

TERMINACIÓN UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL: REFLEXIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO APLICABLE¹

Matheo Restrepo Yepes²

RESUMEN. La cláusula de terminación unilateral por incumplimiento es un tema novedoso y controversial en los contratos de los particulares y, por extensión, en los contratos donde la Administración se remite a las normas del derecho común. El texto, en primer lugar, niega que esta sea una cláusula admisible para los privados y, mucho menos, para los particulares. No obstante, esta es tan solo una postura razonable entre muchas otras, como la de Montoya Penagos, quien sostiene la validez de la cláusula a excepción de los contratos de las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993. En gracia de discusión, partiendo de esta tesis y con el ánimo de enriquecerla, el texto estudia cuál sería el procedimiento administrativo aplicable según el caso.

Cuestión previa

El *debido proceso* es, quizá, uno de los principios elementales de los nuevos Estados constitucionales. Se trata de una categoría que recurrentemente es objeto de debate como regla, principio, derecho o derecho fundamental. Si bien se trata de un concepto que adquiere mayor relevancia en el marco del derecho penal, donde alcanza su máximo desarrollo y complejidad, se aplica también a las actuaciones administrativas, incluso aquellas que no se califican como «sancionatorias». De allí que el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 dispuso: «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas»³.

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 27 de mayo 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 Richard S. Ramírez Grisales, 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–.

³ Para la Corte Constitucional, si bien el artículo 29 *superior* regula el debido proceso en actuaciones judiciales y administrativas, este se aplica de forma diferencial, en atención

En el marco de las actuaciones administrativas, se desarrolla en el texto una de las garantías inherentes a este principio: el derecho a ser «juzgado» en atención a las normas y formas prestablecidas, en otras palabras, *i)* que se aplique un procedimiento administrativo, *ii)* que sea el procedimiento adecuado y *iii)* que en el desarrollo de este se respeten las garantías inherentes, como el derecho de audiencia y el principio de la prueba. Particularmente, se estudia el procedimiento para aplicar la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento en los distintos regímenes contractuales. El objetivo de este análisis es enriquecer las consideraciones de Juan David Montoya Penagos sobre el tema en el Capítulo III de su texto inédito «Requisitos para aplicar la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento»⁴.

No obstante, si bien se evalúa la temática del acápite final del autor, es preciso contextualizar algunos presupuestos de capítulos precedentes que permiten llegar hasta este punto. En primer lugar, Montoya estudia la admisibilidad de la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento en el derecho privado. Sostiene que es válida en virtud del principio de autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de los acuerdos celebrados con fundamento en la misma –artículo 1602 del Código Civil– y la libertad para acordar formas de extinción de las obligaciones –artículo 1625 *ibidem*–. En pocas palabras, en el derecho común impera el principio de capacidad y, como el acuerdo para terminar el contrato sin acudir al juez no se encuentra expresamente proscrito, entonces la cláusula es válida para los particulares.

En segundo lugar, estudia la terminación unilateral en las entidades estatales. Concluye que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP– no pueden acordar la terminación unilateral del contrato, bien sea por incumplimiento o por otros motivos, salvo lo dispuesto en los artículos 17, 18 y concordantes de la Ley 80 de 1993. Esta regla general encuentra una única excepción: cuando se trata de contratos donde la cláusula es un elemento de la naturaleza en el derecho privado

a los fines constitucionales que en cada caso se pretenden. Según precisa: «Por su finalidad, entre la actuación judicial y la actuación administrativa hay algunas diferencias. En efecto, mientras que la actuación judicial busca resolver conflictos jurídicos, o defender la supremacía de la Constitución o el principio de legalidad, la actuación administrativa busca cumplir la función administrativa, en beneficio del interés general. Por ello, la actuación administrativa puede ser más ágil, rápida y flexible que la actuación judicial, “habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-499 del 5 de agosto de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo).

