

## GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO EN LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE TERMINACIÓN UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO<sup>1</sup>

Mitchelle Rincón Rodríguez<sup>2</sup>

**RESUMEN.** Luego de identificar los fundamentos jurídicos para incluir la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento, se analizarán otros aspectos derivados de su pacto en el contrato estatal, concretamente, la forma de aplicarla respetando las garantías al debido proceso, partiendo de las ideas del profesor Juan David Montoya. Se analizará si el derecho constitucional es extensible a estas actuaciones y la forma de asegurar el cumplimiento del mismo. Por esto, este texto se centrará en la continuación del estudio del tercer capítulo de su texto inédito, manteniendo la metodología propuesta y explicada.

### Introducción

El CEDA continúa la investigación de la *terminación unilateral por incumplimiento*, como cláusula del contrato estatal, a partir del texto del profesor Juan David Montoya Penagos. En esta oportunidad se seguirá el análisis de tercer Capítulo: «Requisitos para aplicar la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento»; sin embargo, en esta ocasión, el estudio se centra en la disyuntiva entre adoptar la decisión de plano o con el trámite de un procedimiento previo y con garantías como la impugnación. Para esto se continuará con la metodología propuesta para la línea de investigación, partiendo del texto base del autor, identificando sus ideas principales y argumentos, para posteriormente comentarlas y discutir las.

El autor, al iniciar el tercer capítulo, explica que en los anteriores se analizaron los fundamentos conceptuales y jurídicos de la cláusula de terminación

---

<sup>1</sup> 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 Juan David Montoya Penagos, 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.

<sup>2</sup> Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel V básico, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–*.

unilateral por incumplimiento. A continuación explica que aceptar –y sustentar– la posibilidad de incluirla como: *i)* cláusula de la naturaleza en los contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y *ii)* cláusula accidental en los contratos exceptuados, es únicamente el inicio del análisis, porque los cuestionamientos y problemáticas que supone la cláusula no se agotan en su validez, sino que se extienden a su aplicación. Entre los aspectos que identifica como conflictivos está la necesidad de agotar un procedimiento para hacerla efectiva<sup>3</sup>.

En consecuencia, este texto se enfoca en este aspecto de la investigación. Se entiende, como lo hace el autor, que cuando se pretende terminar el contrato unilateralmente –sea a causa de un incumplimiento u otra razón– está realizando una actuación administrativa. Por esta razón es fundamental entender las implicaciones que tiene, es decir, a qué requisitos o límites está sometido su ejercicio, pues en una entidad estatal quien la realiza. Sin duda, principalmente por la constitucionalización de la acción administrativa –bajo el principio del debido proceso–, supone comprender si es necesario tramitar un procedimiento previo, incluida la posibilidad de defenderse e impugnar la decisión que se adopte.

En esa medida, con la guía de Montoya Penagos, se estudiarán los fundamentos para la aplicación del debido proceso, partiendo de las particularidades que tiene cada régimen jurídico al que se someten las entidades, concretamente, si están regidas o no por el EGCAP.

## **1. Garantía del debido proceso en la aplicación de la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento: alcance e implicaciones**

Montoya Penagos señala que los contratos estatales contienen reglas del derecho público y del derecho privado, por lo que es complejo entender si este se traslada sin ningún matiz, de forma pura y simple, o si por el contrario la regulación de aquel se le extiende, modificando su aplicación, en sus palabras, «publicando» el régimen jurídico de los particulares. Asegura que no es posible proponer una respuesta única, sino que dependerá de la situación analizada. Ejemplifica la afirmación con la aplicación del régimen general de las obligaciones, especialmente en la etapa contractual, refiriendo que el EGCAP deroga aspectos puntuales, como es el caso de la cesión, la constitución de garantías y la declaratoria de nulidad<sup>4</sup>.

Explica que la situación es extensible a la terminación unilateral por incumplimiento, porque no existe un procedimiento para hacerla efectiva en las relaciones privadas. Muestra el interés legítimo de los particulares de defenderse,

---

<sup>3</sup> MONTOYA PENAGOS, Juan David. Terminación unilateral por incumplimiento. Capítulo III. Texto inédito. p. 1.

