Pública, le son aplicables los principios generales de la función administrativa y de la gestión fiscal, en concordancia con lo establecido por el mismo (Ley 80, 1993, art.1), y según lo consagrado en la Ley 1150 de 2007, la cual establece que:

Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal (2007, art.13).

A diferencia de los principios generales del Derecho, que son de carácter subsidiario, los principios de la función administrativa y la gestión fiscal tienen una connotación principal, que se desprende del hecho de estar consagrados en el texto constitucional. Tienen tal poder

vinculante, que son de obligatorio cumplimiento para los servidores públicos, garantía para los administrados y, por tanto, su cumplimiento puede ser exigido por vías de derecho.

En ese orden de ideas, el texto constitucional consagra, en cuanto a los principios de la función administrativa, lo siguiente:

“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (...)” (Constitución Política, 1991, art. 209).

En concordancia con lo anterior, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ se desprende que dichos principios deben ser aplicados en las etapas precontractual, contractual y post contractual del Estado.

Así las cosas, la Constitución nacional (Constitución Política, 1991, arts.83, 84 y 90), el Estatuto General de la Contratación Pública (Ley 80, 1993, arts.23 y 29) y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA, 2011, art.3), son algunos de los textos en los cuales el legislador plasmó los principios de la función administrativa. En ese orden de ideas, algunos de los principios de la función administrativa aplicables a las entidades estatales exentas del Régimen de Contratación Estatal son: buena fe, eficiencia, economía, planeación, celeridad, debido proceso, publicidad y transparencia.

En cuanto a la gestión fiscal, esta hace referencia a la administración que de los bienes y fondos públicos hagan las entidades estatales, y la prevalencia constitucional se define así:

¹ El artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra que: “Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales (...)” (CPACA, 2011).

La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos (...).

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales (...) (Constitución Política, 1991, art.267).

En concordancia con lo anterior, el Decreto 403 enuncia todos los principios que enmarcan la gestión fiscal, y algunos de ellos son: eficacia, economía, concurrencia, coordinación y desarrollo sostenible (2020, art.3).

Así pues, estas entidades no están exentas del control estatal, por el contrario, Ahumada, Sierra, T. y Sierra, L. (2016, p.26) manifiestan que:

Se les aplican medidas especiales que buscan garantizar la transparencia en las operaciones de cada organismo, aunque ello no interfiere con su actividad, es decir, se trabaja a posteriori, lo cual no exonera de responsabilidad a los directores y funcionarios en general, en cada ente.

Es posible observar que para estas entidades concurren presupuestos y direccionamientos propios de la Administración, cuando su desempeño en materia de contratación se rige por el Derecho Privado. Es notable que dicha tarea no es sencilla e incluso puede resultar confusa, toda vez que están obligadas a emplearlos en cada una de sus funciones,

incluso la contratación, pero sin la posibilidad de hacer uso de las herramientas dispuestas por el legislador para su consecución.

En la práctica, este lío ha generado que la mayoría de estas entidades opten por replicar en sus procesos las herramientas propias del Estatuto General de la Contratación Pública, dando uso de las facultades excepcionales bajo diferentes nombres, buscando así satisfacer el capricho del legislador y por temor a los entes de control.

La función de la facultad excepcional de la Administración Pública

Con el fin de dilucidar a cabalidad el objetivo del presente escrito, se hace necesario contextualizar el significado de las facultades excepcionales y el motivo por el cual existen dichas prerrogativas.

En ese orden de ideas, las facultades excepcionales son una suerte de potestades unilaterales, atribuibles únicamente al Estado como parte en los contratos y otorgables en virtud de la ley. Además, el legislador las ha establecido como potestades exclusivas de las entidades estatales sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública². Así las cosas, el Consejo de Estado ha dicho:

Estas facultades excepcionales tienen fundamento en competencias unilaterales, en expresión doctrinaria, "en los atributos de poder propios de la

² Sin embargo, existen entidades públicas exentas del Estatuto General de Contratación Pública que por su objeto social se les permite hacer uso de las cláusulas excepcionales en casos excepcionales, como lo son las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, pueden emplearlas cuando las Comisiones de Regulación así lo prevean (Ley 142, 1994, art.31).

Administración Pública inherentes al imperium del Estado, que le confieren una supremacía jurídica en todas sus relaciones jurídicas³.

De lo anterior, resulta relevante aclarar que no es adecuado que una entidad pública exenta del Estatuto General de la Contratación Pública, ni mucho menos un particular, emplee esta denominación dentro sus contratos, pues en un eventual proceso judicial que verse sobre el contrato es altamente probable que la cláusula que lo contenga sea declarada nula.

Las cláusulas excepcionales -interpretación, modificación, terminación unilateral y caducidad-, no son más que la manifestación escrita de dichas facultades, plasmadas en un contrato de carácter estatal; estas se incorporan al contrato por mandato legal -es decir, aunque no se pacten se entienden incorporadas- o en virtud de la voluntad de las partes (Güecha, 2006).

De las anteriores, se distinguen las llamadas cláusulas de privilegio -reversión y de garantías- que, aunque representan ventajas para la Administración, no son exclusivas de la contratación pública, no actúan con la misma severidad de las excepcionales y su declaración no siempre contempla la expedición de actos administrativos. Además, están las cláusulas especiales -multas, penales pecuniarias, liquidación unilateral y terminación por nulidad absoluta- que surgen del pacto entre las partes.

Así pues, las cláusulas excepcionales posibilitan al Estado para que dicte actos administrativos que le permitan emplear decisiones unilaterales para solucionar circunstancias que afecten la realización del contrato, sin que medie el consentimiento del contratista y sin necesidad de acudir ante el juez del contrato para hacerlas valer (Ariza y Espeleta, 2013). La viabilidad de estas se refleja en el artículo 14 y su enunciación se encuentra a partir del artículo

³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Expediente 1293, C.P. Luis Camilo Osorio

15 del Estatuto General de la Contratación Pública (Ley 80, 1993). Al respecto, el Consejo de Estado afirma:

Son poderes que se manifiestan con la expedición de actos reguladores denominados "autotutela declarativa", dictados por razones de interés público; que tienen la característica de corresponder al privilegio de la decisión previa y ejecutoria en favor de la Administración, y según los cuales, ésta puede regular directamente sus relaciones jurídicas o situaciones con los particulares, sin necesidad de acudir a la jurisdicción, y también, sin perjuicio de que el particular pueda acudir al control de legalidad en sede judicial⁴.

Es importante señalar que las potestades excepcionales de la administración han sido concebidas con el fin de salvaguardar el patrimonio y el interés público, así como garantizar el cumplimiento de los fines del Estado, puesto que son “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”⁵. En este sentido, se torna relevante conocer qué se considera como patrimonio público, interés público, y cuáles son los fines del Estado.

