

FORMATO PQRS

ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Procedimientos contractuales – DERECHO PRIVADO

Las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto de la normativa de contratación pública. Esto quiere decir que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y por ende sus procedimientos contractuales tienen su normativa para su desarrollo, esto es, el derecho privado, lo cual está determinado en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación.

ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Aplicación de los principios de la función pública y control fiscal

No obstante, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo, por lo que no son ajenas a los principios de la función administrativa y el control fiscal, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación pública que son transversales a todas las entidades, sin importar su régimen legal, como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal.

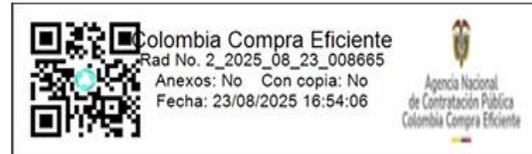
ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Aplicación de las cláusulas excepcionales – CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Terminación del contrato o sanción – Juez competente

En torno a la aplicabilidad de las cláusulas excepcionales, se debe tener en cuenta que éstas no se encuentran contempladas en el derecho común; estas se encuentran limitadas no solo al uso del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sino a algunos tipos de contratos específicos. En ese sentido, la única forma en que una entidad sujeta a un régimen especial pueda usar estas cláusulas es si su norma de creación lo establece. De modo que si una Entidad sujeta al régimen especial requiere sancionar o dar por terminado el contrato debe acudir al juez competente.

FORMATO PQRS

Bogotá D.C., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] de [Año]

Señor
David Ospina Ospina
Davidaloh91@gmail.com
Medellín, Antioquia.



Concepto C- 997 de 2025

Temas: ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Procedimientos contractuales – DERECHO PRIVADO/ ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Aplicación de los principios de la función pública y control fiscal / ENTIDADES CON RÉGIMEN ESPECIAL – Aplicación de las cláusulas excepcionales – CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Terminación del contrato o sanción - Juez competente

Radicación: Respuesta a consulta con radicado No. 1_2025_07_22_007503

Estimado señor Ospina:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 22 de julio de 2025, en la cual manifiesta lo siguiente:

... ¿Para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento del artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015 con ocasión de la terminación unilateral del contrato por incumplimiento. Una entidad estatal NO sometida al EGCAP, debe expedir Acto Administrativo conforme al artículo 2.2.1.2.3.1.19. del mismo Decreto, o el Acto Jurídico Contractual de Derecho Privado hace las veces del mismo?:

FORMATO PQRSD

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

1. Problema planteado:

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento en caso de terminación unilateral por incumplimiento, una entidad estatal no sometida al EGCAP debe expedir un acto administrativo conforme al artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, o basta con el acto jurídico contractual de derecho privado?

2. Respuesta:

En atención al problema jurídico planteado, debe precisarse que de conformidad con lo previsto en los artículos 2.2.1.2.3.1.7 y 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, la efectividad de la garantía única de cumplimiento en los contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP– debe realizarse mediante acto administrativo motivado, el cual constituye título ejecutivo frente a la aseguradora. Sin embargo, en el caso de las entidades estatales no sometidas al EGCAP, como

FORMATO PQRS

ocurre con aquellas que desarrollan su actividad contractual bajo un régimen exceptuado o en competencia y, por tanto, se rigen por el derecho privado, no resulta jurídicamente procedente la expedición de actos administrativos para tal efecto, toda vez que sus decisiones contractuales tienen naturaleza de actos jurídicos de derecho privado.

Lo anterior, atendiendo a que las entidades de régimen especial no cuentan con potestades exorbitantes previstas en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, y que las decisiones que adopten en desarrollo de sus contratos son actos contractuales y no administrativos. En consecuencia, para hacer efectiva la garantía única de cumplimiento con ocasión de la terminación unilateral del contrato por incumplimiento, una entidad estatal no sometida al EGCAP deberá acudir al acto jurídico contractual de derecho privado como soporte idóneo, y no a un acto administrativo, el cual solo procede en el marco del Estatuto General de Contratación.

