

CONTRATO ESTATAL – Régimen jurídico

Respecto al régimen jurídico de las *entidades sometidas*, es necesario tener en cuenta que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública define los contratos de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública. Sin embargo, se trata de un listado enunciativo, pues la Ley 80 de 1993 se integra con las tipologías contractuales previstas en el derecho privado. Por ello, el inciso primero del artículo 13 dispone que “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 20. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.

RÉGIMEN EXCEPCIONAL – Justificación – Criterios de clasificación

La existencia de entidades exceptuadas del EGCAP se ha justificado por alguna de las siguientes tres (3) circunstancias: i) facilitar la competencia económica –como ocurre actualmente respecto al régimen de los servicios públicos domiciliarios–, ii) flexibilizar el ejercicio de la función administrativa –como en los contratos del Banco de la República o los de ciencia y tecnología– o iii) establecer un régimen especial sin excluir por completo la aplicación de la Ley 80 de 1993 –como ocurre en la operaciones del crédito público–. Para estos efectos, la doctrina ha identificado 171 entidades y contratos que manejan un régimen excepcional, los cuales se clasifican de acuerdo i) al sector económico, ii) la asignación de un esquema legal especial, iii) el objeto del contrato celebrado y iv) la existencia de fondos que administran recursos públicos.

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Naturaleza – Régimen Especial

Respecto a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, conviene señalar, acorde con lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-736 de 2007, que aquellas son entidades descentralizadas por servicios, independientemente de la naturaleza y porcentaje de su capital. En otras palabras, aunque el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 establece que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios pueden ser *oficiales*, *mixtas* o *privadas*, estas tres especies ingresan en la categoría de las *entidades descentralizadas por servicios*. Adicionalmente, debe recordarse que en dicha Sentencia el alto tribunal afirmó que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios *mixtas y privadas* son tipos *especiales* de entidades descentralizadas por servicios que, por tanto, no pueden encasillarse en las otras especies de entidades descentralizadas por servicios enlistadas en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, es decir, que no cabe considerarlas, verbigracia, dentro de las sociedades públicas ni en las sociedades de economía mixta.

ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Definición – Reglas aplicables –

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.

Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial están facultadas legalmente para aplicar reglas distintas a la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, ello estará definido en la norma que crea el régimen especial y será desarrollado en el manual de contratación, con el fin de que se puedan identificar las reglas que aplican en la 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 2007.

CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Remisión Especial – Empresas de Servicios Públicos – Artículo 31 de la Ley 142 de 1994- Autorización

En torno a la aplicabilidad de las cláusulas excepcionales, debe tenerse en cuenta que dichas cláusulas no están 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.

El hecho de que dichos entes tengan un régimen de contratación especial implica que en los contratos que celebren no resulta viable incorporar las cláusulas exorbitantes o excepcionales, con base en las cuales la entidades sometidas al EGCAP ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control, entre las que se encuentran: i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, donde se encuentran la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión, las cuales se desarrollan en los artículos 15 a 19 *ibidem*; ii) en otras disposiciones también se encuentran establecidas otras potestades exorbitantes, como la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro; y iii) en otras disposiciones también se encuentran establecidas otras las cláusulas excepcionales de *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas, cuya exorbitancia se refiere a su imposición unilateral, a pesar que se ha discutido sobre su naturaleza o no exorbitante.

[...]

Ahora bien, hay entidades de régimen especial que tienen la competencia para hacer uso de cláusulas excepcionales, son las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y las empresas sociales del Estado, entre otras. En torno a las empresas de servicios públicos domiciliarios, que es uno de los problemas jurídicos, objeto de consulta, el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, otorga a las comisiones de regulación, la facultad para hacer obligatoria en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, la inclusión de cláusulas exorbitantes, pudiendo también autorizar, previa

consulta expresa por parte de la correspondiente empresa, que se incluyan estas cláusulas en los demás contratos.

CLÁUSULAS EXCEPCIONALES - Autonomía de la Voluntad – Sentencia de Unificación del Consejo de Consejo de Estado – Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios

Por otro lado, 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 contrato. No obstante, dicho debate se ha ido zanjando en la jurisprudencia 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 [...]