Patrimonio público, interés público y fines del Estado

Así las cosas, el patrimonio público está comprendido por un conjunto de derechos, obligaciones y bienes que, entendidos como un todo, son atribuibles al Estado, entre estos

⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Expediente 1293, C.P. Luis Camilo Osorio Isaza; 14 de diciembre de 2000.

⁵ Secretaría Distrital de Hacienda y Tesorería Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá. Concepto 380; 24 de junio de 1997. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=235>

podemos identificar los bienes de uso público, las arcas del Estado, inversiones, bienes en el exterior, etc. Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional estableció que:

Por patrimonio público, en sentido amplio, se entiende aquello que está destinado, de una u otra manera a la comunidad y que está integrado por los bienes y servicios que a ella se le deben como sujeto de derechos⁶.

En cuanto al interés público, hace referencia a aquellos intereses imputables inmediatamente al Estado o a los órganos que lo representan, que se originan en el interés colectivo y se materializan mediante decisiones políticas, legislativas o jurisdiccionales, y que tiene por finalidad perfeccionar el bienestar de la población (Correa, 2006). El interés público se encuentra consagrado en gran parte de la Constitución Política (1991, arts. 58, 335 y 336). Al respecto, el Gobierno Nacional en la exposición de motivos ante el Congreso de la República de la Ley 80 de 1993, dijo que:

Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas. La celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras ocasiones la relación es apenas indirecta. Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados (Gobierno Nacional, 1992, como se citó en Corte Constitucional, 1999).

Respecto a los fines del Estado, estos se encuentran consagrados en la Constitución Política y son:

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-449, M.P. Alejandro Martínez Caballero; 9 de julio de 1992.

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 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 (1991, art.2).

En ese sentido, es deber de las entidades celebrar los contratos y acuerdos que se requieran para su debido cumplimiento. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que:

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 y la comprensión de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado Social de Derecho que irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución⁷.

Es evidente que el propósito del ejercicio de la contratación de las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993 comprende todas estas cargas, “por lo que es apenas lógico que se requieran mecanismos contractuales que permitan la defensa legítima de dicho interés” (Zapata et al, 2018) y que, por lo tanto, es posible afirmar que en virtud de la efectiva protección y consecución de todos estos postulados, ellas podrán emplear todas las herramientas necesarias, siempre y cuando estén permitidas por el legislador. De hay que, según Grueso (2014, p.198):

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-449, M.P. Alejandro Martínez Caballero; 9 de julio de 1992.

Conceptos como los señalados y la falta de claridad en la norma inicial, fueron los que sembraron y continúan sembrando en las entidades estatales con régimen de contratación privado la incertidumbre sobre si por hacer parte del patrimonio público, representar el interés público y materializar los fines del Estado, deberían o no incluir las cláusulas excepcionales.

De las posturas no facultativa y facultativa

Como ya se anticipó, existe gran controversia alrededor de determinar si es posible otorgar a los entes estatales exentos del régimen de contratación pública la capacidad de ejecutar las facultades excepcionales. En ese orden de ideas, es posible distinguir dos posturas al respecto, la no facultativa y la facultativa.

Postura no facultativa

Así las cosas, de la postura no facultativa se desprenden dos tesis:

Tesis 1: Esta noción considera que las cláusulas excepcionales solo las podrán aplicar las entidades expresamente autorizadas por la ley para hacerlo, esto significa que las entidades públicas con régimen contractual sometido al Derecho Privado no podrán, de ninguna manera, incluir en sus contratos cláusulas excepcionales, toda vez que, no existe habilitación en la normatividad nacional para esto.

Esta tesis se fundamenta en el principio de legalidad. Aunque más adelante se ahondará en el tema, es preciso decir que, dicho principio dicta una sujeción estricta a la ley, en consecuencia, si la norma no le otorga la competencia a la entidad pública para pactar en un contrato una cláusula excepcional, esta no podrá plasmarse en el contrato.

A este argumento, se suma el de quienes consideran que el legislador autorizó a algunas entidades para celebrar contratos privados, debido a su objeto social y con el fin de garantizar la igualdad de condiciones en la competencia con los particulares, lo cual se traduce en el allanamiento al principio del equilibrio contractual y su debida aplicación al ejercicio de la contratación estatal. Además, consideran que la relación contractual se rige estrictamente por el Derecho Privado y, en consecuencia, la posibilidad de pactar cláusulas excepcionales es contraria a derecho, materializándose así el supuesto jurídico de la cláusula abusiva⁸. Frente al particular, ha dicho Suárez (2015) que:

El uso de cláusulas excepcionales que la ley autoriza al contratante estatal debe apreciarse con alcance absolutamente restrictivo, de manera que solo lo sean en los precisos términos de la ley y para los fines que ella autoriza. Tal es el caso de la caducidad, la terminación unilateral, la modificación unilateral y la interpretación unilateral. De otra forma habrán de tenerse por cláusulas abusivas aquellas que extiendan tales previsiones a situaciones no previstas o con una comprensión diferente o más amplia de la buscada por el legislador para el exclusivo propósito de tutelar el “interés público”.

Tesis 2: la segunda noción contempla la posibilidad de emplear cláusulas excepcionales en los contratos celebrados por entidades estatales sometidos al régimen privado, no obstante, estas no pueden hacerse efectivas en sede administrativa, por lo que en última instancia siempre deberán acudir ante el juez del contrato para hacerlo.

De cierta forma, el argumento base de esta tesis también está relacionado con el principio de legalidad. Recordemos que, para declarar la terminación unilateral del contrato en

⁸ El artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 define las cláusulas abusivas como "aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos".

sede administrativa es necesario emitir un acto administrativo debidamente motivado y que dicha competencia sólo se otorga en virtud de la ley. Así pues, si no existe tal potestad otorgada por la ley, si o si, el ente estatal tendrá que acudir al órgano jurisdiccional, y será este quien decida sobre la controversia.

Postura facultativa

Ahora bien, la postura facultativa contempla la posibilidad de la inclusión de cláusulas exorbitantes a través de cláusulas contractuales propias del Derecho Privado en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (CC, 1887, art. 1604), siempre y cuando, estas respeten el orden público y las buenas costumbres (CC, 1887, arts. 1524, 1525 y 1604). En concordancia con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que:

La autonomía de la voluntad es uno de los principios rectores del Código Civil Colombiano, en virtud del cual, las partes de una relación contractual pueden celebrar contratos legalmente válidos y eficaces, sin que puedan ser invalidados sino por mutuo consentimiento o causas legales⁹.