En tal escenario, la exigibilidad de la garantía se fundamenta en las cláusulas pactadas y en las reglas del derecho privado, particularmente lo dispuesto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio sobre la reclamación de siniestros. Conforme lo establece el artículo 1075 de Código de Comercio, el asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. La compañía aseguradora podrá tomar a su cargo el cumplimiento del contrato sustituyendo al contratista por otro que dé cumplimiento a los derechos y obligaciones derivados del contrato asegurado. En caso de que la reclamación sea objetada por parte de la compañía de seguros, la entidad deberá acudir al juez del contrato mediante la acción de responsabilidad civil contractual contra la contratista, vinculando como tercero civilmente responsable a la aseguradora. De esta manera, en caso de que el contratista sea condenado, el juez podrá ordenar a la aseguradora el pago de los perjuicios hasta el monto pactado como valor asegurado.

3. Razones de la respuesta:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

FORMATO PQRS

En primer lugar, las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto de la normativa de contratación pública. Esto quiere decir que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y por ende sus procedimientos contractuales tienen su normativa para su desarrollo, esto es, el derecho privado, lo cual está determinado en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación.

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente expidió la Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación, que las define como aquellas que contratan con un régimen distinto a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007¹.

No obstante, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo, por lo que no son ajenas a los principios de la función administrativa y el control fiscal, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación pública que son transversales a todas las entidades, sin importar su régimen legal, como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal. Lo anterior es reafirmado por el Consejo de Estado, que destaca las reglas que siguen la contratación de las entidades de régimen especial:

“[...] en la contratación de las entidades excluidas de la Ley 80 se distinguen perfectamente dos ordenamientos jurídicos: uno prevalente, el derecho privado, que aporta todas sus instituciones, reglas y principios y las pone al servicio de los contratos de dichas entidades; y otro, secundario, referido a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal —pero no a la Ley 80 de 1993, con sus reglas particulares—, que inspiran al régimen anterior con valores propios del derecho público.

La Sala entiende que el régimen preponderante domina y aporta el gran volumen de normas contractuales y que el régimen inspirador influye y ayuda a interpretar pero también transforma parte de esas instituciones, porque se suma a ellas, lo que no siempre se logra conservando intacta la institución privada sino introduciéndole modificaciones.

¹ Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación: “Entidad Estatal de régimen especial: Entidad Estatal que realiza sus Procesos de Contratación con un régimen distinto al previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007”.

FORMATO PQRS

La función que cumplen los principios públicos también se representa en la necesidad práctica —normalmente no por orden de una norma— de expedir un reglamento interno de contratación que concrete la mayor parte de aportes de esos principios a la transformación de las reglas del derecho privado. Es por esta influencia que surge la necesidad de contar con procesos de selección de contratistas que garanticen la libre concurrencia, la igualdad de oportunidades de acceso a los negocios del Estado, la transparencia y en general los demás valores propios de la gestión de lo público².

Ahora bien, en torno a la aplicabilidad de las cláusulas excepcionales, se debe tener en cuenta que éstas no se encuentran contempladas en el derecho común; estas se encuentran limitadas no solo al uso del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sino a algunos tipos de contratos específicos. En ese sentido, la única forma en que una entidad sujeta a un régimen especial pueda usar estas cláusulas es su norma de creación lo establece. De modo que si una Entidad sujeta al régimen especial requiere sancionar o dar por terminado el contrato debe acudir al juez competente³.

Para el ejercicio de estas potestades exorbitantes, en particular, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, a la Ley 80 de 1993 y a la Ley 1150 de 2007⁴. Así se desprende del primer inciso de aquel artículo, que dispone: “*Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública* podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento [...]”. De ahí que, solo por esta razón, las entidades de régimen especial en materia contractual no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no ser entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de octubre de 2016. Radicado No. 45.607. Consejera Ponente: María Nubia Velásquez Rico.

³ Sobre las entidades de régimen especial, se puede consultar su definición y un listado aproximado de este tipo de entidades en: BARRETO MORENO, Antonio A. El derecho de la compra pública. Legis - Universidad de la Sabana, primera edición, Bogotá, 2019.

⁴ En efecto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 dispone: “*Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública* podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal (...).

FORMATO PQRSD

Administración Pública⁵, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este. Así pues, si bien, hay entidades de régimen especial que tienen la competencia para hacer uso de cláusulas excepcionales, como las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios⁶ y las empresas sociales del Estado⁷.

Desde hace cierto tiempo se ha presentado un intenso debate al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, acerca de la posibilidad de que las entidades con régimen especial de contratación pacten cláusulas unilaterales y ejerzan autotutela declarativa, imponiendo las sanciones pactadas en el contrato⁸. No obstante, dicho debate se ha ido zanjando en la jurisprudencia

⁵ Debe recordarse que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública son las que se señalan en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Esta disposición establece: "Para los solos efectos de esta ley:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos".