De acuerdo con el criterio establecido en la providencia en cita, resulta claro que las entidades estatales sometidas a regímenes especiales de contratación, como es el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios, 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 unilaterales. 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 [...].

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – Noción – Alcance

[...] el incumplimiento contractual en un sentido práctico es la no sujeción total o parcial de las obligaciones pactadas en el contrato. En efecto, puede evidenciarse un incumplimiento total, así como incumplimientos imparciales, derivado de ejecuciones imperfectas, ya sea cuantitativas o cualitativas, o el incumplimiento tardío, esto es, la tardanza en ejecutar sus prestaciones. Bajo este panorama, cada entidad debe revisar si las obligaciones estipuladas en el contrato se están incumpliendo, ya sea de forma total o parcial, a fin de que tome las medidas pertinentes, que consistan en el ejercicio de potestades exorbitantes si fueron incluidas por la Comisión de Regulación a cierto tipo de contratos como lo dispone el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, o bajo el principio de la autonomía de la voluntad. Sin perjuicio, de otras medidas que busquen que se cumpla a cabalidad las obligaciones contractuales.

CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Procedimiento Aplicable - Variables.

En torno al procedimiento administrativo aplicable para las empresas de servicios públicos domiciliarios, es necesario determinar el procedimiento que debe regir para el ejercicio de las cláusulas excepcionales en los contratos estatales, teniendo en cuenta de donde proviene la autorización: si el ejercicio de la declaratoria de incumplimiento es derivado de las facultades otorgadas por la Comisión de Regulación el procedimiento aplicable corresponde al descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; por el

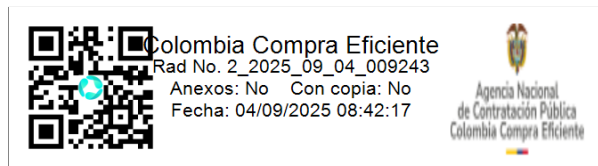
contrario, si la facultades provienen de la autonomía de la voluntad el procedimiento aplicable será el que definen y estipulen las partes en el contrato, por lo que no tienen la posibilidad de acudir al procedimiento reglado en el artículo 86 de Ley 1474 de 2011. De este modo, cuando estas entidades pacten el ejercicio de potestades unilaterales con fundamento en la autonomía de la voluntad, determinen el mecanismo o procedimiento para hacer efectivas dichas cláusulas.

En referencia a esta primera variable, se resalta el artículo 86 precitado regula el procedimiento especial sancionatorio con que deben regirse las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública cuando se presenten posibles incumplimientos. Al respecto, el inciso primero del mencionado artículo 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 [...]". En tal sentido, este es el procedimiento establecido para hacer efectivas las sanciones contractuales, como es la caducidad del contrato y la imposición unilateral de multas y cláusula penal contractual que se derivan del incumplimiento contractual.

Con respecto a la segunda variable, el incumplimiento que se deriva de la autonomía de la voluntad es importante tener en cuenta que no hay una regla preestablecida de quién debe declarar el incumplimiento, a diferencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que dispone que es el representante legal o su delegado. En torno a este tema, se considera importante tener en cuenta dos aspectos: en primer lugar, bajo el principio de la autonomía de la voluntad privada puede estipularse en el contrato quién debe ser el sujeto por parte de la empresa de servicios públicos domiciliarios que tendrá la facultad para declarar el incumplimiento contractual; en segundo lugar, si no se estipuló en el contrato revisar en el Manual Interno de Contratación de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios quien debe ser la persona encargada de cumplir dicha función. En otras palabras, es en el contrato o en el Manual de Contratación, quién debe determinar los aspectos procedimentales y de competencia para declarar los incumplimientos contractuales.

Bogotá D.C., 4 de septiembre de 2025

Señora
Lesly Yahel Gil Sosa
lygil@emcaliesp.onmicrosoft.com
Bogotá D.C.



Concepto C- 1012 de 2025

Temas: CONTRATO ESTATAL – Régimen jurídico / RÉGIMEN EXCEPCIONAL – Justificación – Criterios de clasificación / EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Naturaleza – régimen especial / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Definición – Reglas aplicables / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Remisión Especial – Empresas de Servicios Públicos – Artículo 31 de la Ley 142 de 1994- Autorización / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES - Autonomía de la Voluntad – Sentencia de Unificación del Consejo de Consejo de Estado – Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios / INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – Noción – Alcance / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Procedimiento Aplicable - Variables.

