

QUANTUM DEL INCUMPLIMIENTO Y COMPETENCIA TEMPORAL DE LA CLÁUSULA DE TERMINACIÓN UNILATERAL¹

Santiago Álvarez Hernández²

RESUMEN. La cláusula de terminación unilateral por incumplimiento no solo representa varios retos hermenéuticos en cuanto a su validez, sino también respecto a algunos problemas prácticos en su pacto y ejercicio. Particularmente, la ausencia de pronunciamientos de la jurisdicción, de la doctrina y del ente rector de la contratación pública impiden determinar el *quantum* del incumplimiento que se requiere para emplear la cláusula, la posibilidad de que las partes acuerden este aspecto y el momento en el cual puede ejercerse. Con el fin de coadyuvar las ideas del investigador principal, el profesor Juan David Montoya Penagos, el texto aborda las referidas problemáticas, destacando la aridez conceptual en la materia.

Introducción

Superados los análisis concernientes a la validez de la cláusula, conviene estudiar el supuesto de hecho que permite ejercerla: el incumplimiento. De esa forma, el CEDA lo analiza, en la última sesión la cláusula unilateral por incumplimiento, con el propósito de aportar a la investigación del profesor Juan David Montoya Penagos. En este caso se presentan dos problemáticas centrales: por un lado, la definición de incumplimiento y la posibilidad de que las partes acuerden la magnitud requerida para ejercer la cláusula. Y, por el otro, el plazo o momento en el cual se puede ejercer.

Con estos problemas se nota que la cláusula no es solo discutible en el ámbito de su validez, sino que su ejercicio supone retos significativos para la coherencia del sistema, y para la articulación entre las lógicas de la contratación

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 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 el 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 V básico, adscrito al Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA–.

privada y el cumplimiento de funciones administrativas. Lo anterior, especialmente porque no existen disposiciones que resuelven o iluminen con fuerza lo oscuro de las dificultades, pero sobre todo ante la ausencia de pronunciamientos certeros de la jurisprudencia y la doctrina.

1. Incumplimiento grave como presupuesto para la terminación unilateral

En primer lugar, Montoya Penagos construye un concepto de *incumplimiento* con apoyo en el lenguaje natural, aportes doctrinarios y una providencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado. De ese modo, argumenta que el cumplimiento, el concepto opuesto, está estrechamente relacionado con el pago efectivo, como forma de extinción de las obligaciones. El incumplimiento para el autor, entonces, consiste en la conducta que difiere de lo obligado³.

Se está de acuerdo con esta aproximación conceptual del autor, en la medida en que el ordenamiento no establece una definición del término. Se trata de una palabra absolutamente condicionada por la *praxis* jurídico-económica, según la cual las personas adquieren vínculos con el propósito de que las partes ejecuten aquello que se acordó. El supuesto que funda esta idea no es otro que la imposibilidad de satisfacer de forma autónoma cualquier clase de necesidad, de manera que se acude a otro, que tiene la capacidad, aptitud, los recursos o la experticia para satisfacerla. Bajo esa óptica, suplir la necesidad y adquirir algo a cambio motiva suficientemente a las partes para que *cumplan*, de manera que el *incumplimiento* consiste en el desconocimiento de aquello convenido.

No en vano, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define el «incumplimiento de contrato» como la «Vulneración de lo estipulado en un contrato por una o ambas partes». Incluso, complementa la anterior definición mencionando la cláusula analizada, del siguiente modo: «En derecho civil, el incumplimiento por una de las partes da lugar a la facultad de resolver el contrato por la otra sin perjuicio de las indemnizaciones a que pueda dar lugar»⁴. Cabe mencionar que la expresión *incumplimiento* aplica para cualquier ámbito social, y cualquier subsistema normativo, y que en común pueden identificarse acepciones que se refieren a un desvío a la conducta esperada.

Al margen de la definición de incumplimiento, que *a priori* parece pacífica y generalizada, Montoya Penagos propone distinguir entre incumplimientos absolutos e incumplimientos impropios o relativos. Mientras en aquellos se

³ MONTOYA PENAGOS, Juan David. Terminación unilateral por incumplimiento. Capítulo III. Texto inédito. pp. 1-2.

