

TERMINACIÓN UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO: UNA LECTURA SOBRE SU CARÁCTER EXORBITANTE¹

Matheo Restrepo Yepes²

RESUMEN. Con ocasión de la creciente concurrencia entre el derecho administrativo y las normas civiles y comerciales, por lo menos en la contratación estatal, emergen dudas sobre las cláusulas del contrato. En este sentido, Montoya Penagos estudió ampliamente la «terminación unilateral por incumplimiento» en un texto inédito. El presente texto: *i)* desarrolla en términos generales el contenido del Capítulo 1 «nociones generales», *ii)* profundiza en los planteamientos del autor sobre el carácter *exorbitante* o no de la cláusula y *iii)* presenta tres consideraciones sobre la temática.

Introducción

El Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA– inicia el estudio de un texto inédito de Juan David Montoya Penagos –miembro nivel 6– con el ánimo de enriquecer y consolidar los análisis del autor. En desarrollo de la serie «Las Cláusulas del Contrato Estatal», se analiza la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento, una temática que expone serias tensiones y convergencias entre el derecho administrativo y el privado, el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, el derecho de desiguales y el de iguales. El presente texto se ocupa del Capítulo 1 denominado «Nociones preliminares».

Montoya Penagos parte de la idea de que la doctrina del derecho privado se discute si es jurídicamente admisible la terminación unilateral del contrato por incumplimiento y que, en el marco del derecho administrativo, esta problemática se traslada en virtud de la aplicación residual del derecho civil y comercial en los

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 15 de abril de 2023, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del Grupo de Estudio de Derecho Público adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del Profesor Cristian Andrés Díaz Díez, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA –que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo–, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es: Terminación Unilateral por Incumplimiento, dirigida por el Profesor –Investigador Principal– Juan David Montoya Penagos, texto que pertenecerá a la Serie: Cláusulas del Contrato Estatal. Se precisa que este ensayo se sustentó en un texto inédito del Investigador Principal, con ideas preliminares que pueden variar en el desarrollo de la investigación. En tal sentido, las referencias realizadas a la fuente: «MONTROYA PENAGOS, Juan David. Terminación unilateral por incumplimiento. Texto inédito», corresponden a dicho documento, incluyendo su paginación.

² Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel IV, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–*.

contratos administrativos. Con esta precaución, desarrolla: *i)* la definición de la terminación unilateral por incumplimiento, *ii)* el discutido carácter exorbitante de la cláusula y, por último, *iii)* la articulación con las prerrogativas previstas en la Ley 80 de 1993 y su pacto en los contratos de régimen exceptuado.

En el primer apartado, sostiene que la terminación unilateral por incumplimiento se define como una excepción *legal* o *convencional* de la acción resolutoria. Para llegar a esta conclusión, el autor distingue entre las formas *normales* y *anormales* de terminación de los contratos. Señala que las normas civiles y comerciales no autorizan expresamente la convención de las *condición resolutoria expresa* y, a diferencia de otros ordenamientos, el legislador colombiano previó en los artículos 1546 del Código Civil³ y 870 del Código de Comercio⁴ la *condición resolutoria tácita*. De este modo, cuestiona si es factible prescindir de la declaratoria judicial del incumplimiento en virtud del carácter vinculante de la autonomía de la voluntad en los contratos⁵; en otras palabras, examina si la ausencia de prohibición implica la permisón para convenir la cláusula.

Concluye que, efectivamente, el principio de autonomía de la voluntad es de suficiente entidad en el derecho común como para que la cláusula opere *ex contractus*, premisa que se extiende al derecho administrativo en virtud del reconocimiento expreso de este principio en los artículos 13, 32 y 40 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP–. De allí que defina la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento como una excepción *legal* –pues en algunos contratos típicos del derecho privado esta es incluida por la ley– o *convencional*, respecto de aquella regla general que es la condición resolutoria tácita.