<sup>4</sup> Ibid. p. 12.

buscando probar la ausencia del incumplimiento, impidiendo que se configure la causal, o acreditando una justa causa para este –como es el caso de la fuerza mayor y el caso fortuito–, imposibilitando la reclamación de perjuicios y el cobro de la cláusula penal<sup>5</sup>.

Pretendiendo resolver la pregunta por el procedimiento, propone una *primera* hipótesis: que la terminación unilateral proceda de plano, extinguiendo la relación inmediatamente después de constatado el incumplimiento y por iniciativa de la entidad<sup>6</sup>. El autor no explica directamente si en este caso existe ausencia de declaración por parte de la entidad, en otras palabras, si la terminación no depende de la voluntad de la entidad, sino que sucede con la simple ocurrencia del hecho. No obstante, en cualquier escenario, lo que es claro es que esta posibilidad implica la ausencia de un trámite previo que le permita al contratista defenderse y presentar argumentos o pruebas.

El autor calificó esta *primera* hipótesis como «desafortunada», señalando que es la tesis minoritaria en relación con la declaración de caducidad<sup>7</sup>. Para fundamentar la posición referencia una providencia de la Corte Constitución. En la sentencia, la Corporación resuelve unas acciones de tutela donde los accionantes sostenían el desconocimiento de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y recreación por la declaración de caducidad de unos contratos suscritos con el distrito de Bogotá. Explica que esta es una potestad reconocida al Estado para que termine unilateralmente el contrato, y señala que su aplicación no es equiparable con otras facultades sancionadoras que se le conceden a la Administración en otras materias, que por su naturaleza exigen la aplicación del debido proceso al imponer las sanciones<sup>8</sup>.

Por esta razón, sostuvo que al no constituir el ejercicio de una facultad sancionadora *no* es necesario el trámite de un procedimiento previo donde los contratistas y terceros interesados sean escuchados acerca de la procedencia de la imposición de la cláusula, como aseguraron los accionantes. La Corte explicó su conclusión asegurando que su aplicación debería responder a hechos objetivos expuestos y acreditados por la Administración, en el acto administrativo que la declare. Asegura, finalmente, que su derecho de defensa se ejercerá impugnando el acto, *primero*, ante la entidad estatal y, *después*, ante la jurisdicción contenciosa administrativa<sup>9</sup>.

La Corte complementa su argumentación señalando que el contratista tiene la oportunidad de participar en las actuaciones previas adelantadas por la

---

<sup>5</sup> Ibid. p. 12.

<sup>6</sup> Ibid. p. 13.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 569 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>9</sup> Ibid.

Administración en el seguimiento del contrato, pudiendo rebatirlos, concretamente, en las visitas e informes elaborados por terceros. Por lo anterior, expresa que esas actuaciones previas se consideran como el «procedimiento» para que le permita declarar la caducidad, garantizando la audiencia del contratista, y su derecho a conocer y participar en la decisión de la entidad<sup>10</sup>.

Como sostiene Montoya Penagos, estos argumentos podrían extenderse por analogía a la terminación unilateral por incumplimiento; sin embargo, como él, tampoco se comparte esta posición. Este entendimiento del debido proceso es extremadamente reduccionista, porque circunscribe su aplicación a la oportunidad de impugnar las decisiones –en sede administrativa y judicial–, y de participar en las actuaciones que, en realidad, hacen parte de la ejecución normal de los negocios, y no de la adopción de las decisiones administrativas. Con esto se desconocen los elementos esenciales que integran este derecho constitucional.

Sin embargo, y como explica el autor, esta no es la línea jurisprudencial predominante, sino que por el contrario es la minoritaria, porque la Corte defiende la imposibilidad de adoptar decisiones de plano, porque el debido proceso no se reduce a la impugnación de las decisiones, sino que aplica a toda la actuación administrativa que se tramita para expedirla, y se amplía hasta su comunicación e impugnación<sup>11</sup>. Si bien Montoya Penagos defiende la imposibilidad de tomar decisiones de plano, por aplicación del debido proceso, también señala que el Consejo de Estado sostuvo que la terminación unilateral por incumplimiento no se somete a las reglas del derecho público, y no se manifiesta en un acto administrativo, por lo cual no se requiere un procedimiento previo, reduciendo este derecho fundamental<sup>12</sup>.