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario panhispánico del español jurídico. Incumplimiento [En línea]. Recuperado de: <<https://dpej.rae.es/lema/incumplimiento-de-contrato>>.

incumple totalmente la prestación debida, es decir, no se *paga* la obligación conforme a lo acordado –no se entregó lo que se debía, no se prestó el servicio o se realizó determinada conducta, cuando se acordó que no se hiciera–; en estos –los impropios o relativos–, si bien existe un pago de lo principalmente debido, dicho pago se realizó de forma tardía o de forma imperfecta. Para ejemplificarlo, menciona que un incumplimiento imperfecto se presenta cuando, en un contrato de obra, el deudor realiza la entrega con unos defectos constructivos que impiden el goce satisfactorio del bien. Y el incumplimiento tardío se ilustra de manera sencilla, en aquellas circunstancias en que se convino una fecha para la entrega de un bien o la prestación de un servicio y el deudor ejecuta la prestación debida en un momento distinto. Al respecto, el autor enfatiza en que existen plazos tácitos, donde es determinante dicho interregno respecto al interés que tiene el acreedor en el contrato⁵.

Establecido lo anterior, Montoya Penagos plantea la primera tesis del capítulo, según la cual el incumplimiento requerido para ejercer la cláusula de terminación por incumplimiento exclusivamente es el *grave*, que recae sobre las obligaciones principales del contrato⁶. Para sostener esto, el autor considera que admitir que la terminación proceda por cualquier incumplimiento implica desconocer la buena fe y el principio de proporcionalidad, porque de los incumplimientos de menor magnitud es suficiente solicitar la ejecución forzada y la correspondiente indemnización de perjuicios. A modo ilustrativo, el autor destaca que la caducidad, en los contratos regidos por el EGCAP, solo procede por incumplimientos que afecten grave y directamente la ejecución del contrato, donde se evidencie que pueden lograr paralizarlo⁷.

Lo problemático del planteamiento, aspecto también reconocido por el autor, radica en la dificultad de delimitar el concepto jurídico indeterminado de «*incumplimiento grave*». Aunque la Administración en un sinnúmero de ocasiones ha impuesto la caducidad, y el Consejo de Estado se ha pronunciado en controversias relacionadas con la potestad en múltiples oportunidades, no existe

⁵ Op. cit., p. 3.

⁶ Ibid., p. 3.

⁷ Ibid., p. 4. En este punto, el autor menciona que, en el caso de las entidades exceptuadas que pacten la cláusula de terminación por incumplimiento, se debe agotar la acción resolutoria tácita. Esto lo argumenta indicando que, si bien el artículo 1546 del Código Civil no dispone la gravedad de la conducta para la resolución, la doctrina ha resaltado dicho presupuesto, debido a que sin tal clase de incumplimiento se arriesgaría el principio de buena fe y el de conservación de los negocios. Aunque se está de acuerdo con este planteamiento del autor, resulta confuso un poco la afirmación inicial, conforme a la cual la acción resolutoria debe agotarse antes que la cláusula, porque parece un poco contradictorio con los planteamientos de los anteriores capítulos, donde sostuvo que, por agilidad y facilidad del cumplido, se podía ejercer la cláusula sin acudir a la jurisdicción previamente (Ibid., p. 4).

un consenso aceptable acerca de los límites y alcances de dicho concepto. Lo que se suele identificar es que se realiza un análisis casuístico, probatorio en el ámbito judicial, donde ponderan las variables o aristas de las circunstancias, para concluir si se configuró o no dicho concepto⁸. En consecuencia, aunque pueda extraerse el concepto implícito que subyace al razonamiento de la judicatura en cada providencia, la omisión de realizar un análisis explícito impide que exista una sistematicidad y coherencia al respecto.