En resumen, quienes son detractores de la posibilidad del uso de las facultades excepcionales por parte de las entidades estatales con régimen privado de contratación consideran que en virtud al principio de legalidad no existe posibilidad alguna de contemplar la inclusión de dichas cláusulas en sus contratos y que, además, es inadecuado su uso toda vez que el legislador dispuso para estas la aplicación de disposiciones legales y reglamentarias propias de sus actividades económicas con el fin de no crear un desequilibrio mercantil en las relaciones con los particulares. Quienes apoyan su uso, lo hacen porque consideran que el

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 4521, M.P. Pedro Lafont Pianetta; 17 de mayo de 1995.

legislador cobijó a las entidades estatales con regímenes especiales de contratación con los principios de la función administrativa para asegurarse que en el ejercicio de sus facultades cumplieran con la labor de salvaguardar el objeto del contrato estatal y los fines de la función pública, pero al mismo tiempo abrió la puerta para el uso de las cláusulas excepcionales en su declaración de prevalencia de la autonomía privada.

Del análisis de ambas posturas-la no facultativa y la facultativa- se evidencia que, se libra una batalla entre el principio de legalidad y el principio de la autonomía de la voluntad privada, buscando determinar si es posible y pertinente permitirles a los entes exentos de Ley 80 de 1993 utilizar los mecanismos excepcionales y que, como se demostrará más adelante, esta batalla doctrinal se ha desplazado a escenarios jurisprudenciales.

Principio de Legalidad y Autonomía de la Voluntad

El principio de legalidad y la autonomía de la voluntad privada son los polos opuestos de la discusión, motivo por el cual se hace imperiosamente necesario estudiar ambos postulados, para determinar su alcance y contenido.

Así las cosas, el principio de legalidad es uno de los principios rectores del Estado de Derecho, según Amazo (2007):

El Estado se encuentra sometido a la normatividad jurídica, que se concreta en uno de los principios motores del Estado de Derecho, esto es, el principio de legalidad, entendido como la sujeción al orden jurídico que irremediablemente recoge la totalidad de las normas, principios y valores que inspiran un sistema jurídico.

En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha dicho que:

Uno de los fundamentos de un Estado democrático es la preeminencia o superioridad del Derecho, de tal suerte que todos sus órganos y todos sus habitantes están sometidos al mismo, en primer lugar, a la Constitución Política, por ser la normatividad superior.

(...) Dicho sometimiento general al ordenamiento jurídico tiene como finalidad asegurar un orden justo y la convivencia pacífica en la vida social, como lo consagran expresamente el preámbulo de la Constitución, como valores del Estado, y el Art. 2º ibidem, como fines esenciales del mismo. Para alcanzar ese efecto, aquel tiene como característica esencial la coacción, es decir, la potestad de imponer su cumplimiento sin la voluntad de las personas y aun contra dicha voluntad, por conducto de los órganos estatales competentes¹⁰.

En definitiva, el principio de legalidad es el presupuesto mediante el cual para que exista cualquier facultad o función en cabeza de los entes públicos debe mediar antes el otorgamiento y la autorización de la ley para ello, además, “la Administración, tanto en su labor misional como en la parte administrativa y contractual, debe ceñirse estrictamente a lo que la ley le permita hacer, con las prerrogativas y límites que esta le imponga” (Jiménez, 2017). Lo anterior, se justifica en que la salvaguarda al derecho al debido proceso sólo podrá garantizarse si los entes públicos se encuentran subordinados al imperio de la ley.

Aunado a lo anterior, el principio de legalidad también es un límite para el juez del contrato, que debe someter su potestad jurisdiccional al marco definido por la ley, imposibilitándolo para tomar decisiones por fuera de la orbita de la normatividad propia del negocio jurídico (Urbina, Acosta, Durán, y Palomares, 2011).

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-993, M. P. Jaime Araujo Rentería; 29 de noviembre de 2006.

De igual forma, los contratos celebrados por las entidades estatales cuyo régimen contractual se sujeta a los lineamientos del Derecho Privado tampoco pueden apartarse del principio de legalidad, toda vez que uno de los límites del contenido del acuerdo está en las normas de orden público y su inobservancia causa inevitablemente la nulidad absoluta del mismo.

Respecto a las cláusulas excepcionales, su relación con el principio de legalidad es primordial, ya que, “estas son mandatos imperativos previamente definidos por el legislador y que, por tanto, materializan dicho principio” (Osorio, 2013). Estas surgen del ejercicio normativo y ningún otro medio puede habilitar su competencia.

De todo lo anterior se infiere que, por su contenido y su estrecha relación con el Estado de Derecho y la función administrativa, el principio de legalidad es un aspecto fundamental y de obligatoria observancia en todas y cada una de las actuaciones que en materia contractual hagan los entes estatales.

Por otro lado, la autonomía de la voluntad se entiende como la facultad que tienen los individuos de regular libremente sus intereses y crear relaciones jurídicas. Esta es fuente válida de obligaciones y “su máxima expresión esta en la decisión misma de las partes de celebrar o no determinado negocio jurídico” (Zapata et al, 2018).

Aunado a lo anterior, deberá cumplirse en los términos pactados, no sólo en cuanto a la obligación principal, sino también respecto de todas aquellas obligaciones que emanan de la naturaleza propia del negocio y de la ley. De allí que, autores como José Luis Benavides y Ernesto Rengifo García, afirmen que la fuerza del contrato y su fuerza obligatoria descansa en dicho principio (Larroumet, 1999).

Así mismo, para que dicho acuerdo no adolezca de falta de validez es necesario que se realice entre personas legalmente capaces¹¹, que no adolezcan de vicios del consentimiento¹², con objeto lícito¹³ y que no vaya en contra de las normas de orden público¹⁴. Además, el contrato es ley para las partes¹⁵, por lo cual la normatividad no tendrá una función habilitadora sino propiamente supletoria, “pues 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” (Zapata et al, 2018).

Respecto al papel del juez del contrato, este deberá respetar en su máxima expresión el acuerdo del cual se presume su validez y ajuste a la ley, pues al igual que la ley su papel es meramente supletorio, y solo entrará a decidir frente a aquellas partes del contrato que carecen de claridad, además, estos vacíos deberán ser interpretados conforme a la voluntad de las partes.

Sin embargo, la autonomía de la voluntad no solo opera para generar obligaciones y ver nacer negocios jurídicos, de la interpretación del artículo 1255 del Código Civil se desprende que su alcance también se refleja hasta en los acuerdos que válidamente hagan las partes respecto de las causales de disolución del contrato celebrado. El mismo artículo consagra los límites para su ejercicio, los cuales son las leyes, la moral y el orden público. Al respecto, Palacios dice que:

“La actuación de estos “poderes privados” de autonomía requieren ser precisamente limitados por el ordenamiento jurídico pues de no ser así están destinados a degenerar en poderes absolutos y salvajes, lesivos de los intereses

¹¹ Código Civil [CC]. Ley 57 de 1887. Artículo 1502. 15 de abril de 1887 (Colombia).