Posteriormente, el autor propone una *segunda* hipótesis, la existencia de un derecho potestativo del contratista cumplido, que lo autoriza para desistir del negocio, sin necesidad de pronunciamiento judicial<sup>13</sup>. En este caso, ya no existe una terminación de plano, sino una declaración unilateral de la Administración que finaliza la ejecución. Montoya resalta que esta es la forma más «común» en que se incluye la cláusula, porque la primera supone una comprensión más teórica que práctica, ya que su aplicación depende de la valoración del hecho constitutivo de incumplimiento. Esta requiere una manifestación anterior donde se exprese la voluntad de desistir de la relación, porque el contratista podría entender que puede continuar la ejecución<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> MONTOYA PENAGOS, Op. cit., p. 13.

<sup>12</sup> Ibid. p. 14.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Ibid. p. 14.

Luego de expresar la importancia de analizar la garantía del debido proceso en ambos supuestos, señala que de la posición jurisprudencial que escinde la terminación unilateral por incumplimiento de las normas del régimen jurídico público, y niega su aplicación mediante actos administrativos, se deduce que el procedimiento será el mismo que el utilizado por los particulares. De acuerdo con esto, la decisión podría adoptarse de plano o mediante un procedimiento sumario constituido por requerimientos previos, con la intención de que el deudor ajuste su conducta. En los dos casos es preciso que se comunique la decisión al contratista, conforme al debido proceso<sup>15</sup>.

Con base en una sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, explica que el derecho civil y comercial no desarrolla de forma exhaustiva el debido proceso, sino que la defensa del contratista inicia en sede judicial, con posterioridad a que se le informe sobre la decisión, eliminando la posibilidad de que se defienda antes de que se adopte. Con base en esto, expresa la necesidad de acudir a las normas sobre el procedimiento administrativo, pues si bien finaliza con un acto administrativo, la participación es un presupuesto de legalidad y legitimad de la decisión. Finaliza problematizando el argumento con la posición jurisprudencial que niega la naturaleza de acto administrativo<sup>16</sup>.

Aunque se adelanta que la conclusión es la misma que la del autor, se considera importante partir de otros supuestos y argumentos para elaborarla, porque es necesario partir de entender el debido proceso como derecho fundamental, aplicable a todas las actuaciones administrativas, sin excepción. Está definido en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual establece que se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y que conforme a él nadie puede juzgarse sino conforme a leyes preexistentes, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. También dispone que las personas se presumen inocentes, y tienen derecho a la defensa, a que no se presenten dilaciones injustificadas, a presentar pruebas, a controvertir las que existan en su contra, a impugnar la sentencia y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Ibid. p. 16.

<sup>16</sup> Ibid. p. 16

<sup>17</sup> La norma establece: «Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

»Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

»En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

»Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado

Conforme a la norma, es claro que no se restringe a los procesos judiciales, sino que se extiende, de forma especial, a las *actuaciones administrativas*. La expansión del derecho al ámbito de la administración es ampliamente reconocida por la jurisprudencia y la doctrina. Esta señala que se constituye como una exigencia para las autoridades administrativas, que les supone vigilar el cumplimiento de la forma, la competencia y la contradicción, para que se generen adecuadamente las decisiones correspondientes<sup>18</sup>.

Por su parte, el Consejo de Estado, al analizar la declaración de caducidad, aseguró que con la introducción del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 se positivizó el debido proceso como principio rector de la contratación estatal, afirmando aquello que es constitucionalmente indiscutible, pero que materialmente tiene dificultades. Aclara que la expedición de la norma no implica que solo en ese momento la contratación estatal debió ajustarse a ese derecho, porque la Constitución rige por sí misma, máxime al no integrar la necesidad de colaboración legislativa para su ejercicio<sup>19</sup>.

Es importante no obviar que el debido proceso aplica directamente a las actuaciones administrativas, por disposición constitucional. Esto significa que no importa el régimen jurídico que se le aplique a cualquiera de ellas, es decir, si son las normas especiales de derecho administrativo o las mismas de los particulares. Ahora, lo que podría cuestionarse, en la línea de Montoya Penagos, es si la imposición de la terminación unilateral por incumplimiento, al fundamentarse en normas de derecho privado, constituye el verdadero ejercicio de una actuación administrativa que finaliza con la expedición de un acto administrativo.