La doctrina de la contratación estatal también ha analizado uno de los objetos principales de la caducidad, y tampoco ha ofrecido una definición absolutamente comprensiva y certera de los incumplimientos graves, porque apenas mencionan las razones por las cuales se justifica un incumplimiento, como sucede con los eximentes de responsabilidad⁹. E, incluso, la Agencia de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, al conceptuar sobre consultas concernientes a los presupuestos de la caducidad, tampoco ha circunscrito el concepto, de manera que no se tiene un criterio definitivo del ente rector de la contratación estatal¹⁰.

Este escenario controvierte la base del planteamiento del autor, porque si bien se admite que resulta razonable concluir que la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento procede exclusivamente ante incumplimientos graves, no es funcional la conclusión, si resulta de difícil aplicación empírica. Lo que es claro, y que en esto Montoya también lo presenta diáfano, es que los

⁸ Nótese que en las Sentencias del 6 de mayo, 19 y 26 de noviembre de 2015, 14 de septiembre de 2017 y 21 de junio de 2018, si bien el Consejo de Estado resuelve asuntos relacionados con «*incumplimientos graves*», no define con perspicacia y profundidad el concepto, sino que simplemente realiza una valoración libre de lo probado y concluye si se configuró en el caso. Esto se explica en tanto la judicatura debe resolver antes que ajustar los conceptos del ordenamiento, pero el hecho es que la jurisprudencia no ofrece certezas en el asunto (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 6 de mayo de 2015. Exp. 36.248. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 19 de noviembre de 2015. Exp. 43.324. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 26 de noviembre de 2015. Exp. 30.252. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 14 de septiembre de 2017. Exp. 27.391. C.P. Danilo Rojas Betancourth; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 21 de junio de 2018. Exp. 33.684. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo).

⁹ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 658; MALLANA CAMACHO, Ernesto; MALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la Administración pública. 4ª ed. 2ª reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015-2017. p. 886; PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8ª ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 2020. p. 512.

¹⁰ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-219 del 29 de abril de 2020; COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-890 de 2022 del 13 de febrero de 2023.

incumplimientos *absolutos* se subsumen con sencillez en el concepto de *incumplimientos graves*, en la medida en que se tratan de una total frustración de la prestación debida.

Por último, en lo que a este punto respecta, Montoya propone que tratándose de los incumplimientos impropios o relativos debe analizarse, caso a caso, la relación del incumplimiento defectuoso con la prestación principal adeudada o la magnitud de la tardanza, respecto al interés del acreedor de recibir en mora el bien o servicio. Incluso, destaca los supuestos relativos al «plazo tácito», donde es absolutamente determinante que la prestación se cumpla en el plazo convenido, porque de otro modo la causa contractual se frustra. De ese modo, la terminación del contrato debe asumirse como la *ultima ratio*, esto es, la posibilidad final que tiene el facultado ante la conducta insuficiente de su deudor¹¹.

Asumir la terminación unilateral por incumplimiento como *ultima ratio* es, además de razonable, necesario. Desde luego, reconocer que los contratos se celebran para cumplirse, y que el fin de las partes consiste en satisfacer una necesidad que otro puede suplir, permite estar de acuerdo con el autor, en el sentido de que las consecuencias jurídicas que devengan en la destrucción del vínculo contractual deben ser las herramientas finales a las que se permita acceder a las partes. Tomar una posición distinta implica habilitar a las partes a terminar la relación por cualquier situación, interpretación que desestimularía abismalmente la celebración de contratos y, a su vez, las relaciones económicas, asunto protegido por el núcleo liberal de las sociedades contemporáneas.

Sin embargo, Montoya se cuestiona si las partes, válidamente, tienen la libertad o competencia para estipular la magnitud del incumplimiento que configura la cláusula. El autor sostiene una tesis afirmativa, según la cual el contrato es un acuerdo de voluntades previsorio, es decir, destinado a anticipar y regular circunstancias que afecten la ejecución esperada. Con esto destaca la caución de sanciones pecuniarias, la constitución de garantías y la vigilancia de un tercero en el cumplimiento de las obligaciones. En su criterio, aunque las entidades sometidas al EGCAP no tienen la atribución para modificar el *quantum* del incumplimiento, en la medida en que existe una norma especial que lo determina, las entidades exceptuadas, en desarrollo de la autonomía de la voluntad, sí pueden acordarlo¹².