⁴ MONTOYA PENAGOS, Juan David. Terminación unilateral por incumplimiento. Capítulo III. Texto inédito. 27 p.

y, por la remisión del artículo 13 *ejusdem*, se incluyen en los contratos de las entidades estatales⁵.

Respecto de las entidades exceptuadas, en principio les serían aplicables las conclusiones propias del derecho privado sin mayores consideraciones. Sin embargo, Montoya propone la tensión que esto representa entre el derecho privado—principio de capacidad y el derecho administrativo—principio de competencia. Concluye que debe admitirse el origen convencional de la cláusula para estas entidades, pues el principio de competencia de los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución se armonizan con la remisión al derecho privado en el régimen de estas entidades. Cuestionarse sobre los requisitos para aplicar la terminación por incumplimiento suponen admitirla en la contratación estatal como una cláusula diferente a la caducidad, razón por la cual Montoya indaga sobre los requisitos para su ejercicio: la cualificación del incumplimiento, la oportunidad para terminar el convenio y el procedimiento por el cual se rige.

Si bien Montoya desarrolla estos planteamientos a profundidad y con argumentos razonables, se disiente de dos de sus tesis fundamentales: por un lado, la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento no es válida en el derecho privado, pues se contrapone al modelo de resolución judicial dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil. Esta norma, a su vez, contiene una acción, por lo tanto, es de carácter *procesal* y de orden público, es decir, indisponible por las partes⁶. Si bien el legislador no incluyó en la disposición ningún operador deóntico de carácter prohibitivo, prescribe que en Colombia los jueces determinan el incumplimiento en los contratos, de allí que se trate de una atribución que no puede recaer en las partes. Por el otro lado, si este acuerdo no es posible en el derecho privado, con mayor razón en el régimen de las entidades exceptuadas. Estas, bajo ninguna premisa diferente a la habilitación legal, están autorizadas para incluir cláusulas excepcionales.

En síntesis, se sostiene que no es posible pactar la cláusula en la contratación estatal dado que la terminación por incumplimiento se encuentra regulada como *caducidad* y tiene unos elementos característicos. A su vez, está claro que esta –la caducidad– se impone por medio del procedimiento dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Sin embargo, *en gracia de discusión* se analizarán los procedimientos aplicables en cada caso, como si fuese admisible, en

⁵ El artículo 13 dispone: «Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley». Un ejemplo de la excepción es el contrato de arrendamiento.

⁶ El artículo 1546 del Código Civil dispone «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» (énfasis fuera de texto).

desarrollo de las conclusiones previas propuestas por Montoya. Esta es una aclaración necesaria pues, si se plantea la coincidencia con el autor en algunos problemas a desarrollar, esto no implica que se compartan los planteamientos fundamentales que realiza sobre el tema.

Finalmente, previo al estudio de los procedimientos aplicables, se destaca una crítica respetuosa al Capítulo III de forma general. Preguntarse por el debido proceso de las actuaciones administrativas, en el tópic, demuestra interés y respeto por el principio de legalidad y el derecho administrativo. En este acápite se plantea la posibilidad de «publicar» el derecho privado cuando este se *amalgama* con el derecho público en el régimen contractual de la Administración; sin embargo, las tesis defendidas a lo largo de todo el texto inédito dan cuenta de una «privatización» de la contratación estatal. De allí que se cuestione ¿por qué publicar el derecho privado? ¿por qué no, mejor, prescindir de privatizar el derecho administrativo? Sin duda, se trata de un tema controversial y complejo, donde la prevalencia axiológica de principios constitucionales que asigne el intérprete resuelve de forma disímil los problemas.