Este aspecto es especialmente problemático porque, como se explicó, existe jurisprudencia del Consejo de Estado que niegan la naturaleza de acto administrativo de la decisión de terminar unilateralmente por un incumplimiento. Esta postura se agrava con la sentencia de unificación del 3 de septiembre de 2020, en la cual se definió la naturaleza de los actos precontractuales de las entidades exceptuadas. La providencia señaló que no se pueden expedir actos administrativos sin habilitación legal clara. Partiendo de que el régimen contractual de las empresas de servicios públicos es de derecho privado –para sus actos y contratos–,

---

escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

»Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso».

<sup>18</sup> AGUDELO RAMÍREZ, Martín. El proceso jurisdiccional. 2° Ed. Medellín: Librería jurídica Comlibros y Cia Ltda, 2007. pp. 40-41.

<sup>19</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010. Exp. 16.367. C.P. Enrique Gil Botero.

consideró que los actos jurídicos precontractuales y contractuales que emitidos no son administrativos<sup>20</sup>.

En principio, podría pensarse que es posible extender esta conclusión a la decisión de hacer efectiva la cláusula, porque su fundamento es el derecho privado y el contrato mismo, de forma que en los términos de la sentencia referenciada, no existe un fundamento para expedir el acto administrativo. Sin embargo, se considera que esta no es la manera adecuada para identificar si una actuación de la Administración se constituye como tal. Se entiende que lo que define al acto administrativo es la presencia de ciertos elementos que lo definen y caracterizan.

Adoptando la definición propuesta por Marín Cortés, quien lo entiende como una declaración unilateral de voluntad proveniente de cualquier órgano del Estado cuando ejerza función administrativa, de control o electoral, o de particulares que desempeñen funciones públicas, y que produzcan efectos jurídicos<sup>21</sup>. La declaración que termina unilateralmente el contrato por un incumplimiento cumple con los elementos de la definición, constituyéndose como verdaderos actos administrativos. Es indudable que es el producto de una declaración de voluntad, pues, concretamente, su finalidad es expresar la decisión sobre si un hecho constituye un incumplimiento que suponga la finalización de la relación jurídica.

Tampoco existe duda de que sea unilateral, porque justamente es una de las características propias de la cláusula. Es claro que luego de su expedición se producen efectos jurídicos, siendo el principal la finalización del contrato, y posiblemente algunos adicionales como la imposición de la cláusula penal. Sin embargo, el elemento que se discute es si se adoptan en ejercicio de una función administrativa. Para empezar, es preciso partir de una idea que sostiene Montoya Penagos: que el régimen jurídico que el legislador le asigne a una actividad u órgano no modifica su naturaleza, en otras palabras, independientemente de las normas aplicables la función sigue siendo administrativa y la entidad estatal.

La definición de qué es una función administrativa es un tema ampliamente discutido por la doctrina, que propone varias nociones igualmente insuficientes, porque ninguna de ellas logra abarcar la totalidad de las variables que la integran. Sin embargo, el texto no se centrará en proponer una definición propia, sino que se partirá de entender que la contratación estatal es una manifestación típica de la misma, que se ajusta a la conceptualización propuesta por Marín Cortes, es decir,

---

<sup>20</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 3 de septiembre de 2020. Exp. 42.003. C.P. Alberto Montaña Plata.

<sup>21</sup> MARÍN CORTÉS, Fabián G. El concepto de acto administrativo. En: Las fuentes del derecho administrativo. Texto inédito. p. 9.

es una actividad práctica y continua, destinada a la ejecución de normas jurídicas con la intención de satisfacer el interés general<sup>22</sup>.

En esa medida, la terminación unilateral por incumplimiento supone el ejercicio de una actuación administrativa que finaliza con la expedición de un acto de esa naturaleza. Por esta razón, es preciso garantizar el derecho al debido proceso al adoptar esa decisión, lo que implica la inviabilidad de la *primera* hipótesis presentada por el autor –pero no compartica– para imponer la cláusula –que opere de plano–, porque esto constituiría una violación al debido proceso en varias de sus dimensiones, entre ellas, la imposibilidad de que el contratista se defienda.

Esta posición la adoptó el Consejo de Estado en una sentencia del 11 de octubre de 2021, al referirse específicamente a los procedimientos administrativos contractuales sancionadores. Explicó que el debido proceso es determinante en ese caso, porque podrán resultar afectados varios derechos de los contratistas. Además, que por la gravedad de las sanciones contractuales es prohibido que se impongan de plano, por lo que la Administración, antes de su aplicación, tendrá que tramitar un procedimiento que satisfaga las exigencias del derecho constitucional<sup>23</sup>.