⁶ El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, indica: "Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

Parágrafo. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993".

⁷ El artículo 195, numeral 6 de la Ley 100 de 1993 establece que las empresas sociales del Estado: "En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública".

⁸ Providencias que avalaron dicha tesis fueron las siguientes: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencias del 20 de febrero de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expedientes: 56939 y 56562. En cambio, la consideración de que las entidades de régimen especial, por regla general, no pueden ejercer esta potestad sancionatoria, se

FORMATO PQRSD

reciente, la cual ha reconocido la validez de pactar cláusulas de ejercicio unilateral, conforme indica la Sentencia de Unificación del 9 de mayo de 2024 expedida por la Sección Tercera de la referida corporación judicial, en la que se realizaron las siguientes consideraciones:

“52. Tan precisa, directa y reveladora es la voluntad contractual como fuente de las obligaciones, que el legislador la revistió de carácter normativo al asignar efectos de ley al contrato; de esa manera las partes definen en unión y de común acuerdo todo el negocio jurídico incluyendo, si así lo convienen, la liquidación por parte de una de ellas, sin que se advierta en el ordenamiento jurídico algún impedimento para llegar a un pacto en tal sentido. Este tipo de acuerdos entre sujetos de derecho privado es válido, de manera que cuando la Administración funge como tal, es decir, cuando su actividad se sujeta a las normas de derecho civil o comercial, está en posibilidad de estipular estas cláusulas y las demás que autoriza el ejercicio de la autonomía de la voluntad, como cualquier otro sujeto que actúa en el ámbito de la *lex privata*.

53. Aunque este entendimiento es pacífico en la actual jurisprudencia, ello no siempre fue así. En lo que atañe al pacto de este tipo de cláusulas en contratos sometidos al derecho privado, esta Colegiatura sostuvo que las entidades estatales exceptuadas del estatuto de contratación pública no podían convenir tales estipulaciones, porque no contaban con la habilitación legal para hacerlo; sin embargo, la jurisprudencia recondujo esa postura para precisar que en tales casos, *“el pacto de cláusulas accidentales mediante las cuales se prevé el ejercicio de facultades tales como la terminación unilateral o la liquidación unilateral, entre otros se funda primordialmente de la autonomía dispositiva [por lo que] resulta viable que las partes del contrato puedan pactar cláusulas accidentales que impliquen la utilización de mecanismos tales como la cláusula penal, la imposición de multas, la terminación unilateral o la liquidación unilateral del contrato, entre otros, siempre y cuando que esas estipulaciones no vayan en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe objetiva, ni mucho menos que comporten un ejercicio abusivo de un derecho, ni contraría el orden público”*

54. De manera que cuando una entidad estatal celebra un contrato que se rige por las normas del derecho privado, es legalmente admisible que se pacten cláusulas cuya ejecución corresponda a una de ellas, aunque el ejercicio de tales facultades no tenga origen en una prerrogativa atribuida por ley a la contratante, sino en la libertad contractual en la que se

plantea en las sentencias del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. 1 de agosto de 2018. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Expediente: 39277. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B sentencia del 14 de febrero de 2019. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 38937.

FORMATO PQRS

fundamentó dicho acuerdo, de modo que si la entidad materializa las atribuciones unilaterales pactadas a través de éstos, se trata de actos contractuales y no administrativos”⁹.

De acuerdo con el criterio establecido en la providencia en cita, resulta claro que las entidades estatales sometidas regímenes especiales de contratación, si bien no tienen potestad sancionatoria por mérito de la ley, tienen la posibilidad de acudir a la autonomía de la voluntad para pactar el ejercicio de potestades unilateral. Sin embargo, los actos a través de los cuales se materialice el ejercicio de potestades unilaterales emanadas del ejercicio de la autonomía de la voluntad, en el marco de contratos estatales exceptuados del EGCAP, no pueden ser equiparados a actos administrativos, conforme lo precisa la providencia de unificación en cita al indicar que:

“55. En esta línea, conviene enfatizar que “[I]o que no puede pactarse es la facultad de proferir un acto administrativo ... [I]a liquidación unilateral del contrato mediante acto administrativo comporta el establecimiento de una potestad prevista solo para las entidades estatales en los contratos sujetos al estatuto de contratación pública, en los cuales se pueden expedir actos administrativos con fuerza ejecutoria en los que se establezca el saldo del contrato y se creen, de ser el caso, obligaciones patrimoniales a cargo del contratista; en la medida en que tales actos gozan de presunción de legalidad, le incumbe al Contratista la carga de desvirtuarla judicialmente”.