Radicación: Respuesta a consulta con radicado No. 1_2025_07_24_007633

Estimado Señor Daniel:

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 por la Resolución 469 de 2025 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde la solicitud del 24 de julio, en la cual manifiesta:

"ANTE LA OCURRENCIA DE UN INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y LA NECESIDAD DE DAR APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL DE APREMIO Y/O PECUNIARIA CÓMO PARA PROCEDER A LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO EN ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL:

1. En caso de un incumplimiento, en cualquier contrato suscrito por EMCALI,

- ¿Se debe "declarar" el incumplimiento?
- ¿En caso afirmativo, cuál sería el mecanismo o instrumento jurídico, y el procedimiento aplicable?

2. En línea de la facultad que le indica la norma complementaria de Supervisión y Control de la Contratación y Evaluación de la Gestión de Contratistas de EMCALI, a favor del supervisor, de exigir al contratista el cumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato;

- ¿Es el Supervisor quién debe declarar el incumplimiento?
- ¿Cuál sería el instrumento jurídico para tal fin?, o
- ¿En lugar de "Declarar" el Incumplimiento, bastaría con que con *El supervisor lo catalogue como tal mediante la verificación de la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista y la generación del documento que contenga, todas las circunstancias de modo, tiempo, lugar y cuantificación del apremio y/o la cláusula penal, permitiendo en todo caso al contratista conocer los motivos y asegurando su derecho a la defensa, enfatizando que el Contratista debe conocer los motivos del presunto incumplimiento y tener oportunidad de controvertir los mismos. Lo anterior con el fin de proceder a la realización de denominado "Aviso" conforme a lo dispuesto en el artículo 1075 del Código de Comercio.?*

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 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, ni a determinar grados de responsabilidad por las actuaciones de los diferentes partícipes del sistema de compra pública.

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 los problemas jurídicos de su consulta.

I. Problema planteado:

De acuerdo con el contenido de sus solicitudes, esta Agencia procede a condensarlas en los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Cuándo procede el incumplimiento contractual por parte de empresas de servicios públicos domiciliarios?; ii) ¿Cuáles deben ser los requisitos de competencia, procedimiento e instrumentos para declarar el incumplimiento contractual por parte de las empresas de servicios públicos?

II. Respuesta:

i. El incumplimiento del contrato hace referencia a la vulneración o infracción de lo estipulado en un contrato por una o ambas partes. 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. El supuesto más evidente del incumplimiento contractual es la ausencia de la prestación debida. En un sentido práctico, el incumplimiento contractual significa la no sujeción total o parcial de las obligaciones pactadas en el contrato. En efecto, puede evidenciarse un incumplimiento total, así como incumplimientos imparciales, derivado de ejecuciones imperfectas, ya sea cuantitativas o cualitativas, o el incumplimiento tardío, esto es, la demora en ejecutar sus prestaciones.

Bajo este panorama, la empresa de servicios públicos domiciliarios debe revisar si las obligaciones estipuladas en el contrato se están incumpliendo, ya sea de forma total o parcial, a fin de que tome las medidas pertinentes, que consistan en el ejercicio de potestades exorbitantes si fueron incluidas por la Comisión de Regulación a cierto tipo de contratos como lo dispone el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, o bajo el principio de la autonomía de la voluntad. Sin perjuicio, de otras medidas que busquen que se cumpla a cabalidad las obligaciones contractuales.

ii. En torno al procedimiento administrativo aplicable para las empresas de servicios públicos domiciliarios, es necesario determinar el procedimiento que debe regir para el ejercicio de las cláusulas excepcionales en los contratos estatales, teniendo en cuenta de donde proviene la autorización: si el ejercicio de la declaratoria de incumplimiento es derivado de las facultades otorgadas por la Comisión de Regulación el procedimiento aplicable corresponde al descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; por el contrario, si la facultades provienen de la autonomía de la voluntad el procedimiento aplicable será el que definen y estipulen las partes en el contrato, por lo que no tienen la posibilidad de acudir al procedimiento reglado en el artículo 86 de Ley 1474 de 2011. De este modo, cuando estas entidades pacten el ejercicio de potestades unilaterales con fundamento en la autonomía de la voluntad, determinen el mecanismo o procedimiento para hacer efectivas dichas cláusulas.