## **2. El debido proceso en la aplicación de terminación por incumplimiento: procedimiento administrativo empleado**

La garantía del derecho al debido proceso no se agota en un solo aspecto, por el contrario, este es complejo y supone la observancia de varias reglas y principios. Al explicarlo, el Consejo de Estado señaló que esta impone, según los criterios de justicia administrativa, al competente para dirigir la actuación, que se observe el procedimiento previamente establecido en la ley, en todos los casos en las que se vayan a crear, modificar o extinguir un derecho o imponer una sanción<sup>24</sup>. En otra providencia explicó que para proteger ese derecho, cuando la Administración fuera a adoptar una decisión que afecte los derechos e intereses del contratista garantizaría que pueda participar en la etapa previa a su expedición, para que ejerza su derecho de defensa y contradicción<sup>25</sup>.

Montoya Penagos, partiendo de la importancia de aplicar un procedimiento administrativo para satisfacer las exigencias del derecho, consideró determinante

---

<sup>22</sup> MARÍN CORTÉS, Fabián G. Los servicios semipúblicos domiciliarios. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2010. p. 29.

<sup>23</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 10 de octubre de 2021. Exp. 53.479. C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ.

<sup>24</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 22 de septiembre de 2021. Exp. 53.479. C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ.

<sup>25</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 10 de octubre de 2021. Exp. 53.479. C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ.

identificar el requerido para terminar unilateralmente el contrato, tanto para las entidades sometidas a la Ley 80 de 1993, como para las exceptuadas del Estatuto. Con ese mismo enfoque se analizará el tema en este texto.

*i) El caso de las entidades sometidas al EGCAP.* En el caso de que la terminación unilateral sea por un incumplimiento es sencillo definir el procedimiento aplicable. El artículo 17 de la Ley 1150 definió específicamente que el debido proceso es un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. La disposición otorgó a la entidad la facultad para imponer una multa o declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal, imponiendo que la decisión esté precedida de una audiencia con un procedimiento mínimo que garantice el derecho. Si bien la disposición se enfocó en dos posibles decisiones diferentes a la cláusula analizada, definió que este regiría estas actividades contractuales, lo que es suficiente para entender que efectivamente le aplica a la terminación unilateral.

Como señala Montoya Penagos, esto se concretó en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en la cual se dispuso un procedimiento para declarar el incumplimiento, cuantificar los perjuicios, imponer las multas y sanciones pactadas, y hacer efectiva la cláusula penal. Asegura que este aplica al trámite de la actuación para declarar la caducidad del contrato, decisión que podrá compaginarse con la imposición de la cláusula penal y demás sanciones pecuniarias. Además, señala que en los casos donde la terminación unilateral provenga de las cláusulas de la naturaleza del derecho civil o comercial también se tramitarán por ese procedimiento, porque la lectura sistemática de la normativa permite esta conclusión, al tener en cuenta los efectos nocivos de su aplicación.

Sin embargo, la caducidad no es la única forma de terminación de los contratos estatales; existen «otras» formas que no incluyen causales relativas al incumplimiento, concretamente, las dispuestas en los artículos 17 y 44 de la Ley 80 de 1993. En este caso también es claro que se requiere un procedimiento administrativo previo en el cual se garantice el debido proceso, aunque no se trate de causales que configuren una sanción, pues no dependen, necesariamente, de una situación que se le reproche al contratista.

Por esta razón, no es posible aplicar directamente el artículo 86 de la Ley 1474 para todas las formas de terminación, porque se estableció para declarar el incumplimiento, imponer multas y sanciones y hacer efectiva la cláusula penal, lo que no ocurre en todas ellas. Solo en aquellas donde se declare el incumplimiento, podrá tramitarse por aquel. Para los restantes es necesario realizar el procedimiento conforme a la regulación de la Ley 1437 de 2011, tanto por la remisión hecha en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, que permite aplicar las normas de la función administrativas a las actuaciones contractuales, como por lo

dispuesto en el CPACA, pues define sus disposiciones como supletorias de los procedimientos especiales.