Admitiendo que esta es una conclusión controversial y que no corresponde a un criterio pacífico de la jurisprudencia, pasa a analizar en el segundo acápite el carácter *exorbitante* de la cláusula. A continuación, el texto se ocupa a detalle de las consideraciones del autor sobre este tema. Previo a esto, es preciso reflexionar sobre la importancia de cuestionarse sobre este asunto. Como lo sostiene el autor, el grueso de la doctrina y la jurisprudencia niega la posibilidad de incluir cláusulas

³ «Artículo 1546. –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».

⁴ «Artículo 870. –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».

⁵ El artículo 1602 del Código Civil dispone que «Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales».

exorbitantes o derogatorias del derecho común sin una habilitación legal previa⁶. De modo que la respuesta a la pregunta sobre el carácter *excepcional* de la cláusula es la misma sobre el juicio de admisibilidad de esta en los contratos estatales. En este sentido se abordará el problema.

Se advierte que las discusiones sobre la terminación unilateral por incumplimiento están abiertas al debate y la contraposición, tanto en el derecho privado y el administrativo, pues, como lo relata Montoya, no existe doctrina y jurisprudencia pacífica. A nuestro criterio, la tensión *subterránea* en las posturas sobre este asunto es aquella entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, y las conclusiones a las que se aproxime el lector tienen fundamento en el peso que se le asigne a uno u otro principio.

En «Relativismo y Derecho», Radbruch expone cómo la interpretación jurídica moderna se parece a la interpretación en otras ciencias. Entre estas consideraciones, plantea: «Ambas [la mitología y la psicología] representan el intento de interpretación de los procesos racionales como luces apagadas que se prenden por los instintos irracionales, voluntad de placer, o de poder para iluminar el entorno y ellos mismos más seguramente esconderse en las sombras»⁷. A mi juicio, esta es la lógica que subyace a la argumentación jurídica, y se refleja con fulgor en discusiones de este tipo.

1. El autor

Montoya introduce la temática a partir de un recuento sobre las formas de extinción anormal previstas en la Ley 80 de 1993. En primer lugar, ubica las causales de terminación unilateral previstas en el artículo 17, que dispone:

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

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

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

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

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

⁶ MONTOYA PENAGOS, Juan David. Terminación unilateral por incumplimiento: nociones preliminares. Texto inédito. p. 7.

⁷ RADBRUCH, Gustav. Relativismo y Derecho. 2° ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2009. p. 51.

Identifica que, si bien entre estos supuestos algunos implican el «riesgo remoto» para la ejecución del contrato, el incumplimiento del contratista no subyace a esta disposición. Asimismo, los artículos 44 y 45 *ibidem* permiten la terminación unilateral cuando el contrato se celebre *i)* con personas incursas en causales de inhabilidad e incompatibilidad, *ii)* contra expresa prohibición constitucional o legal y *iii)* cuando se declare la nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten. Montoya asemeja en conjunto estas causales de terminación unilateral a condiciones resolutorias ordinarias en el derecho privado, previsiones que bien podrían pactarse. De allí que, a su juicio, los supuestos de terminación unilateral distintos al incumplimiento no son exorbitantes al derecho común, aunque así suele denominarse.

No obstante, no siendo el incumplimiento el fundamento de la terminación unilateral, se percata de la inmensa «similitud» entre la declaratoria de terminación unilateral por incumplimiento y la caducidad⁸. En esta comparación reside la gran dificultad del texto pues debe determinarse si, al margen de la competencia para declarar la caducidad de un contrato, una manifestación *pura y dura* del principio de legalidad, es posible acordar la terminación unilateral por el mismo supuesto: el incumplimiento.

En virtud del artículo 14 del Estatuto, las cláusulas excepcionales son un elemento de la naturaleza de los contratos que tienen por objeto el ejercicio de un monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la concesión de bienes del Estado y la obra. Por otra parte, son elementos accidentales en los contratos de suministro y de prestación de servicios. Finalmente, están prohibidas en los demás contratos. De allí que, admitida la posibilidad de pactar la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento, si esta se califica como *excepcional*, entonces no podría pactarse en contratos distintos a los enunciados. En otras palabras, la

⁸ La caducidad está regulada en el artículo 18 del EGCAP en los siguientes términos: «La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

»En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

»Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

»La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento».