¹² Código Civil [CC]. Ley 57 de 1887. Artículo 1508. 15 de abril de 1887 (Colombia).

¹³ Código Civil [CC]. Ley 57 de 1887. Artículo 1519. 15 de abril de 1887 (Colombia).

¹⁴ Código Civil [CC]. Ley 57 de 1887. Artículo 1524. 15 de abril de 1887 (Colombia).

¹⁵ Código Civil [CC]. Ley 57 de 1887. Artículo 1602. 15 de abril de 1887 (Colombia).

generales y paradójicamente de los derechos fundamentales de los propios individuos” (2007, p.107).

El legislador reconoce que el principio de autonomía de la voluntad está impregnado en la celebración de los contratos estatales y que de su ejercicio se originan obligaciones para la Administración, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 así lo consagra. Es decir, este no es un principio extraño al ejercicio de la contratación estatal, por el contrario, los entes estatales son sujetos y ejecutores de este, y para ellos dicho principio también genera obligaciones.

En definitiva, ambos principios son sumamente importantes en el ordenamiento jurídico colombiano y, en particular, en el ejercicio contractual de la Administración. Contrario a lo que se percibe, su relación no es excluyente sino limitativa, pues el principio de legalidad representa el lindero que la ejecución de la autonomía de la voluntad deberá respetar en todo momento. Pero este límite no es absoluto, siempre y cuando el empleo de la autonomía de la voluntad se haga reverenciando el imperio de la ley y el orden público, cualquier acuerdo que emane de esta será completamente viable.

Ahora bien, ya que se cuenta con una aproximación general del contenido y el alcance de ambos principios y de los demás conceptos, corresponde entrar en materia para determinar la posibilidad de pactar y ejecutar la cláusula de terminación unilateral del contrato por parte de las entidades exentas del Régimen Estatal de Contratación, realizando un ejercicio en el que se evidenciará que de dicha figura es posible encontrar equivalentes en el Derecho Privado.

Figuras asimilables a la exorbitancia de la Terminación Unilateral del Contrato en el Derecho Privado

Antes de pasar al análisis jurisprudencial, es preciso demostrar que en el Derecho Privado existen figuras afines a la cláusula excepcional de terminación unilateral del contrato. Así las cosas, el artículo 17 del Estatuto General de la Contratación Pública reza lo siguiente:

La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

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 o 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.

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 (Ley 80, 1993).

Se infiere de la interpretación de dicho artículo que las entidades sujetas al Estatuto General de la Contratación Pública tienen la posibilidad de terminar de forma unilateral los contratos celebrados en sede administrativa, tanto con particulares como con personas jurídicas, siempre y cuando se cumpla con alguno de los cuatro supuestos establecidos por el legislador. Aunado a lo anterior, es posible afirmar que esta potestad solo será ejercitada como

última opción, sometiendo al ente estatal a preferir en todo momento la consecución del contrato, si esto fuera posible, y a procurar el menor daño al interés público. Dicho artículo está motivado en la efectiva protección tanto del interés como del patrimonio público.

La terminación unilateral no es una forma de resolución de contrato extraña al Derecho Privado, figuras tales como: el desistimiento unilateral, el receso, el retracto, la disolución, la renuncia, la revocación, la rescisión, la resolución unilateral convencional, las cláusulas resolutorias unilaterales, la denuncia de contrato a término indefinido y la terminación por incumplimiento esencial, grave e insuperable, son figuras completamente asimilables a la potestad excepcional de la terminación unilateral y viables en el ordenamiento jurídico local.

Por ejemplo, los numerales 3 y 4 del artículo 2191 del Código Civil dan la posibilidad al mandante de revocar el mandato¹⁶ a su arbitrio y al mandatario a renunciar al encargo. Además, este mismo artículo contempla la posibilidad de dar fin al mandato en los eventos en los que alguna de las partes muera, sea declarada con incapacidad absoluta o caiga en quiebra (CC, 1887).

Otro caso asimilable es el de la rescisión en la compraventa¹⁷, la cual podrá rescindirse por lesión enorme. Aunado a lo anterior, el legislador le otorga la facultad a la parte que sufrió la lesión enorme de elegir entre la terminación del contrato o su subsanación (CC, 1887, arts. 1946 y 1948).

El pacto de retracto en la compraventa también es un buen ejemplo de como en virtud del acuerdo entre las partes el contrato puede terminar, pues les permite a los contratantes pactar

¹⁶ Otros ejemplos para el mandato en materia mercantil son: los artículos 1270 y 1283 del Código de Comercio. El primero le permite al mandante revocar el mandato mercantil y el segundo le permite al mandatario renunciar al mandato comercial.

¹⁷ Otro ejemplo para la compraventa es el artículo 1878 del Código Civil que consagra el desistimiento en la compraventa de género.

mediante una cláusula la resolución del contrato si es que en cierto periodo de tiempo surge una mejor oferta de compra (CC, 1887, art. 1944).

Así pues, otros contratos regidos por el Derecho Civil y Mercantil como el arrendamiento¹⁸, fiducia¹⁹, seguro²⁰, suministro²¹, transporte²² y agencia mercantil²³ poseen figuras similares y operan de pleno derecho, sin necesidad de acudir al juez para hacerlo efectivo.

Si bien es cierto que en principio la legislación colombiana parte del supuesto de que los contratos se terminan, entre otras causas, por acuerdo entre las partes (CC, 1887, arts. 1602 y 1625), “ello no obsta para que el propio Código Civil y también el de Comercio, en ocasiones admitan la posibilidad de terminación unilateral del contrato. Esto, independientemente de que usen diferentes vocablos como revocación, renuncia, desistimiento, etc.” (Oviedo, 2019).

Cláusulas resolutorias unilaterales

Otra figura cercana a la de la cláusula excepcional de la terminación unilateral del contrato es la cláusula resolutoria unilateral. Este tipo de herramienta contractual no se encuentra enunciada en el ordenamiento jurídico colombiano, ni tampoco expresamente prohibida. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que:

¹⁸ Código Civil [CC]. Ley 57 de 1887. Artículos 1979, 2009, 2025 y 2066. 15 de abril de 1887 (Colombia).

¹⁹ Código de Comercio [CCO]. Decreto 401 de 1971. Artículo 1232. 16 de junio de 1971 (Colombia).

²⁰ Código de Comercio [CCO]. Decreto 401 de 1971. Artículo 1071. 16 de junio de 1971 (Colombia).

²¹ Código de Comercio [CCO]. Decreto 401 de 1971. Artículo 977. 16 de junio de 1971 (Colombia).