Definir qué procedimiento se utilizará, si el general o el sancionador, es un asunto que implica un análisis específico de cada causal, para identificar si su declaración constituye o no una sanción. Por ejemplo, en el caso de la establecida en numeral 2, es decir, cuando proceda por muerte o incapacidad física permanente del contratista –si es persona natural– o por disolución de la persona jurídica, es evidente que no constituye una sanción, sino la verificación de un hecho –casi objetivo– que impide que se continúe la ejecución.

*ii) El caso de las entidades exceptuadas del EGCAP.* Para este caso especial, señala el autor, el análisis comporta mayores retos, porque el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 restringe su ámbito de aplicación a las entidades sometidas. En este caso, se considera relevante cuestionar si estas entidades tienen la capacidad de regular el procedimiento en su propio manual de contratación. Esta posibilidad está proscrita, porque los procedimientos tienen reserva legal. La conclusión se soporta en una providencia del Consejo de Estado, donde declaró la nulidad del artículo 87 del Decreto 2.474 de 2008, que facultaba a las entidades a incluir en sus manuales de contratación el procedimiento para imponer las multas pactadas<sup>26</sup>.

La sentencia concluyó que la norma contravenía el ordenamiento, porque permitía que las entidades ejerzan la competencia del legislador, quien cuenta con la reserva para establecer los procedimientos administrativos sancionadores. Precisó que las entidades solo podían establecer trámites internos, asuntos de organización *ad intra*, no aplicable a los externos, y que no podrían condicionar, limitar, añadir o agregar etapas requisitos o trámites al legalmente previsto<sup>27</sup>. En esa medida, es clara la imposibilidad de que las entidades exceptuadas dicten su propio trámite, sino que deberán supeditarse a alguno establecido en la legislación.

Como concluye el autor, las entidades aplicaran uno de los procedimientos definidos en la Ley 1437 de 2011, porque son los pertinentes cuando no existe un procedimiento especial. Sin embargo, Montoya señala que la dificultad está en determinar cuál de los dos es el pertinente, lo cual no solo tiene implicaciones teóricas, sino prácticas, porque el sancionador incluye etapas diferentes y más extensa, por ejemplo, la garantía del pliego de cargos. Asegura que validar la conclusión implica definir qué es sanción administrativa y cuál es la naturaleza jurídica de la terminación unilateral por incumplimiento.

---

<sup>26</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. Exp. 36.054. C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>27</sup> Ibid.

Luego de analizar la definición de sanción en sentido estricto y amplio, explicó que la terminación unilateral solo es posible por el incumplimiento culpable del contratista, por lo que no podría sancionarse ante ausencia de responsabilidad –fuerza mayor o caso fortuito, por ejemplo–. Por esto, asegura que la culpabilidad impacta en las causas y consecuencias de la terminación, por lo que es preciso asignarle naturaleza sancionadora a la imposición de la cláusula, por lo cual es necesario aplicar el procedimiento sancionador del CPACA.

A continuación aseguró que el debido proceso no es solo una garantía a favor de los particulares, sino que también aplicará cuando son los particulares quienes tienen la facultad de terminar el contratos son estos. Señala que en ese caso no se expide un acto administrativo, y la decisión no está precedida por procedimientos de la misma naturaleza. Se requiere respetar ese derecho de la entidad, específicamente el de defensa y contradicción, para lo que bastaría un procedimiento ágil, sumario y previo, siempre con la posibilidad de que la Administración acuda ante el juez del contrato para discutir los desacuerdos<sup>28</sup>.

## Bibliografía

### Doctrina

AGUDELO RAMÍREZ, Martín. El proceso jurisdiccional. 2º Ed. Medellín: Librería jurídica Comlibros y Cia Ltda, 2007. 438 p.

MARÍN CORTÉS, Fabián G. El concepto de acto administrativo. En: Las fuentes del derecho administrativo. Texto inédito. 94 p.

MARÍN CORTÉS, Fabián G. Los servicios semipúblicos domiciliarios. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2010. 624 p.

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

### Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 569 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. Exp. 36.054. C.P. Enrique Gil Botero.

---

<sup>28</sup> Ibid. p. 25.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010. Exp. 16.367. C.P. Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 3 de septiembre de 2020. Exp. 42.003. C.P. Alberto Montaña Plata.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 10 de octubre de 2021. Exp. 53.479. C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