Administración no podría atribuirse dicha facultad en virtud de la autonomía de su voluntad.

Propone entonces la metodología para resolver el problema. La cláusula de terminación unilateral no es exorbitante si cumple por lo menos una de las siguientes condiciones: *i)* no se equipara a ninguna de las previstas en la Ley 80 de 1993 o *ii)* no es derogatoria del derecho común. Destaca que la primera condición parte del derecho público, mientras que la segunda desde la *orilla* del derecho privado.

Para comprobar la primera condición realiza una comparación entre la cláusula y las exorbitancias previstas en el EGCAP, pasando por la caducidad, la modificación y la interpretación unilateral. Desde esta perspectiva, sugiere que la terminación unilateral es diferente a las exorbitancias del Estatuto, especialmente de la caducidad, en tanto esta emerge de la autonomía de la voluntad como un *derecho subjetivo* y aquella de un mandato legal como una *competencia administrativa*. No obstante, admite que esta conclusión es vencible, pues la regulación legal sobre la caducidad puede interpretarse como un mandato imperativo y reglado para aplicar la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento. Idea que, además, comparto.

En cuanto a la segunda condición, esto es, que la cláusula no sea derogatoria del derecho común, Montoya indaga sobre su naturaleza jurídica. Citando a Jean Riveró y a Manuel María Díez, expone que se acostumbra dos criterios para determinar la excepcionalidad o exorbitancia de un convenio respecto al derecho común: *i)* la inhabitualidad, que se relaciona con acuerdos que, si bien están permitidos en el derecho privado, no es común percibirlos en el tránsito de los negocios entre particulares. Como ejemplo, postula la supervisión e interventoría. Por otra parte, *ii)* la ilegalidad, que se puede definir como la prohibición expresa de una cláusula en el derecho civil y comercial que, en virtud del *imperium* estatal, se habilita en el derecho administrativo.

El doctrinante se decanta por el segundo criterio. Plantea que la terminación unilateral por incumplimiento sería exorbitante si *i)* existe una norma en el derecho privado que haga ilícita la cláusula y *ii)* exista una norma de derecho público que derogue la prohibición, habilitándola para las entidades públicas. Nótese que se trata de dos condiciones *necesarias* y *concurrentes*. Sobre el segundo requisito, sostiene que la Ley 80 establece cláusulas obligatorias y facultativas sobre algunos contratos típicos, denotando que este se cumple. Respecto al primero, Montoya señala mayor dificultad, pues quien asuma una respuesta afirmativa se encuentra en la carga de identificar la norma prohibitiva. En ausencia de esta, referencia los tribunales franceses para concluir que esta estipulación no es derogatoria del derecho común. De esta premisa se desprende que, donde la ley no habilita la terminación unilateral, el ejercicio de la acción resolutoria tácita no es imperativo,

habilitándose la condición resolutoria *expresa* con fundamento en la autonomía de las partes. En este sentido, concluye:

«Lo ideal es que la tipificación legal de las exorbitancias fuera congruente con la definición doctrinal. Pero como no siempre coinciden, quienes construyan su alcance desde el derecho público, aceptarán que la autonomía de la voluntad no puede suprimir los poderes unilaterales existentes ni extenderlas a las que el legislador no incluyó. Por su parte, quienes definen el concepto desde el derecho privado, llegarán a la conclusión contraria, en la medida que la terminación unilateral no violaría alguna norma imperativa. *Esta disparidad de criterios no permite un cierre hermético del problema: mientras los primeros deben explicar el impacto de la autonomía de la voluntad privada en los contratos estatales, los segundos deben ponderar el alcance del principio de legalidad en la materia*»⁹ (énfasis fuera de texto).