Con respecto a la segunda variable, derivada del ejercicio de la autonomía de la voluntad, es importante tener en cuenta que no hay una regla preestablecida de quién debe declarar el incumplimiento, a diferencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que dispone que es el representante legal o su delegado. En torno a este tema, se considera importante tener en cuenta dos aspectos: en primer lugar, bajo el principio de la autonomía de la voluntad privada puede estipularse en el contrato quién debe ser el sujeto por parte de la empresa de servicios públicos domiciliarios que tendrá la facultad para declarar el incumplimiento contractual; en segundo lugar, si no se estipuló en el contrato revisar en el Manual Interno de Contratación de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios quien debe ser la persona encargada de cumplir dicha función. En otras palabras, es en el contrato o en el Manual de Contratación, quién debe determinar los aspectos procedimentales y de competencia para declarar los incumplimientos contractuales.

En este sentido, es importante presente que el supervisor o el rol que haga sus veces en la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios debe cumplir entre otras funciones, la elaboración de los informes de verificación de las obligaciones que deben contener las circunstancias de modo, tiempo, lugar y cuantificación del apremio y/o la cláusula penal, permitiendo en todo caso al contratista conocer los motivos y asegurando su derecho a la defensa, enfatizando que el contratista debe conocer los motivos del presunto incumplimiento y darle la oportunidad de controvertirlos. Ahora bien, en

torno a la posibilidad del supervisor o el rol que haga sus veces de declarar el incumplimiento contractual esto se encuentra condicionado a lo que se determine en el contrato o en el Manual de Contratación. En el caso que se le haya conferido esa facultad al supervisor, debe validar, previa garantía del derecho de defensa y contradicción del contratista, si efectivamente se presentó un incumplimiento total o parcial del contrato, para declararlo e imponer unilateralmente la multa o cláusula penal pecuniaria, cuya naturaleza será un acto contractual, teniendo en cuenta lo expresado en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 9 de mayo de 2024.

Dentro de este marco, la entidad contratante definirá en cada caso concreto lo relacionado con el tema objeto de consulta. Al tratarse de un análisis que debe realizarse en el procedimiento contractual específico, la Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. Así, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones.

III. Razones de la respuesta:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

i. Respecto al régimen jurídico de las Entidades Estatales, es necesario tener en cuenta que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública define los contratos de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública. Sin embargo, se trata de un listado enunciativo, pues la Ley 80 de 1993 se integra con las tipologías contractuales previstas en el derecho privado. Por ello, el inciso primero del artículo 13 dispone que "Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley".

Dicha idea también se reitera en el EGCAP considerando que "Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la

autonomía de la voluntad” –art. 32, inciso primero–. Asimismo, dispone que “Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza” –art. 40, inciso primero–.

De esta manera, los contratos de las entidades sujetas al Estatuto General de Contratación se rigen generalmente por el derecho privado y excepcionalmente por el derecho público, pues las normas civiles y comerciales son el derecho común de los contratos estatales¹. Para la doctrina, la mixtura del régimen contractual:

“[...] no hace otra cosa que aprovechar ciertos principios rectores de la contratación general que aunque tengan su consagración en códigos de derecho privado como el civil o el comercial, no son propios y exclusivos de este derecho. Baste pensar en los requisitos de consentimiento válido, objeto y causa lícitos, capacidad, elementos esenciales según la naturaleza de cada contrato, responsabilidad, naturaleza de las obligaciones emanadas de los mismos, etc. etc. Extremos éstos que de derecho privado no tienen sino su presentación formal o el nombre y que la tradición, desde su origen romano, se acostumbró a calificarlos así y a no preocuparse por su cuestionamiento o definición.

En otras palabras, extremos como los indicados no son ni de derecho público ni de derecho privado, sino, simplemente, de derecho propio, aplicables a toda relación contractual, con prescindencia de la naturaleza de los sujetos involucrados en la misma”².