1. Entidades sometidas al EGCAP

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispone que el debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. Por otra parte, la 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», facultó a las entidades estatales sometidas al estatuto para declarar el incumplimiento de los contratos —cuantificando los perjuicios de este—, imponer multas o sanciones y hacer efectiva la cláusula penal. Igualmente, ordenó proceder con estas «sanciones» de acuerdo con el siguiente procedimiento:

La entidad debe realizar una audiencia con el ánimo de discutir sobre el supuesto incumplimiento y escuchar la versión del contratista. La convocatoria a esta instancia debe dar cuenta expresa y detallada de las razones de la entidad para sostener el incumplimiento de las obligaciones, a su vez, deberá especificar qué normas o cláusulas presume violadas y sus consecuencias. La citación debe acompañarse de los informes de supervisión e interventoría sobre el asunto y, por obvias razones, deberá incluir la fecha, hora y lugar para realizar la audiencia o la indicación del medio electrónico del cual se hará uso.

Solo se ha referido la existencia de una audiencia y las particularidades de su convocatoria; sin embargo, desde ya se identifican las garantías inherentes al debido proceso en las actuaciones administrativas de orden contractual. Si bien la declaratoria de incumplimiento o la imposición de la multa es un acto unilateral, previo a su expedición se garantiza al afectado que explique o ponga de presente

su versión de los hechos. Se le da a conocer con anterioridad cuál es la norma o cláusula transgredida, sus consecuencias —principio de tipicidad— y los elementos de prueba con los que cuenta la entidad. De allí que tenga la oportunidad de preparar una *defensa*, recolectar pruebas y organizar las ideas a exponer. En cualquier caso, la citación, como es regulada en el artículo 86, garantiza que el contratista no sea *sorprendido* en ningún aspecto.

Según especifica el literal b del artículo *ejusdem*, la audiencia puede ser presidida por el jefe de la entidad o su delegado, quien debe instalar el espacio con una recapitulación de los hechos de incumplimiento según considera la entidad, la norma o el acuerdo desconocido y las consecuencias atribuibles. Posteriormente, el contratista tiene el uso de la palabra para: *i)* exponer su versión de los hechos; *ii)* aportar pruebas y *iii)* controvertir las pruebas del contratante. La norma precisa que, en el caso de las personas jurídicas podrá intervenir el representante legal o quien lo represente, no especifica si el poder para actuar se debe autenticar en notaría o si este debe recaer sobre un profesional del derecho o puede otorgarse a cualquier persona.

Agotada la instancia de contracción, la entidad debe valorar las pruebas y decidir durante la audiencia mediante resolución motivada, la cual se entiende notificada en el acto y respecto de la cual procede el recurso de reposición, que debe ser sustentado y decidido en la misma audiencia. El literal d) habilita la suspensión de la audiencia cuando de oficio o a petición de parte sea pertinente para allegar o practicar pruebas, asimismo, por cualquier otra necesidad razonable que lo merite. En caso de que la entidad se percate por cualquier medio que el incumplimiento cesó, la entidad «podrá» dar por terminado el procedimiento en cualquier momento.

No existe duda de que este es el trámite que el legislador asignó a la terminación unilateral por incumplimiento que, para las entidades sometidas al EGCAP, equivale a la caducidad del artículo 18 de la Ley 80. Se comparte esta conclusión con Montoya Penagos, quien considera que la norma —el artículo 86 de la Ley 1474— aplica especialmente para el decreto de la caducidad⁷. Una interpretación armónica entre ambas disposiciones implica que la audiencia es una instancia para debatir el estándar del incumplimiento, en cuanto *grave, directo* y conducente a la *paralización* de la ejecución del contrato. La entidad, más que enunciar, deberá probar estas circunstancias de hecho y el contratista podrá allegar y controvertir pruebas⁸.

⁷ MONTOYA PENAGOS. Op., cit. p. 19.