Un primer razonamiento que validaría la posición del autor subyace al argumento *a fortiori*: si las partes tienen la capacidad o competencia para estipular una cláusula en virtud del cual pueden terminar la relación, con mayor razón pueden precisar los supuestos que habilitan el ejercicio de la cláusula. En otras

¹¹ Op. cit., pp. 4-5.

¹² Ibid., pp. 5-6.

palabras, si pudieron crear de la nada, están facultadas para moldear lo creado, esto es, la cláusula misma. No obstante, como bien lo sostiene el autor –y como se reseña en seguida– las partes no pueden invadir o reducir al absurdo la buena fe y la proporcionalidad, que debe guiar no solo los negocios de la Administración, sino todos aquellos regidos por el Código Civil y de Comercio. De ahí que la Sección Tercera del Consejo de Estado, en las sentencias del 8 de agosto y 15 de octubre del 2020, resaltara la importancia de la buena fe, como límite para el ejercicio de facultades de terminación unilateral. En la primera, particularmente sostuvo:

«La Sala encuentra que con los actos de declaración de nulidad, terminación y liquidación unilateral, el Hospital San Juan Bautista, en lugar de preservar la ejecución de lo convenido y desplegar un comportamiento que conviniera a la realización y ejecución del Contrato 009 de 2009, como le correspondía por virtud del principio de buena fe, le pusieron fin a dicha relación jurídica. Esta actuación unilateral ilegítima se revela así, como una trasgresión a la buena fe contractual, que, conforme a lo expuesto previamente, constituye un incumplimiento»¹³.

En suma, algunos límites propios del derecho privado, traídos y aplicados en el derecho público, restringen la posibilidad de ejercer indistintamente la cláusula, asunto de alguna manera anómalo en la contratación pública. De hecho, lo usual, tanto en lo conceptual como en la práctica, es que el derecho público se presente como un límite al ejercicio libre del derecho de los contratos, en la medida en que los principios del derecho privado promueven lo contrario. Sin embargo, esta situación demuestra que múltiples fronteras son trazadas desde el mismo Código Civil y Código de Comercio, razón por la cual los regímenes contractuales de la Administración también comparten estas particularidades.

En línea con lo anterior, el autor modula su posición, en el sentido de que considera que el límite a la convención sobre la magnitud del incumplimiento subyace en el principio de buena fe. En efecto, Montoya manifiesta que el ejercicio abusivo de los derechos se encuentra proscrito de forma transversal en el ordenamiento, en virtud de la Ley 1480 de 2011. El autor sostiene que, según esta, son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado entre las partes, y las que condicionan el ejercicio de los derechos, en términos de tiempo, modo o lugar. Montoya advierte lo último en tanto considera que tipificar los incumplimientos que configuran la cláusula impide acudir a otras causas para extinguir las obligaciones, en especial a la acción resolutoria tácita. Lo anterior supone que la interpretación sobre la cláusula sea restrictiva, de tal forma que la

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 18 de agosto de 2020. Exp. 36.875. C.P. Guillermo Sánchez Luque; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 15 de octubre de 2020. Exp. 50.389. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

terminación procede exclusivamente por los supuestos regulados entre las partes; mientras que los no regulados pueden ser objeto de la condición resolutoria tácita, por lo cual el autor recomienda que, junto a la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento, las partes aclaren que subsiste el derecho para ejercer eventualmente aquella –la acción resolutoria tácita–, por supuestos diferentes a los comprendidos por esta –terminación unilateral por incumplimiento–¹⁴.

2. Plazo para el ejercicio de la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento

Otro asunto que problematiza Montoya Penagos consiste en el momento en que puede ejercerse la cláusula de terminación por incumplimiento, puesto que advierte que la acción resolutoria tácita –figura correlativa– debe practicarse dentro de los plazos de prescripción o caducidad. Como primera respuesta, indaga acerca de la posibilidad de aplicar analógicamente la restricción, en cuanto a la competencia temporal exigida para la caducidad, ya que –desde su perspectiva– ambas son condiciones resolutorias expresas. De ese modo, refiere la Sentencia del 12 de julio del 2012, donde la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado determinó que la caducidad aplica exclusivamente en vigencia del plazo de ejecución, dado que al expirar su ejercicio resulta inútil, respecto a uno de los fines de la cláusula excepcional al derecho común: permitir que la entidad tome posesión de la obra, bien sea a través del garante o de otro contratista¹⁵.