Ello no implica una privatización absoluta del régimen contractual de las entidades públicas, pues la Ley 80 de 1993 –entre otros aspectos– regula especialmente la capacidad jurídica –inhabilidades, incompatibilidades, consorcios y uniones temporales y registro único de proponentes–, las reglas de selección objetiva –procedimientos de selección–, así como algunos aspectos de ejecución contractual –manejo del riesgo, cláusulas exorbitantes y tipologías contractuales–. Por ello, con excepción de las materias expresamente reguladas en el Estatuto de Contratación, es posible la aplicación de las normas de derecho privado.

1 Cfr. BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. pp. 78-79.

2 BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho procesal administrativo. Octava edición. Medellín: Señal Editora, 2013. p. 627.

No obstante, aunque tenga una influencia limitada, las *entidades del régimen exceptuado* no se deslignan por completo de las normas de derecho público. Esto en la medida que el inciso primero del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 prescribe lo siguiente: “Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

La existencia de entidades exceptuadas del EGCAP se ha justificado por alguna de las siguientes tres (3) circunstancias: i) facilitar la competencia económica –como ocurre actualmente respecto al régimen de los servicios públicos domiciliarios–, ii) flexibilizar el ejercicio de la función administrativa –como en los contratos del Banco de la República o los de ciencia y tecnología– o iii) establecer un régimen especial sin excluir por completo la aplicación de la Ley 80 de 1993 –como ocurre en la operaciones del crédito público–³. Para estos efectos, la doctrina ha identificado 171 entidades y contratos que manejan un régimen excepcional, los cuales se clasifican de acuerdo i) al sector económico, ii) la asignación de un esquema legal especial, iii) el objeto del contrato celebrado y iv) la existencia de fondos que administran recursos públicos⁴.

ii. En contraste, el inciso segundo del 365 constitucional dispone que “Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares [...]”. Por ello, el inciso primero del artículo 31 de la Ley 142 de 1994 dispuso expresamente que “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” (Énfasis fuera de texto). Asimismo, el inciso primero del artículo 32 *ibidem* precisa lo siguiente: “Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de

3 JOJOA BOLAÑOS, Alexander. Los regímenes exceptuados en los contratos estatales. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012. p. 89.

4 BARRETO MORENO, Antonio Alejandro. El derecho de la compra pública: estudio jurídico de un mercado imperfecto. Bogotá: Legis, 2019. pp. 281 y ss.

todas las *empresas de servicios públicos*, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado” (Énfasis fuera de texto). De esta manera, el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo considera que:

“En este orden de ideas, el régimen jurídico aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios en materia contractual es el propio del derecho común y sólo excepcionalmente se aplican las reglas del derecho público, es decir, las reglas de la Ley 80 de 1993.

Dicho de otro modo, la regla general de aplicación del derecho común significa, que para la selección del contratista no se requiere aplicar los procedimientos a los que se refiere la Ley 80 de 1993; que las reglas de existencia del contrato no son las previstas en el artículo 41 del Estatuto General de Contratación Pública; que los requisitos de validez del contrato son los previstos en la legislación civil y comercial; que las cláusulas contractuales son las propias de los contratos entre particulares; que la ejecución del contrato debe realizarse conforme a las reglas ordinarias y no a las administrativas; y que en lo relacionado con la terminación, ampliación y liquidación de los contratos, deben aplicarse las reglas del derecho común”⁵.

Respecto a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, conviene señalar, acorde con lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-736 de 2007, que aquellas son entidades descentralizadas por servicios, independientemente de la naturaleza y porcentaje de su capital⁶. En otras palabras, aunque el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 establece que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios pueden ser *oficiales, mixtas o privadas*⁷, estas tres especies ingresan en la categoría de las *entidades*

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2011. Exp. 37423. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En similar sentido, puede verse: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 15 de noviembre de 2011. Exp. 21178. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷ En lo pertinente, dicho artículo señala:

“[...]