⁸ Se hace énfasis en el mérito de la prueba con la cual se impone la caducidad. Sobre el estándar probatorio no existe una disposición legal clara; sin embargo, hace varias décadas que la doctrina considera: «La prueba de tales hechos [el incumplimiento grave] deberá documentarse administrativamente en forma fehaciente o indubitable, y sólo debe

Finalmente, según se comentó en la *cuestión previa*, existen algunos contratos donde la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento es un elemento de la naturaleza y, por tanto, se incluye por la remisión al derecho privado dispuesta en el artículo 13 de la Ley 80. En estos casos, no se trata de la caducidad, pues no se le asignan los efectos gravosos que aquella implica: como la inhabilidad para contratar *a posteriori*, por ejemplo. Al respecto, Montoya cuestiona si en este escenario se aplica el procedimiento del artículo 86 o si es preciso remitirse al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–. Concluye, y el argumento es irrefutable, que la Ley 1474 de 2011 se refirió en términos generales a la *declaratoria de incumplimiento* y no puntualmente a la caducidad. De allí que cualquier declaratoria de incumplimiento a cargo de una entidad sometida a las disposiciones del EGCAP se efectúa por este procedimiento –el previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011–, bien sea que se origine en una regla de este estatuto o por que provenga de una remisión al derecho privado⁹.

2. Entidades exceptuadas

Identificar el procedimiento aplicable es un problema de mayor entidad en el caso de las entidades exceptuadas. En principio, como el régimen de sus contratos equivale al de los particulares, es posible plantear que la respuesta al cuestionamiento está disponible en normas civiles y comerciales. No obstante, la terminación unilateral por incumplimiento, como cláusula accidental, no cuenta con ningún desarrollo legislativo. De hecho, se admite su legalidad en ausencia de prohibición expresa para su pacto; sin embargo, no está reglada.

En este escenario, el primer asunto a resolver sería la necesidad de aplicar un procedimiento o terminar de plano el contrato en el régimen de los particulares. Sobre este punto, el derecho común admite ambas respuestas: bien podría la parte cumplida dar por terminado el contrato «de plano» y, cuando el incumplido pretenda retomar la ejecución del contrato en una instancia judicial, el primero excepcionaría que este terminó en virtud del incumplimiento y el juez deberá valorar si se acredita o no esta circunstancia. Entre privados también podrían aplicar un procedimiento de carácter informal que se materialice, por ejemplo, en

llegarse a la rescisión cuando se hayan agotado todas las vías conminatorias previas, intimidaciones, apercibimientos, multas, etc., o cuando, por las modalidades del contrato o las posibilidades no sea factible la ejecución con sustitución como sanción» (BERÇAITZ, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*. 2º ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980. p. 565). A su vez, se resalta la necesidad de incorporar los informes de supervisión o interventoría que se desprende del literal a) del artículo 86, exigencia que bien podría calificarse como una *tarifa legal*. Si bien no son el único medio de prueba admisible, siempre se debe contar con estos.

⁹ MONTOYA PENAGOS. Op., cit. p. 20.

requerimientos escritos o reuniones previas a dar por terminado el contrato¹⁰. El asunto dependerá de la forma en que se redacte la cláusula, pues otro escenario posible es que no se precise de requerimientos previos, pero sí de una comunicación escrita informando la terminación del contrato por la parte habilitada para esto¹¹.

No obstante, el segundo punto a resolver es si estas son conclusiones plenamente atribuibles a las entidades exceptuadas. El primer obstáculo para una respuesta afirmativa es el antecitado artículo 29 de la Constitución, según el cual, ninguna actuación administrativa prescinde del debido proceso y, por lo tanto, se tramita conforme a las normas preestablecidas. A su vez, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 dispone que, en desarrollo de su actividad contractual, deberán aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal. Entre estos se encuentra el principio de igualdad y, en clave de este, ¿sería loable que las entidades sometidas terminen unilateralmente los contratos con arreglo a un procedimiento sancionatorio y las exceptuadas de plano? ¿supone esto una condición desigual del contratista estatal según sea el régimen de la entidad contratante?