56. Como fruto de tal entendimiento, esta Corporación puntualizó que “cuando una entidad estatal, regida por derecho privado, pacta una cláusula que confiere una facultad unilateral, al igual que ocurre con los privados, no debe entenderse nada diferente a que, en igual sentido, está habilitada para acudir a este tipo de pactos. Lo anterior pues, cada vez será más difícil entender cómo, aunque los privados puedan pactar este tipo de cláusulas, cuando la Administración se comporta como un privado más, ella no pueda celebrar estos mismos acuerdos”¹⁰; postura que ha venido siendo reiterada¹¹ y bajo la cual es posible indicar que la naturaleza de los actos unilaterales que emite una entidad estatal en desarrollo de contratos regidos por el derecho privado, se afilia a la categoría de actos contractuales y no a la de actos administrativos¹². En estos términos, cuando una entidad pública está sometida al régimen de derecho común

⁹ Consejo de Estado. Sala Plena. Sección Tercera. Sentencia de Unificación del 9 de mayo de 2024, C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez, Exp. No. 53.962.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera. Subsección B, sentencia del 19 de junio de 2019, Exp. No. 39.800.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera. Subsección B, sentencia del 23 de noviembre de 2022, Exp. No. 66.700.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de octubre de 2021, Exp. No. 36697.

FORMATO PQRS

debe "actuar en las mismas condiciones que un particular, por lo cual no estaba habilitada para expedir un acto administrativo"¹³, ni puede adjudicarse, por sí misma, competencias que son de rango legal¹⁴ -sin perjuicio de aquellas hipótesis en que el legislador ha autorizado de manera excepcional la posibilidad de que las ESP puedan expedir actos administrativos-".

Conforme con lo anterior, es claro que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, es viable que entidades estatales exceptuadas del EGCP, ejerzan la autonomía de la voluntad estableciendo potestades de ejercicio unilateral y fijando los mecanismos para hacerlas efectivas. No obstante, a diferencia de lo que sucede con los actos que se expiden como consecuencia del procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, los actos que resultan del ejercicio de estas potestades no son considerados actos administrativos sino contractuales, lo cual tiene distintas consecuencia, como por ejemplo, la inviabilidad de ser cuestionados a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, sin perjuicio de la procedencia del de controversias contractuales contemplado en el artículo 141 de dicho cuerpo normativo, que, como lo ha indicado la jurisprudencia, es un medio de control "pluripretensional"¹⁵, pues admite canalizar a través de él múltiples pretensiones, como la solicitud de declaratoria de incumplimiento y consecuentemente la imposición de las sanciones estipuladas en el contrato. En efecto, dicho artículo establece que en la demanda se puede pedir "que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas".

Esto resulta coherente con la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que confirma la validez del pacto de poderes unilaterales en el marco de los contratos de derecho privado, como expresión de

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 24 de septiembre de 2020, Exp. No. 44707.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Tercera, Subsección A, Sentencia del 21 de mayo de 2021, Exp. No. 57822.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 12 de diciembre de 2017. Exp. 60.477. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

FORMATO PQRS

la capacidad negocial de las partes amparada su autonomía de la voluntad, que se materializa a través de actos jurídicos unilaterales de derecho privado¹⁶.

En ese orden, si bien el ejercicio de potestades unilaterales no se encuentra previsto para las entidades con régimen de contratación especial, salvo excepciones ya descritas, pueden hacer uso de la autonomía de la voluntad estableciendo estipulaciones que de manera expresa reconozcan la posibilidad de acudir a este tipo de facultades. En todo caso, al no tener origen en la ley sino en la autonomía de la voluntad, los actos que se expidan en ejercicio de tales potestades no tendrían el carácter de actos administrativos sino de actos contractuales.

ii) De otra parte, en cuanto a las garantías en la contratación estatal, ha de tenerse en cuenta que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por regla general, para seleccionar los contratistas y para ejecutar los contratos se requiere la constitución de garantías. Por ello, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 dispone que los contratistas tienen la obligación de constituir garantías para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, y los proponentes por el ofrecimiento realizado, pudiendo consistir en pólizas expedidas por compañías aseguradoras, garantías bancarias u otros mecanismos permitidos por la ley y el reglamento.