Esta idea no solo deja abierta la discusión sobre la exorbitancia de la cláusula en el derecho privado, sino que es el abre bocas de un problema aún más complejo: la validez del acuerdo en contratos estatales sometidos a la Ley 80 de 1993 y en los que aplican el derecho civil y comercial en virtud de una excepción legal. Este asunto se trata en el acápite tercero del Capítulo desde dos perspectivas: por un lado, se estudia la condición resolutoria tácita en los contratos estatales y, por el otro, el alcance de la remisión del EGCAP al derecho común.

Grosso modo, concluye: *i)* en los contratos sometidos al régimen de la Ley 80 de 1993 no es posible pactar escenarios de terminación unilateral distintos a los artículos 14, 17 y 18, salvo que la cláusula sea un elemento de la naturaleza del contrato típico en el derecho civil y comercial, acatando la remisión del artículo 40 *ejusdem*; *ii)* en el derecho privado la autonomía de la voluntad es fundamento suficiente para incorporar la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento y esta facultad se extiende a las entidades exceptuadas.

2. El comentario

Descrito el contenido del Capítulo 1 «Nociones preliminares» y, comprendido el alcance de los debates que propone Montoya Penagos, a continuación se realizan tres observaciones sobre: *i)* la gran dificultad de tratar este tema en perspectiva con el derecho privado, ante la indefinición del tema en esta área; *ii)* la necesidad de estudiar el tema a partir de la institución de la caducidad en el derecho público y *iii)* la sensibilidad del tópico en clave de la inserción de normas de derecho civil y comercial en el derecho administrativo, donde se plantea la preeminencia del principio de legalidad en las actuaciones administrativas.

⁹ MONTOYA PENAGOS. Op. Cit., p. 14.

2.1. *Ilicitud de la cláusula en el derecho privado*

Agotada la descripción del acápite segundo, es preciso pasar a formular comentarios respetuosos al escrito. Se destaca como un estudio juicioso y amplio, a su vez, metódico y controversial. En primer lugar, el doctrinante parte de la idea de que la terminación unilateral por incumplimiento es una cláusula debatida en la doctrina del derecho privado, pues no se admite completamente su validez. La lógica del derecho común, según la cual, se trata de un plano horizontal de igualdad, parece en vilo al admitir la inclusión de este tipo de acuerdos. El doctrinante sostiene que *per se* esta cláusula no es abusiva; sino que, como otras, el tratamiento o uso que se haga de esta puede tornarse desproporcional. En sus palabras: «Un asunto diferente es que no esté permitido abusar de la posición dominante que confiere la cláusula»¹⁰.

A mi juicio, la admisibilidad de la terminación unilateral por incumplimiento en el derecho privado se encuentra estrechamente vinculada con la distinción entre ordenamientos jurídicos que realiza en el acápite primero del texto: por una parte, algunos legisladores —como en Alemania, Italia y Argentina— decidieron facultar expresamente a las partes para que acuerden la terminación unilateral; por el contrario, los que replicaron el Código Civil de Andrés Bello instituyeron la *condición resolutoria tácita* o el denominado *derecho de opción*¹¹. Si bien la disposición de esta regla no implica la prohibición expresa de pactar la *condición resolutoria expresa*, considero que el sentido de la norma es la intervención del juez para la solución de las controversias. Si bien es cierto que se aplica la máxima según la cual «todo lo no expresamente prohibido se encuentra permitido», la validez de la cláusula no es un tema pacífico en la doctrina del derecho privado.

El problema de esta indefinición versa sobre ¿cómo definir si la cláusula excede el derecho privado si no se tiene clara la validez del acuerdo en dicho régimen? En este sentido, tal como lo hizo el autor, la única manera de superar la dificultad es tomar partido por su admisibilidad en el derecho común. De asumir lo contrario, al considerar que la terminación unilateral por incumplimiento existe y es válida en el derecho administrativo, entonces no solo se trataría de una cláusula *exorbitante* del derecho común, sino de una cláusula *exclusiva* del derecho administrativo.

Aunque el derecho común se orienta por el principio de la autonomía de la voluntad, el conflicto entre este y la disposición de la condición resolutoria expresa no parece superado. Por el contrario, podría plantearse que, si bien el artículo 1.546 del Código Civil no es una prohibición expresa, sí es una proscripción lógica. En este sentido, donde se incorpora el derecho de opción, que pasa por la

¹⁰ Ibid., p. 13.