Montoya plantea que un sector de la jurisprudencia del Consejo de Estado admite que se extiendan las consideraciones del derecho privado a las entidades estatales, argumentando que la aplicación de la cláusula deviene en un acto civil y comercial y no en un acto administrativo, en consecuencia, no le es exigible a la Administración garantizar el debido proceso de la actuación. Al igual que él, se disiente de esta idea, pues supone que la naturaleza de un acto de la Administración se determina por el régimen que le es aplicable¹². En otras palabras, solo si un acto se rige por normas de derecho público es considerado «administrativo» y de él se presume el trámite de un procedimiento administrativo acorde con el principio del debido proceso.

Santofimio Gamboa explica que a lo largo de la historia se han desarrollado multiplicidad de criterios para la identificación de los actos administrativos. Entre estos, se ha propuesto la perspectiva formal u orgánica, según la cual, un acto es administrativo en atención al órgano que lo produce, su ubicación al interior del Estado y el procedimiento para su expedición. Asimismo, el criterio material u objetivo ignora los elementos externos de la decisión y se concentra en su contenido «administrativo». En su criterio, la legislación colombiana adoptó un modelo mixto

¹⁰ Esta idea debe diferenciarse de la constitución en mora del deudor.

¹¹ MONTOYA PENAGOS. Op., cit. p. 14-16.

¹² MONTOYA PENAGOS. Ibid. Referencia las siguientes providencias: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 20 de febrero de 2017. Exp. 56.562. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 20 de febrero de 2017. Exp. 56.562. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

o ecléctico desde el Decreto 01 de 1984, según el cual, «[...] lo determinante en el acto lo constituye la conjugación resultante del ejercicio de funciones administrativas por entidades públicas o privadas [...]»¹³. Esta tesis, aplicada al problema en estudio, reconoce que la terminación unilateral por incumplimiento que declaran las entidades estatales exceptuadas del EGCAP se realiza mediante un acto administrativo, en cuanto es una manifestación unilateral de la voluntad que surte efectos jurídicos y que se expide en ejercicio de función administrativa.

Se hace énfasis en que la entidad, aunque se encuentre realizando negocios con particulares en aplicación de las normas de derecho común, no se transforma orgánicamente por este motivo. En otras palabras, la naturaleza de la entidad continúa siendo estatal y esto confirma el criterio formal de identificación del acto administrativo. Respecto del criterio material, Montoya argumenta que se trata de un acto expedido en ejercicio de función administrativa aplicando el criterio *negativo* para definirla. Es decir, como no es una decisión que crea normas generales y abstractas —función legislativa— ni tiene carácter jurisdiccional, entonces se trata de un acto de administración. Este argumento lo refuerza con la remisión a los principios de la función administrativa del antecitado artículo 13 de la Ley 1150 de 2007¹⁴.

Sobre este asunto, se concluye: *i)* la cláusula de terminación por parte de las entidades exceptuadas no se aplica de plano, *ii)* implica la expedición de un acto administrativo y *iii)* es preciso determinar cuál es el procedimiento aplicable, teniendo presente el mandato imperativo del artículo 29 superior. A su vez, el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 dispone que «En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción».

En cuanto a los procedimientos administrativos aplicables, la literalidad del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 permite descartar su aplicación, pues la disposición es enfática en restringir el ámbito de aplicación a las entidades sometidas al EGCAP. En ausencia de norma especial, como bien propone Montoya, es preciso acudir al CPACA; sin embargo, este contiene dos trámites: el procedimiento administrativo general —artículo 34 y siguientes— o el procedimiento sancionatorio —artículo 47 y siguientes—¹⁵. En este sentido, la gran dificultad en el

¹³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 523-526.

¹⁴ MONTOYA PENAGOS. Op., cit. p. 17.

¹⁵ El párrafo primero del artículo 47 *ejusdem* ordena que «Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia». En principio, podría plantearse que la disposición no distingue entre actuaciones administrativas contractuales de entidades

tema es determinar si la aplicación de la cláusula de terminación por incumplimiento es equivalente a la imposición de una sanción o no, pues este será el criterio válido para determinar el procedimiento.