14.5. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares”.

descentralizadas por servicios. Adicionalmente, debe recordarse que en dicha Sentencia el alto tribunal afirmó que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios *mixtas y privadas* son tipos *especiales* de entidades descentralizadas por servicios que, por tanto, no pueden encasillarse en las otras especies de entidades descentralizadas por servicios enlistadas en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, es decir, que no cabe considerarlas, verbigracia, dentro de las sociedades públicas ni en las sociedades de economía mixta.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 17 de la Ley 142 de 1994 establece que “Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, *deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado*” (Énfasis fuera de texto). Es decir que en tal evento esa es la *naturaleza* de la empresa de servicios públicos domiciliarios. Así lo reconoció la Corte Constitucional en un apartado de la Sentencia C-736 de 2007, pues “[...] el artículo 17 de la Ley en cita define así *la naturaleza jurídica* de las empresas de servicios públicos” (Énfasis fuera de texto). El Consejo de Estado también ha considerado, interpretando el mismo artículo, que las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden tener la *forma* de empresas industriales y comerciales del Estado o de sociedades por acciones. Lo dijo, por ejemplo, para otorgarles a las empresas industriales y comerciales del Estado que prestaran servicios públicos domiciliarios el carácter de entidades públicas e indicar que, por tanto, eran sujetos pasivos de la contribución especial prevista en el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006⁸.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios también recordó que el legislador permitió que las empresas de servicios públicos domiciliarios adoptaran la forma de empresas industriales y comerciales del Estado, pero que el plazo para que esto se diera ya venció. En palabras de este organismo, “Los plazos legales para efectuar la transformación a que alude el parágrafo del artículo 17 de la Ley 142 de 1994, de las entidades descentralizadas en Empresas Industriales y Comerciales del Estado, venció el 3 de enero de 1998, por lo que, a partir de tal fecha, aquéllas que no lo hicieron, debieron constituirse como sociedades por acciones; mientras que el término de transformación para la Nación y a las entidades territoriales (departamentos, municipios, distritos),

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 1 de marzo de 2012. C.P. William Giraldo Giraldo. Exp. 17907

que prestaban directamente los servicios públicos domiciliarios, de acuerdo con el artículo 182 referido, venció el 11 de enero de 1996”⁹.

Sólo las empresas prestadoras de servicios públicos se someten al régimen especial de la Ley 142 de 1994. Las demás entidades del Estado deberán aplicar la Ley 80 de 1993 o, en su defecto, las del régimen especial correspondiente de acuerdo con su naturaleza jurídica u objeto

iii. 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.

Teniendo en cuenta que las entidades de régimen especial están facultadas legalmente para aplicar reglas distintas a la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias, ello estará definido en la norma que crea el régimen especial y será desarrollado en el manual de contratación, con el fin de que se puedan identificar las reglas que aplican en la 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 2007¹⁰.

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 la gestión 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

⁹ Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto C-766 de 2021.

¹⁰ 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”.

reafirmado por el Consejo de Estado, que destaca las reglas que sigue 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.

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 público”¹¹.

Visto lo anterior, se reitera que, toda vez que las entidades de régimen especial administran recursos públicos, sus manuales de contratación deben ceñirse a unas reglas mínimas que garanticen el cumplimiento de los principios de la función pública, la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Dentro de estas reglas mínimas, deben indicar el contenido de las propuestas y los procedimientos de selección, llevar una descripción precisa del procedimiento, los plazos de las etapas y los criterios de evaluación y desempate, y todos los criterios necesarios para garantizar la selección objetiva, la protección del interés general y el valor por dinero.

Así mismo, estas entidades deben cumplir unas obligaciones transversales a la contratación pública, entre ellas la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones, la publicación de sus procedimientos de selección a través de la herramienta SECOP —en la sección Régimen Especial—, hacer uso del

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de octubre de 2016. C.P. María Nubia Velásquez Rico. Exp. 45607.

clasificador de bienes y servicios de las Naciones Unidas, reportar las sanciones, multas, inhabilidades e incompatibilidades de los proveedores de la entidad y analizar el sector económico de los oferentes, entre otras.

iii. En torno a la aplicabilidad de las cláusulas excepcionales, debe tenerse en cuenta que dichas cláusulas no están 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.