Montoya expresa que el anterior planteamiento se admite únicamente en los contratos de tracto sucesivo, porque en los de ejecución instantánea sería imposible imponer la caducidad en caso de incumplimiento. En consecuencia –y esta es otra de las ideas principales del autor–, la vigencia temporal predicada por la jurisprudencia respecto a la caducidad no aplica analógicamente para la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento. De hecho, señala que los razonamientos del Consejo se realizan sobre una norma de derecho público e imperativa, que difiere de los elementos naturales o accidentales del derecho privado, que propugnan por la autonomía de la voluntad¹⁶.

En sentido similar, Montoya precisa que el plazo de caducidad del medio de control de controversias contractuales tampoco resulta aplicable a la cláusula, toda vez que la cláusula supone un modelo de resolución extrajudicial. Ahora, el autor propone asumir posición teniendo en cuenta la clase de contrato. Tratándose de los contratos de prestaciones periódicas –que se cumplen por entregas, por ejemplo–, Montoya afirma que debe imponerse la cláusula siempre que se constituya el incumplimiento grave, ya que dejar pasar varios incumplimientos

¹⁴ Op. cit., pp. 7-8.

¹⁵ Ibid., pp. 8-9.

¹⁶ Ibid., p. 9-10.

impide ejercerla posteriormente. Desde luego, no ejercer la cláusula permite entender que el acreedor está conforme con la conducta del deudor, razón por la cual parece irrazonable que adelante termine unilateralmente el vínculo. Aunque la condición resolutoria tiene efectos retroactivos, el autor precisa que no afecta las prestaciones cumplidas, sino solo aquellas pendientes por ejecutar¹⁷.

A diferencia de estos –aclara Montoya–, en los contratos de ejecución sucesiva o sin plazos de entrega, solo es posible verificar el incumplimiento hasta cuando las obligaciones se hagan exigibles. En principio, el cumplido podría acudir a la cláusula de contrato no cumplido, ya que suspende las obligaciones del acreedor hasta el cumplimiento del deudor. Pero en caso de que este cumpla, debe analizarse la posibilidad de ejercer la cláusula de terminación unilateral por incumplimiento, de acuerdo con el plazo pactado. De no haberse pactado, el autor indica que existen dos normas que regulan el límite para el cumplimiento de las condiciones: por un lado, el artículo 800 del Código Civil, que dispone que toda condición de la que dependa un fideicomiso se tiene por fallida si tarda más de treinta años en cumplirse. Por otro lado, el artículo 23 de la Ley 51 de 1918 prescribe que en el contrato de opción la condición se tiene por fallida si tarda más de un año en cumplirse.

Montoya se decanta por esta última, explicando que la aplicación analógica se justifica en tanto es una norma aplicable a una relación contractual, pero destaca que una práctica prudente consistiría en que las partes acuerden un plazo donde proceda el ejercicio de la cláusula para terminar el contrato. Así mismo, sugiere que las partes condicionen la procedencia de la cláusula a la observancia de un requerimiento previo, con un plazo de gracia para que el deudor cumpla¹⁸.

Bibliografía

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 6 de mayo de 2015. Exp. 36.248. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 19 de noviembre de 2015. Exp. 43.324. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 26 de noviembre de 2015. Exp. 30.252. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁷ Ibid., p. 10.

¹⁸ Ibid., p. 11.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 14 de septiembre de 2017. Exp. 27.391. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 21 de junio de 2018. Exp. 33.684. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Conceptos

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-219 del 29 de abril de 2020.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C-890 de 2022 del 13 de febrero de 2023.

Doctrina

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3^a ed. Bogotá: Legis, 2016. 922 p.

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

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

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La contratación de las entidades estatales. 8a ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 2020. 859 p.