Montoya Penagos sostiene que, a diferencia de la caducidad, la cláusula como elemento accidental del contrato no tiene unas implicaciones tan gravosas como la inhabilidad; asimismo, existen gravámenes administrativos que no implican una sanción, como es el caso de la expropiación administrativa —acto particular— o la medida del «pico y placa» vehicular —reglamento—. No obstante, el criterio para determinar si existe contenido sancionatorio es la existencia de un reproche a la conducta del deudor asociado a consecuencias desfavorables. Si bien la parte cumplida también se afecta por la terminación del contrato, en cuanto pierde la oportunidad de exigir su incumplimiento, Montoya enfatiza que en el trámite se debe demostrar la culpabilidad del incumplido. En otras palabras, el acreedor también podría perder la facultad de exigir el cumplimiento del deudor por una fuerza mayor, pero en este caso se debe acreditar que el incumplimiento es atribuible al deudor y que, por tanto, es pertinente terminar el contrato. De allí que se debe aplicar el procedimiento sancionatorio de los artículos 47 y siguientes como garantía del debido proceso al contratista¹⁶.

Se comparte esta idea, pues si la sanción administrativa es la «[...] respuesta del Estado a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la Administración»¹⁷, entonces la terminación unilateral por incumplimiento tiene este carácter, al margen de que su fundamento sea la voluntad previa de quien la padece. En la práctica, se identifica en la jurisprudencia entidades exceptuadas que aplican procedimientos informales que no corresponden enteramente al procedimiento aplicable; no obstante, recurren al «llamado a descargos» y «reuniones» que no califican como audiencias¹⁸.

Finalmente, Montoya plantea que el debido proceso es una garantía que también se aplica en favor de la Administración cuando la cláusula se pacta en favor del contratista o de ambas partes¹⁹. Sostiene que, si bien estos no pueden aplicar un procedimiento administrativo, se debe aplicar uno informal según sea

sometidas o exceptuadas del régimen de la Ley 80 de 1993. De allí que, en cualquier caso, debiera aplicarse el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Sin embargo, el «Estatuto anticorrupción» es claro al delimitar su aplicación a entidades sometidas. De allí que, si bien existen normas especiales sobre el tema, estas no son aplicables al caso objeto de estudio.

¹⁶ MONTOYA PENAGOS. Op., cit. p. 21-23.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-595 del 27 de julio de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 19 de junio de 2019. Exp. 39.800. C.P. Alberto Montaña Plata.

¹⁹ MONTOYA PENAGOS. Op., cit. p. 23-25.

la redacción de la cláusula, que permita a la entidad oponerse al incumplimiento y explicar las razones que la exoneran de culpabilidad. Esta idea supone que la cláusula se puede pactar en contra de la Administración, tesis que a mi juicio no es admisible²⁰.

Bibliografía

Doctrina

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

MONTOYA PENAGOS, Juan David. Terminación unilateral por incumplimiento. Capítulo III. Texto inédito. 27 p.

RIVERO, Jean. Derecho Administrativo. 9º ed. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984. 590 p.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M.; DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel & ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Tratado de derecho administrativo: Volumen I. Introducción. Fundamentos. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 945.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. 1303 p.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-595 del 27 de julio de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-499 del 5 de agosto de 2015. M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 19 de junio de 2019. Exp. 39.800. C.P. Alberto Montaña Plata.

²⁰ A propósito, Jean Rivero sostiene: «Si es la administración la que está en falta, se descarta el derecho común que permite al cocontratante ampararse detrás de la *exceptio non adimpleti contractus* para suspender la ejecución de sus propias obligaciones: el particular permanece obligado a ejecutar, sea cual sea la falta de la administración; solo puede dirigirse al juez en caso de una acción de compensación por daños y perjuicios, o pedir la rescisión en caso de falta muy grave» (énfasis fuera de texto) (RIVERO, Jean. Derecho Administrativo. 9º ed. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984. p. 137).