Las condiciones en las que debe cumplirse esta obligación fueron reglamentadas por el Decreto 1082 de 2015, el cual entre sus artículos 2.2.1.2.3.1.1. y 2.2.1.2.3.1.19 se refiere a asuntos como las clases de garantías permitidas, la indivisibilidad de estas, los diferentes riesgos que deben ser objeto de garantía, la vigencia y valores mínimos que deben cubrir los amparos, entre otros aspectos que debe cumplir las garantías constituidas por los contratistas ya sea a través de pólizas de seguro, garantías bancarias o patrimonios autónomos.

De acuerdo a con esto, los proponentes o contratistas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones frente a Entidades Estatales en materia contractual, pueden otorgar, a su elección, las garantías mediante los siguientes mecanismos de cobertura de los riesgos: i) contratos de seguro, que por su esencia, es el medio más usado para amparar los riesgos contractuales; ii) fiducia mercantil de garantía, que es un contrato que suscribe el oferente,

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de agosto de 2011, expediente 11001-3103-012-1999-01957-01.

FORMATO PQRS

contratista o un tercero como fideicomitente con una sociedad fiduciaria para transferir la propiedad de uno o más bienes o derechos con los cuales se integra un patrimonio autónomo, con el fin de salvaguardar con ellos o con su producido las obligaciones del oferente o contratista con la Entidad Estatal beneficiaria¹⁷; iii) garantías bancarias o cartas de crédito *stand by*, que consisten en compromisos irrevocables o incondicionales asumidos por una entidad financiera de pagar una suma determinada de dinero¹⁸. La suficiencia y la vigencia de las garantías deben ser las reguladas en los artículos 2.2.1.2.3.1.9 a 2.2.1.2.3.1.16 del Decreto 1082 de 2015.

Con todo, en respuesta a la consulta de la referencia, se debe indicar que este régimen de garantías aplica respecto de los contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Esto significa que, estas regulaciones no resultan *per se* aplicables a las entidades estatales que están sometidas a regímenes especiales, dado que están llamadas a aplicar los mecanismos de cobertura del riesgo que resulten pertinentes de acuerdo con lo establecidos en estatuto interno de contratación.

Al respecto, es importante tener en cuenta que, frente a la implementación de mecanismos de cobertura del riesgo como el contrato de seguro, su aplicación por parte de entidades de régimen especial implica ciertas distinciones en comparación con el régimen de contratación general. Por ejemplo, para la declaratoria del siniestro que da lugar al cobro de la póliza de cumplimiento, las entidades de régimen especial deben seguir las normas del Código de Comercio. Sobre el particular este establece en su artículo 1077 que le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida. Esto resulta particularmente relevante, considerando que, de acuerdo con lo antes explicado, las entidades estatales de régimen especial no tienen la posibilidad de expedir actos administrativos tendientes declarar el incumplimiento, materializar el siniestro y hacer efectivo el amparo de la póliza del seguro de cumplimiento.

¹⁷ Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–. Guía de garantías en procesos de contratación. p. 12. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-plegos-tipo/manuales-y-guias>.

¹⁸ Ibidem., p. 17. La guía además señala en relación con las garantías bancarias y cartas de crédito *stand by*, que “El compromiso del emisor es pagar al primer requerimiento del beneficiario de la garantía, por lo cual no es necesario que la Entidad Estatal demuestre que el incumplimiento efectivamente ha ocurrido, pero antes de cobrar este tipo de garantías, la Entidad Estatal debe llevar a cabo el procedimiento previsto por la ley para declarar el incumplimiento respecto del oferente o contratista”.

FORMATO PQRS

Por lo tanto, una entidad estatal cuyos actos y contratos se rijan por el derecho privado, deberá realizar las mismas actuaciones que el resto de los sujetos de derecho privado; así, para el caso del contrato de seguros, deberá acudir a la aseguradora con el fin de demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios¹⁹.

iii) Por último, conforme lo establece el artículo 1075 de Código de Comercio, el asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. La compañía aseguradora podrá tomar a su cargo el cumplimiento del contrato sustituyendo al contratista por otro que dé cumplimiento a los derechos y obligaciones derivados del contrato asegurado. En caso de que la reclamación sea objetada por parte de la compañía de seguros, la entidad deberá acudir al juez del contrato mediante la acción de responsabilidad civil contractual contra la contratista, vinculando como tercero civilmente responsable a la aseguradora. De esta manera, en caso de que el contratista sea condenado, el juez podrá ordenar a la aseguradora el pago de los perjuicios hasta el monto pactado como valor asegurado.