²² Código de Comercio [CCO]. Decreto 401 de 1971. Artículo 1878. 16 de junio de 1971 (Colombia).

²³ Código de Comercio [CCO]. Decreto 401 de 1971. Artículo 1324. 16 de junio de 1971 (Colombia).

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 solo a los estatales. Inclusive, la figura existe en el derecho privado, antes de su plasmación en la contratación estatal, y no es extraña la locución, pues utiliza el vocablo ‘terminación’ (artículo 870, C. 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).

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

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

libremente hayan estipulado las partes' (Cas. Civ. sentencia de 31 de mayo de 1892, VII, 243)²⁴.

De lo anterior, es posible afirmar que este tipo de cláusulas son viables en el ordenamiento jurídico colombiano y surgen, no solo por facultad excepcional otorgada por la ley, sino también en virtud de la voluntad de las partes.

Sin embargo, el empleo de esta herramienta contractual tiene ciertos límites con el fin de evitar que se abuse del derecho y se transgreda la buena fe, pues de lo contrario esta se tornaría abusiva. En ese sentido, la Corte Suprema de justicia ha referido:

Al respecto, la estipulación podrá contrariar una norma imperativa, resultar abusiva, comportar el ejercicio de posición dominante contractual, abuso del derecho, vulneración de la confianza legítima, el acto propio (venire contra factum proprium) o la buena fe, o incluso una conducta formalmente ajustada al ordenamiento jurídico o al contenido de la estipulación de terminación unilateral valorada en el marco fáctico concreto de circunstancias, puede devenir abusiva e ilegítima, o en las ad nutum, configurar ejercicio disfuncional, por ejemplo, para inferir intencionalmente un daño, aspectos que en función de la justicia, imponen cuidadoso examen del marco de circunstancias fáctico por los jueces dentro de su autonomía hermenéutica y la discreta valoración de los elementos de convicción. 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.

²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref. 11001-3103-012-1999-01957-01, M.P.

(...) 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 facultades²⁵.

Es de notar que, esta corporación resalta que una cláusula resolutoria unilateral no significa por sus características un tipo de “justicia privada”, pues la parte doliente siempre tendrá la posibilidad de acudir al juez del contrato para hacer valer sus derechos.

Así mismo, esta cláusula encuentra otro limitante en cuanto se debe contar con el consentimiento de ambas partes para que esta opere exenta de vicios, al respecto, el Código de Comercio²⁶ consagra el deber de buena fe precontractual, el cual se refleja en la debida y veraz información que se intercambie entre las partes durante la etapa negocial. Al respecto, es pertinente hacer alusión a lo expresado por Solarte (2004) en tanto:

El deber de información tiene, por regla general, una manifestación positiva, entendida como ha quedado enunciada, pero también presenta una expresión negativa, consistente en el deber jurídico de abstenerse de engañar o de inducir a error al otro contratante. Se considera que quien tiene la información debe tomar la iniciativa para efectos de suministrarla a la otra parte de la relación e,

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref. 11001-3103-012-1999-01957-01, M.P. William Namén Vargas; 30 de agosto de 2011.

²⁶ El artículo 863 del Código de Comercio consagra que: “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen” (CCO, 1971).

incluso, debe indagar sus necesidades y su estado de conocimiento sobre el tema materia del respectivo contrato.

Así pues, ninguna de las partes podrá plasmar arbitrariamente en el contrato una cláusula, como la resolutoria unilateral, sin que antes verse el conocimiento y, por consiguiente, el consentimiento de la otra, de lo contrario, esta será una maniobra engañosa que conllevará inevitablemente responsabilidades para la parte contratante que incurrió en la mala fe.

Como resultado, en Colombia es permitido pactar cláusulas resolutorias unilaterales en virtud a la voluntad de las partes, sin embargo, estas deben respetar en todo momento los limitantes de la ley, así como el principio de la buena fe contractual y precontractual.

Incumplimiento esencial

Por otra parte, vale la pena resaltar que no cualquier motivo o acontecimiento da lugar a que se resuelva el contrato, se debe entender que una cláusula como la resolutoria unilateral debe estar condicionada a un evento de incumplimiento esencial, más aún, cuando para las entidades estatales exentas del Estatuto General de la Contratación Pública es imperante ejercer discreción, control y vigilancia del desarrollo del contrato, que dan lugar a la declaratoria de responsabilidad. En este sentido, es preciso estudiar que significa este presupuesto a la luz del Derecho Internacional, el ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia, a través de la figura de la condición resolutoria tácita.

En primer lugar, existen instrumentos de carácter internacional tan importantes como la Convención de Viena de Compraventa de Mercaderías²⁷ y los Principios UNIDROIT²⁸, que contemplan la inclusión tácita de una cláusula como esta, en razón al incumplimiento esencial de alguna de las partes. Este incumplimiento esencial versa sobre lo que la parte afectada esperaba recibir del contrato y que en razón de la desobediencia de la otra no pudo obtener.

Aunque la figura del incumplimiento esencial es propia del Derecho Anglosajón y en Colombia no existe una normatividad expresa que consagre tal incumplimiento, vale la pena estudiar cómo se corresponde esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano.

En ese orden de ideas, el Código Civil y el Código de Comercio traen una figura que procede ante el incumplimiento y permite a la parte afectada terminar el contrato. Así pues, el Código Civil define la condición resolutoria tácita, así:

En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios (1887, art. 1546).

Igualmente, el Código de Comercio consagra la condición resolutoria tácita así:

²⁷ El artículo 25 de la Convención de Viena de Compraventa de Mercaderías consagra que, “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación” (Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 1980).

²⁸ El artículo 7.1.1 de los Principios UNIDROIT consagra que, “El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío” (Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, 2016).

En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios (1971, art. 870).

Se evidencia que en Colombia es posible terminar un contrato en razón de un incumplimiento, sin embargo, erró el legislador al no establecer qué tipo de incumplimiento es necesario para que se ponga en marcha la condición resolutoria tácita, por lo cual, se hace necesario recurrir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para determinarlo.

Atendiendo a lo anterior, en sentencia del 11 de septiembre de 1984, la Corte señaló que:

En rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado de asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra (...)²⁹.

Así las cosas, es posible deducir que para que proceda la condición resolutoria tácita el incumplimiento debe ser de gran importancia para la parte afectada, es decir, que sea tal que dicha parte pierda totalmente su interés en la consecución del negocio, pues de este no resultará ningún beneficio para la misma.