¹¹ Ibid., p. 3.

intervención del juez, no es atribuible a una de las partes terminar el contrato. Precisamente, es estas tensiones cuando, como menciona Montoya, hay que decidir sobre el alcance del principio. El autor sostiene sin contradicciones que la autonomía contractual del 1.204 *ejusdem* implica habilitación jurídica suficiente para acordar la terminación unilateral en el derecho privado.

2.2. La caducidad

Con el ánimo de comparar la cláusula en estudio con las demás *potestades exorbitantes* propias del derecho administrativo, Montoya observa las consecuencias disimiles entre esta y la caducidad. Menciona, por ejemplo, la declaración del siniestro de incumplimiento y la posterior inhabilidad. Así mismo, plantea que la primera tiene carácter legal o convencional —según sea el contrato— mientras que la segunda tiene un fundamento eminentemente legal. Distingue con claridad entre las nociones y, de la lectura global del capítulo, se infiere que al margen de los contratos donde la caducidad es un elemento accidental o de la naturaleza, no es posible acordar la terminación unilateral en los contratos sometidos al EGCAP, en virtud del artículo 14.

Sin embargo, la comparación entre los conceptos carece de profundidad. Se trata de una distinción que más que pertinente, es necesaria. A nuestro juicio, la caducidad es, por lo menos para las entidades sometidas, la tipificación de la cláusula de terminación unilateral en el derecho administrativo. Como los sugiere Montoya en algún apartado, esta constituye un límite para la Administración respecto: *i)* los contratos donde es obligatorio o facultativo incluirla, *ii)* los criterios y requisitos para su imposición y *iii)* la forma como se hace efectiva —mediante acto administrativo debidamente motivado—. En el ordenamiento colombiano, como en algunos extranjeros, la caducidad es el único supuesto de terminación unilateral por incumplimiento, es la forma que la cláusula adopta en el derecho de la contratación estatal. Nótese, verbigracia, la distinción que realiza Bercaitz, la cual no parece alejarse de la regulación de los artículos 17 y 18 de la Ley 80 de 1993:

«Los hechos relativos o imputables al cocontratante son dos causas de rescisión de los contratos administrativos que sólo afectan a éstos, y no a los actos administrativos.

»En la primera edición de nuestro libro sostuvimos que este tipo de extinción toma el nombre particular de “caducidad del contrato”.

»Un nuevo estudio del problema nos mueve a modificar lo expuesto en aquella ocasión, pues ambas hipótesis —hecho relativo y hecho imputable— tienen un presupuesto jurídico distinto.

»*La caducidad se decreta como sanción por el incumplimiento del cocontratante a las obligaciones a su cargo. Esta idea de culpa y sanción no existe en el caso de la rescisión por hecho relativo al cocontratante: muerte o inhabilidad sobreviniente* [...] el Estado declarará la extinción

del contrato, pero no de su caducidad en ausencia de culpa» (énfasis fuera de texto)¹².

Se insiste, esta es una consideración que se limita a los contratos sometidos al EGCAP. Sobre la respuesta al cuestionamiento global del texto, esto es, el carácter exorbitante de la cláusula, considero que la caducidad es la forma particular que adopta la terminación unilateral por incumplimiento en el derecho administrativo, entonces dependerá de su admisibilidad en el derecho privado considerar que lo excede o no.

Como se planteó anteriormente, en caso de que se trate de una cláusula ilícita en el derecho privado, la caducidad-terminación unilateral es irrefutablemente una cláusula *excepcional* respecto el derecho común y *exclusiva* del derecho administrativo. De admitirse su legalidad en virtud de la autonomía de la voluntad, las características particulares de la caducidad permiten concluir que es *excepcional* respecto del derecho común. Piénsese en la declaratoria del siniestro y la inhabilidad del contratista como criterios diferenciales.