Sin perjuicio de lo anterior, en el marco de la discrecionalidad que les asiste para configurar el contenidas en sus manuales de contratación, los órganos de decisión que al interior de dichas entidades tengan la competencia para establecer el estatuto interno o manual de contratación, pueden optar por establecer mecanismos de cobertura de los riesgos similares a los establecidos por el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 o incorporar los consideren adecuados a los negocios jurídicos que suscriben. De cualquier modo, los mecanismos que adopten deberán necesariamente enmarcarse en el derecho privado y actuar como particular, lo anterior enmarcado en la autonomía de la voluntad que imprime las cláusulas pactadas en los contratos o convenios a celebrar.

4. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:

- Constitución Política, artículos 209 y 267.
- Ley 80 de 1993, artículos 2, 14, 32
- Ley 1150 de 2007, artículos 2, 11, 13, 14 y 17.
- Ley 1474 de 2011, artículos 86 y 93.

¹⁹ Así se sostuvo en la sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 19 de junio de 2019. Radicado: 85001-23-31-001-2008-00076-01(39800). C.P. Alberto Montaña Plata.

FORMATO PQRS

- Ley 1437 de 2011, artículos 137 y 141.
- Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 19 de agosto de 2004 Exp. 12.342, reiterada en sentencia de 6 de febrero de 2006, Exp. 13.414.
- Consejo de Estado. Sala Plena. Sección Tercera. Sentencia de Unificación del 9 de mayo de 2024, C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez, Exp. No. 53.962.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera. Subsección B, sentencia del 19 de junio de 2019, Exp. No. 39.800.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera. Subsección B, sentencia del 23 de noviembre de 2022, Exp. No. 66.700.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de octubre de 2021, Exp. No. 36697.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 24 de septiembre de 2020, Exp. No. 44707.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contenciosos Administrativo. Tercera, Subsección A, Sentencia del 21 de mayo de 2021, Exp. No. 57822.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 12 de diciembre de 2017. Exp. 60.477. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de agosto de 2011, expediente 11001-3103-012-1999-01957-01

5. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha analizado la naturaleza jurídica y el régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado en los conceptos 2201913000009314 del 17 de diciembre de 2019 –dentro del radicado 4201913000001662–, C-251 del 27 de mayo de 2020, C-280 del 6 de julio de 2020, C-253 de 2 de junio de 2021, C-280 del 6 de julio de 2020, C-616 de 3 de noviembre de 2021, C-176 del 6 de abril de 2022 , C-857 de 13 diciembre de 2022, C -424 del 25 de octubre de 2023, C-501 de 30 de septiembre de 2024 y C-155 del 7 de marzo de 2025,



FORMATO PQRS

entre otros. Adicionalmente, se ha referido a la aplicación de potestades excepcionales y del procedimiento administrativo sancionatorio por entidades de régimen especial en los conceptos C-219 del 29 de abril de 2020, C-434 del 29 de julio de 2020, C- 365 del 8 de junio de 2022, C- 492 del 9 de octubre de 2024, C-1005 de 2024, emitido el 13 de enero del 2025, y el C-332 del 28 de abril de 2025, C-449 de 2025. Estos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual puede accederse a través del siguiente enlace:

<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

También, te contamos que ya publicamos la nueva **Guía de Contratación Pública Sostenible y Socialmente Responsable**. Esta guía es un instrumento clave para integrar buenas prácticas en la contratación estatal, promoviendo los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) a través de criterios y obligaciones ambientales y sociales en todas las etapas del proceso. Puede consultar la guía en el siguiente enlace: [Guía de Contratación Pública Sostenible y Socialmente Responsable | Colombia Compra Eficiente | Agencia Nacional de Contratación Pública](#).

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Original Firmado
Carolina Quintero Gacharná

Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE



FORMATO PQRS

Elaboró: Gloria Elizabeth Arango Builes
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1 – 15 de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Carolina Quintero Gacharná
Subdirectora de Gestión Contractual - ANCP – CCE