Por otro lado, en sentencia del 7 de marzo de 1993 esa misma corporación dijo que:

²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente 0210, M.P. Humberto Murcia

El vínculo contractual no debe resolverse en los supuestos de cumplimiento inexacto, siempre claro está, que no asuma caracteres de gravedad, y entre ellos hay que situar el del cumplimiento tardío o extemporáneo, cuando la demora no supere ciertos límites, dado el carácter radical y extraordinario que tiene el remedio resolutorio, el mismo debe reservarse para aquellos supuestos en que se haya quebrantado el programa jurídico-económico querido y plasmado en el contrato, por lo que ante la hipótesis de un sencillo retraso en el cumplimiento de la obligación, que no frustra ni torna indeseables los objetivos perseguidos por el negocio contractual, parece necesario concluir que lo que procede es el mantenimiento del vínculo y no su extinción. A ello coadyuvan, ciertamente, los principios de conservación del negocio (*favor negotii*), el de buena fe que preside la vida de todos los contratos y el que impone odiosa *sunt restringenda* que debe predicarse respecto a todo recurso sancionador, como lo es el resolutorio (...)³⁰.

De lo anterior, se desprende que para la Corte la resolución del contrato es una alternativa excepcional y que no procede en eventos en donde el incumplimiento no pueda ser considerado como grave. Así mismo, hace referencia a la importancia del principio de la economía del contrato, del cual se desprende que existen eventos que hacen su cumplimiento excesivamente oneroso e imposible para una de las partes y, por lo cual, no tiene sentido seguirlo ejecutando.

Posterior a esto, en Sentencia del 21 de septiembre de 1998 la Corte señaló:

Si se admitiesen, pues, como ciertas todas estas circunstancias que permitirían pensar que mientras no se ejercite la acción judicial, para unos, o mientras no

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente 4636, M.P. José Fernando Ramírez Gómez; 7 de marzo de 1993.

se profiera sentencia que declare la resolución, para otros, es posible el cumplimiento de la prestación debida, pagando, de todas formas, los perjuicios moratorios causados, lo cierto es que imperativos de justicia y de repulsión al abuso del derecho, llevarían de cualquier modo a considerar que cuando el plazo pactado es esencial al negocio, o cuando su infracción acarrea la decadencia del fin práctico perseguido por las partes, o, en general, cuando surja para el afectado un razonable interés en la resolución del mismo, el cumplimiento retardado no puede enervar la acción resolutoria, a menos claro está, que éste lo hubiese consentido o tolerado³¹.

Aquí, la Corte hace referencia a un incumplimiento en el plazo que desdibuja el fin mismo del contrato celebrado, toda vez que, se incumple con una condición necesaria para suplir la obligación principal del negocio y, sin la cual, carece de todo sentido seguirlo ejecutando, se afecta entonces directamente el objeto del negocio.

Finalmente, en sentencia del 18 de diciembre de 2009, la Corte reitero:

No toda separación por parte del deudor respecto del ‘programa obligacional’ previamente establecido, permite poner en funcionamiento los mecanismos encaminados a extinguir la relación que une al obligado con el acreedor – particularmente la resolución contractual–, toda vez que, en ciertas ocasiones, retrasos en el cumplimiento o cumplimientos parciales, que en principio podrían dar lugar a la resolución contractual, no se consideran de entidad suficiente como para justificar tan radical determinación, en cuanto se podrían producir con ello situaciones inequitativas, facilitar ejercicios abusivos o contrarios a la

³¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion Civil y Agraria. Expediente 4844, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles; 21 de septiembre de 1998.

buena fe de la señalada facultad resolutoria, además de afectarse el principio de conservación del contrato³².

Nuevamente, se evidencia que la Corte presta especial atención al elemento esencial del objeto del contrato, y que establece que es necesario que el incumplimiento sea de tal magnitud que ocasione una afectación grave en el propósito del mismo, pues de lo contrario, no existe motivo alguno que de lugar a su terminación.

Del análisis de la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia respecto de la condición resolutoria tácita, es posible afirmar que para que se ejerza dicha potestad es necesario que se de un incumplimiento esencial, el cual, en Colombia hace referencia a todo incumplimiento que de la obligación principal se haga y que afecte sustancialmente el objeto del contrato, que sea grave y de tal magnitud, que la parte afectada pierda total interés en su ejecución y que, por consiguiente, impacte negativamente la economía del contrato.

De todo lo anterior, ha quedado claro que el ordenamiento jurídico colombiano no prohíbe las cláusulas resolutorias unilaterales, y que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, contempla la posibilidad de incorporar las mismas en los contratos regidos por el Derecho Privado, además, aceptan que estas surgen de la voluntad de las partes y que, operan cuando existe un incumplimiento de carácter esencial.

Postura Jurisprudencial del Consejo de Estado

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria (2009, 18 de diciembre), Sentencia 41001-3103-004-1996-09616-01 (Arturo Solarte Rodríguez, M.P.).

La jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado respecto de la posibilidad de incluir cláusulas de terminación unilateral por parte de las entidades estatales con régimen privado de contratación ha sido inestable. Esta línea jurisprudencial ha cambiado con el pasar de los años, pivoteando de un lado a otro entre la prohibición absoluta y la posibilidad de dar pleno uso a esta cláusula. Así las cosas, se recopilaron los pronunciamientos más relevantes del Consejo de Estado, que serán expuestos de manera cronológica con el fin de contraponer los diferentes argumentos, y demostrar la posición cambiante y caprichosa del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa.

En ese orden de ideas, con la promulgación de la Ley 80 de 1993 y las excepciones que esta incluía respecto de algunas entidades, surgió la polémica en torno al uso de las facultades excepcionales, y para el año 1994, el Consejo de Estado ya se encontraba decidiendo respecto a este interrogante y pronunciaba lo siguiente:

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

las competencias, como es sabido provienen de la ley y no del pacto contractual³³.

Se observa que el argumento del principio de legalidad fue empleado por el Consejo de Estado desde entonces, manifestando que si no era en virtud de la ley dichas facultades no se podían ejercitar. Advirtiendo, además, que dichas potestades eran ajenas a los particulares, con lo cual hizo clara referencia al agravio que puede resultar del uso de estas respecto al equilibrio contractual.

Esta postura prevaleció durante la última década del siglo XX y la primera del siglo XXI. En ese sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en Sentencia del 23 de abril de 2009 expresaba que:

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 jurídicas³⁴.

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 7879, C.P. Carlos Betancourt Jaramillo; 1994.

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 16372, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 23 de abril de 2009.

Para el año 2011, el Consejo de Estado manifestaba que era inconcebible que una entidad estatal exenta de Ley 80 de 1993 incluyera en sus contratos exorbitancias, pues estas no eran propias del Derecho Privado, así:

Esas facultades excepcionales como, por ejemplo, la de declarar la caducidad del contrato, según reiterada jurisprudencia, es un juzgamiento que efectúa una de las partes del mismo, la entidad estatal, respecto del 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 controversia.