Ahora bien, me inclino a pensar que históricamente la caducidad se ha considerado como un exceso respecto del derecho común, una cualidad propia de relaciones desiguales. Esto también da una idea sobre su admisibilidad en el derecho privado, pues, si en el ámbito contractual público el legislador se preocupó por disponer la facultad y calificarla como *exorbitante*, es porque la consideraba proscrita en el derecho privado. Esta idea se articula de buena manera con la propuesta de que la condición resolutoria tácita excluye la posibilidad de pactar la condición resolutoria expresa en el derecho privado. El argumento en contra, bastante razonable, es que no existe prohibición expresa para esto en el derecho civil y comercial.

2.3. El principio de legalidad

En medio del sucinto ejercicio comparativo que realiza el autor entre la cláusula de terminación unilateral y la caducidad, plantea de paso que, quizá, la primera podría acordarse en favor del particular y no de la entidad, a diferencia de la segunda, que se encuentra expresamente regulada en la Ley 80 de 1993. Este planteamiento resulta, cuando menos, preocupante. A mi juicio, implica reflexionar sobre la lógica del traslado y la aplicación del derecho privado en los contratos estatales. Al respecto, se comparten las ideas de Prosper Weil, quien considera que a las actuaciones administrativas subyace el interés general y, en esa medida, el derecho privado debe aplicarse en su justa *dosis*, sin desconocer la finalidad última:

¹² BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría general de los contratos administrativos. 2° ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980. p. 559.

«En una palabra, el derecho privado aplicable a la acción administrativa se encuentra siempre teñido por la finalidad del interés general y reviste un cierto particularismo; *no es jamás idéntico al que se aplica en las relaciones particulares.*

[...]

»De esta forma nos aproximamos a una observación de LATOURNERIE, que señala que la especialidad del derecho administrativo reside, precisamente, en una amalgama de elementos de Derecho Público y de Derecho Privado, en dosis variables según las materias»¹³ (énfasis fuera de texto).

Marín Cortés, por su parte, plantea que el derecho privado «[...] se trata del derecho que menores garantías ofrece para vincular el Estado al derecho, es decir, al Estado de derecho, pues este régimen jurídico es, por excelencia, un derecho de libertades máximas, de no intervención y de autonomía de la voluntad [...]»¹⁴. En este sentido, no se puede desconocer las remisiones al derecho privado en los artículos 13, 32 y 40 del EGCAP; igualmente, no se menosprecian sus normas en el ámbito de la Administración Pública. Sin embargo, el traslado del derecho privado al derecho administrativo debe superar el *tamiz* del principio de legalidad, siendo este el criterio imperante en las actuaciones del Estado. De la lectura de Montoya se evidencian acertadas consideraciones sobre la procedencia de la cláusula en los contratos sometidos al EGCAP, pues el autor reconoce en qué supuestos debe partir de la *competencia* más que de la autonomía. No obstante, en los contratos exceptuados de la Ley 80 de 1993 se debe tener presente la remisión del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 en cuanto a los principios de la función administrativa. La aplicación de normas civiles y comerciales no es *absoluta*.

Bibliografía

Doctrina

BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría general de los contratos administrativos. 2° ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980. 679 p.

MARÍN CORTÉS, Fabián. Principio de legalidad: cambio de un paradigma. Medellín: Jurídica Sánchez R. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2021. 286 p.

¹³ WEIL, Prosper. Derecho Administrativo. 2° ed. Madrid: Civitas S.A., 1986. p. 123.

¹⁴ MARÍN CORTÉS, Fabián. Principio de legalidad: cambio de un paradigma. Medellín: Jurídica Sánchez R. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–, 2021. 286 p.

MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración pública. 4ª ed. 2ª reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015-2017. 1280 p.

MONTOYA PENAGOS, Juan David. Terminación unilateral por incumplimiento: nociones preliminares. Texto inédito.

RADBRUCH, Gustav. Relativismo y Derecho. 2º ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2009. 72 p.

WEIL, Prosper. Derecho Administrativo. 2º ed. Madrid: Civitas S.A., 1986. 185 p.