(...) 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 nulas³⁵.

Al respecto, es notable que el Consejo de Estado resalta la importancia de proteger y resguardar la igualdad entre las partes, el cual es un principio contractual natural al Derecho Privado. Igualmente, hace referencia indirecta a la cláusula abusiva argumentando que, en caso

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 15.476, C.P.

de pactar cláusulas excepcionales en contratos regidos por Derecho Privado, estas adolecerán de nulidad absoluta por ser contrarias a las normas de orden público.

Así las cosas, solo hasta el año 2016 la postura del Consejo de Estado se flexibiliza y se comienza a contemplar la posibilidad de incluir cláusulas de terminación unilateral en los contratos celebrados por las entidades exentas de Régimen de Contratación Estatal, reconociendo que en el Derecho Civil existen figuras con el mismo propósito, expresando que:

Ciertamente el artículo 1602 del Código Civil prescribe que los contratos solo pueden invalidarse por causas legales o el mutuo acuerdo de las partes. En el mismo sentido, el artículo 1625 *ibídem* prescribe que la extinción de las obligaciones debe darse por la convención de los interesados o por las diez causales allí consagradas. Sin embargo, tal enumeración resulta insuficiente, pues el mismo Código reconoce causales adicionales en otras disposiciones, como la declaración unilateral de terminación, como sucede con el desahucio, la cesación, la renuncia o la revocación, que se encuentran reconocidas en artículos tales como el 2009, 2011, 2056, 2189 y 2193. Otro tanto sucede con el desistimiento, que constituye una forma de terminación unilateral ante la insatisfacción de las expectativas del acreedor³⁶.

Ese mismo año, en sentencia posterior afirmaba que los entes exentos de Ley 80 de 1993 podían anexar a sus contratos cláusulas de terminación unilateral, no como una exorbitancia sino como el resultado del ejercicio de la autonomía de la voluntad, manifestando lo siguiente:

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 11001-03-26-000-2014-00063-00 (51113), C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero; 2 de mayo de 2016.

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.

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

(...) 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 administración³⁷.

En concordancia con lo anterior, a comienzos del año 2017 este tribunal manifestaba que era completamente viable pactar cláusulas unilaterales mediante las cuales se garantizará el debido cumplimiento del contrato:

Entonces, es absolutamente posible que las partes, dentro de la regulación propia de su contrato, acudan a las figuras tales como la cláusula penal, la multa,

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 19001-23-31-000-2007-00147-01 (41.783), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 24 de agosto de 2016.

la liquidación del contrato, ya sea esta bilateral o unilateral, o a la suscripción de pólizas de cumplimiento que aseguren la debida ejecución del contrato, a la vez que lo dotan de mecanismos eficientes para exigir el cumplimiento de las prestaciones contractuales.

En este sentido, la S. debe recordar que en pronunciamientos anteriores se ha admitido, incluso, el pacto de cláusulas tales como la de terminación unilateral del contrato, en aquellos negocios que se regulan por el derecho privado³⁸.

En ese orden de ideas, la corporación establecía que la viabilidad de pactar cláusulas unilaterales solo era posible si se respetaban los límites impuestos por el legislador al principio de la autonomía de la voluntad. Así mismo, resalta nuevamente que este tipo de acuerdos son posibles toda vez que no se prohíben en el Derecho Privado y se originan en la autonomía de voluntad. Al respecto, expreso:

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.

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

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 05001-23-31-000-2003-04466-02, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 20 de febrero de 2017.

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.

(...) 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 administrativos³⁹.

No obstante, ese mismo año el Consejo de Estado se pronunciaba de forma negativa, manifestando que:

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 expresa⁴⁰.

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 05001-23-31-000-2003-04466-02, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 20 de febrero de 2017.

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 68001-23-31-000-2011-00554-01 (57.394), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 19 de julio de 2017.

Del aparte anterior, se desprende nuevamente el argumento del principio de legalidad, lo cual representa un retroceso en materia jurisprudencial en cuanto a la línea que se venía desarrollando con respecto a la autonomía de la voluntad y la posible viabilidad de pactar cláusulas unilaterales de terminación de contrato. En este sentido, dicha corporación ignora por completo el precedente jurisprudencial.

Finalmente, en 2019 esta corporación anunciaba que la terminación unilateral del contrato era un pacto válido para los entes exentos del Estatuto General de la Contratación Pública y que, en ese sentido, se había venido haciendo un desarrollo jurisprudencial sobre esta postura. El Consejo de Estado manifestó:

La terminación unilateral es un pacto válido entre privados, posibilidad que se basa en el entendimiento cabal de los alcances de la autonomía de la voluntad, que llega al punto de permitirle a la contraparte, cuando una de ellas ha prestado su concurso, para que, sin necesidad de declaratoria judicial, dé por terminado el contrato cuando se cumplan los supuestos que han sido previamente estipulados; esto, sin perjuicio de que la parte afectada pueda luego acudir al juez para discutir las razones que llevaron a realizar la mencionada declaratoria.

(...) Inicialmente, la jurisprudencia consideró que a una entidad regida por el derecho privado no le era dado pactar cláusulas unilaterales, pues no tenía habilitación legal, una línea que dejaba en evidencia la consolidación de una posición jurisprudencial que rechazaba, por falta de competencia, el pacto y ejecución de cláusulas excepcionales, exorbitantes o unilaterales en contratos regidos por el derecho común. No obstante, con posterioridad, en reconocimiento de los efectivos alcances que tiene la autonomía dispositiva o negocial, propia de las normas de derecho privado, la anterior posición ha cedido terreno a otra perspectiva que concluye que en los contratos estatales

que no se rigen por la Ley 80 de 1993, “el pacto de cláusulas accidentales mediante las cuales se prevé el ejercicio de facultades tales como la terminación unilateral o la liquidación unilateral, entre otros se funda primordialmente de la autonomía dispositiva” [por lo que] resulta viable que las partes del contrato puedan pactar cláusulas accidentales⁴¹.

Aunque es claro que esta postura no es definitiva y, que como se demostró, el Consejo de Estado varía sus lineamientos a su arbitrio, este es un gran avance en cuanto se reconoce que existe un precedente jurisprudencial que soporta la inclusión de cláusulas semejantes a la de terminación unilateral en los contratos celebrados por las entidades públicas exentas del Régimen de Contratación Estatal, en virtud de la autonomía de la voluntad.

Conclusiones

Del estudio de conceptos y el análisis jurisprudencial realizado, se concluye que, a pesar de los temores para su aplicación, es completamente viable incorporar cláusulas de terminación unilateral en los contratos celebrados por entidades exceptuadas del Régimen de Contratación Pública, dado que:

- i. A la luz del Derecho Público, es un instrumento idóneo para proteger el interés público y dar consecución a los fines del Estado, al igual que de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal. Además, contribuyen en la prevención del detrimento del patrimonio estatal.
- ii. Se corresponden con el propósito buscado por el legislador cuando relego a estas entidades y a sus contratos al Derecho Privado, pues en su ejecución rápida

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 85001-23-31-001-2008-00076-01, C.P. Alberto Montaña Plata; 19 de junio de 2019.

y eficaz se refleja la aspiración de dar celeridad a ciertos negocios celebrados por los entes estatales.

- iii. Operan en los eventos en los que el incumplimiento del contrato es de carácter esencial, habilitando al ente para terminar el contrato cuando su ejecución sea imposible y contraria al propósito mismo de la contratación estatal.
- iv. Su utilización no es exclusiva de las entidades estatales, los particulares también las pueden emplear.
- v. Su implementación no es contraria a los lineamientos del Derecho Público, pues las causales establecidas por el legislador para que esta figura opere como exorbitancia -muerte, insolvencia o incapacidad absoluta, entre otras- se corresponden con las causales mismas de terminación del contrato en el Derecho Privado.
- vi. Se pactan como cláusulas resolutorias unilaterales y no como cláusulas excepcionales, pues este último vocablo solo es atribuible al Estado.
- vii. En el Derecho Privado es posible encontrar figuras similares y que operan de pleno derecho, sin necesidad de acudir al juez del contrato para que estas se hagan efectivas.
- viii. En tanto respeten los límites establecidos para el ejercicio de la autonomía de la voluntad, como lo son: el orden público, la buena fe, la moral, las buenas costumbres y el imperio de la ley, son permitidas por el legislador.
- ix. Están contenidos en acuerdos validos que gozan de plena legalidad, siempre y cuando las partes que los celebren sean capaces, su objeto sea lícito, este exento de vicios y no contraríen el orden público.

- x. Emanan de la autonomía de la voluntad de las partes y no de la potestad excepcional del Estado, por lo cual no transgreden el principio de legalidad y no requieren de habilitación normativa.
- xi. No se constituyen como cláusulas abusivas, pues la potestad unilateral otorgada a una de las partes para terminar el contrato goza del aval de la otra y, en consecuencia, no representan un peligro para el equilibrio contractual, máxima del Derecho Privado.

Referencias

Ahumada, C., Sierra, T., y Sierra, L. (2016), Límites a los contratos estatales frente a los regímenes especiales de contratación en Colombia. Estudio de casos: Empresas sociales del estado y universidades [tesis de maestría. Universidad Libre], Barranquilla, Colombia. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/17735/MONOGRAFIA%208643161.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Amazo, D. (2007). ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales? [tesis de maestría, Universidad del Rosario]. *Estudios Socio-Jurídico*, 9(2), 181-203. <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v9n2/v9n2a7.pdf>

Ariza, T., y Espeleta, A. (2017), Las cláusulas excepcionales como privilegios contractuales de las entidades estatales [tesis de pregrado, Universidad Santo Tomás], Valledupar, Colombia. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/2035>

Código Civil [CC]. Ley 57 de 1887. Artículos 1524, 1525, 1546, 1602, 1604, 1625, 1944, 1946, 1948 y 2191. 15 de abril de 1887 (Colombia).

Código de Comercio [CCO]. Decreto 401 de 1971. Artículos 863 y 870. 16 de junio de 1971 (Colombia).

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA]. Ley 1437 de 2011. Artículo 3. 18 de enero de 2011. (Colombia).

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Constitución Política de Colombia [Const]. Artículos 2, 58, 83, 84, 90, 209, 267, 335 y 336. 7 de julio de 1991 (Colombia).

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Artículo 25. 11 de abril de 1980.

<http://campus.usal.es/~derinfo/derinfo/CE/CVIENA.HTM>

Correa, J. (2006), Algunas consideraciones sobre el interés público en la política y el derecho. *Revista Española de Control Externo*, 8 (24), 138.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2254414>

Corte Constitucional. Sentencia C-400, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; 2 de junio de 1999.

Decreto 403 de 2020. Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal. Artículo 3. 16 de marzo de 2020. D.O. No. 51.258.

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0403_2020.html

Grueso, M. (2014). Las particularidades de las entidades estatales de naturaleza única y régimen especial. *Revista Republicana*, (17), 193-214.

<http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/11/10>

Güechá, C. (2006), Falacia de las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal. *Opinión Jurídica*, 5 (10), 33-47.

<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/128>

Jiménez, B. (2017), Aplicabilidad de las facultades excepcionales en la actividad contractual de Ecopetrol S.A [tesis de maestría, Universidad Santo Tomás], 47.
<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/10546/Jimenezbrenda2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Larroumet, C. (1999), *Teoría general del contrato Vol. 1* (J. Guerrero trad.). Temis.

Ley 80 de 1993. (1993). Por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Artículos 1, 8, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 23, 29, 32 y 40. 28 de octubre de 1993. D.O. No. 41.094.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Ley 142 de 1994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Artículo 31. 11 de julio de 1994. D.O. No. 41.433.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0142_1994.html

Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Artículos 13 y 14. 16 de julio de 2007. D.O. No. 46691.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html

Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Artículo 93. 12 de julio de 2011. D.O. No. 48.128.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

Osorio, N. (2013), Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública: ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador?. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (10), 95-108.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3687/3869>

Oviedo, J. (2019), La cláusula de terminación unilateral del contrato, *Vniversitas* [Universidad Javeriana], (138). [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/138%20\(2019-I\)/82559799007/#fn7](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/138%20(2019-I)/82559799007/#fn7)

Palacios, E. (2007), Autonomía privada, principio de legalidad y derecho civil. *Derecho PUCP* [Pontificia Universidad Católica del Perú], (60), 97-110. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085069>

Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Artículo 7.1.1. 2016. <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2016/principles2016-blackletter-s.pdf>

Rodríguez, L. (20.^a ed.). (2017). *Derecho administrativo general y colombiano*, Temis.

Solarte, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Vniversitas* [Pontificia Universidad Javeriana], (108), 288.

Suárez, G. (1.^a ed.). (2015). *Estudios de Derecho Contractual Público*. Legis.

Urbina, E., Acosta, J., Durán, R., y Palomares, J. (2011). *Derecho de los Contratos en Colombia - Tendencias Globalizantes*. Grupo Editorial Ibañez.

Zapata, D., Gómez, A., e Instituto Latinoamericano de Altos Estudios. (2018), *La terminación unilateral del contrato por parte de entidades no sometidas al régimen de contratación estatal colombiano*, Milla. <https://www.ilae.edu.co/web/libros-html/libro-357/index.html>