El hecho de que dichos entes tengan un régimen de contratación especial implica que en los contratos que celebren no resulta viable incorporar las cláusulas exorbitantes o excepcionales, con base en las cuales la entidades sometidas al EGCAP ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control, entre las que se encuentran: i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, donde se encuentran la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión, las cuales se desarrollan en los artículos 15 a 19 *ibidem*; ii) en otras disposiciones también se encuentran establecidas otras potestades exorbitantes, como la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro; y iii) en otras disposiciones también se encuentran establecidas otras las cláusulas excepcionales de *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas, cuya exorbitancia se refiere a su imposición unilateral, a pesar que se ha discutido sobre su naturaleza o no exorbitante.

Este último grupo de potestades excepcionales –*imposición unilateral* de la multa o la cláusula penal– cuenta con una particular combinación entre el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad, de tal suerte que si bien el legislador autorizó a las entidades para declarar el incumplimiento con la intención de multar al contratista para conminarlo al cumplimiento o para hacer efectiva la cláusula penal, es indispensable que uno u otro caso se hayan pactado en el contrato¹². No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación

¹² Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil.

de la Administración Pública –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones, en adelante EGCAP–, por ministerio de la ley –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, se entienden investidas de la prerrogativa de imposición unilateral. Se reitera que la exorbitancia de las dos cláusulas transcritas – cláusula penal y multas– se refiere a su imposición unilateral; no a su pacto, que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

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 2007¹³. Así se desprende del primer inciso de aquel artículo, que dice: “*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, sea fácil concluir que las entidades de régimen especial en materia contractual no pueden aplicar el

13 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. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento” (cursivas fuera de texto).

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 Administración Pública¹⁴, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este.

Ahora bien, hay entidades de régimen especial que tienen la competencia para hacer uso de cláusulas excepcionales, son las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios¹⁵ y las empresas sociales del Estado¹⁶, entre otras. En torno a las empresas de servicios públicos domiciliarios, que es uno de los problemas jurídicos, objeto de consulta, el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, otorga a las comisiones de regulación, la facultad para hacer obligatoria en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, la inclusión de cláusulas exorbitantes, pudiendo también autorizar, previa consulta expresa por parte de

14 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".

15 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".

16 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".

la correspondiente empresa, que se incluyan estas cláusulas en los demás contratos.

En este sentido, lo relativo a estas cláusulas se registrará, 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.

Por otro lado, 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 contrato¹⁷. No obstante, dicho debate se ha ido zanjando en la jurisprudencia 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 condujo

17 Providencias que avalaron dicha tesis fueron las siguientes: Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencias del 20 de febrero de 2017. C.P. 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 plantea en las sentencias del Consejo de Estado. Sección Tercera. 1 de agosto de 2018. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 39277 y del 14 de febrero de 2019. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 38937.

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 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 administrativos¹⁸.

De acuerdo con el criterio establecido en la providencia en cita, resulta claro que las entidades estatales sometidas a regímenes especiales de contratación, como es el caso de las empresas de servicios públicos domiciliarios, 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 unilaterales. 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 “[l]o que no puede pactarse es la facultad de proferir un acto administrativo ... [l]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”.

18 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de Unificación del 9 de mayo de 2024, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, Exp. No. 53.962.

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”*¹⁹; postura que ha venido siendo reiterada²⁰ 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 administrativos²¹³⁹. En estos términos, cuando una entidad pública está sometida al régimen de derecho común debe *“actuar en las mismas condiciones que un particular, por lo cual no estaba habilitada para expedir un acto administrativo”*²², ni puede adjudicarse, por sí misma, competencias que son de rango legal²³ -sin perjuicio de aquellas hipótesis en que el legislador ha autorizado de manera excepcional la posibilidad de que las ESP puedan expedir actos administrativos-²⁴.

Conforme a lo anterior, es claro que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, es viable que entidades estatales exceptuadas del EGCAP, ejerzan la autonomía de la voluntad estableciendo potestades de ejercicio unilateral, estableciendo 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 contractuales que resultan del ejercicio de estas potestades no son considerados actos administrativos, sino contractuales. 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 la capacidad

19 CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 19 de junio de 2019, Exp. No. 39.800.

20 CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 23 de noviembre de 2022. C.P. Alberto Montaña Plata. Exp. No. 66.700.

21 CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 21 de octubre de 2021. C.P. Guillermo Sánchez Luque. Exp. No. 36697.

22 CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 24 de septiembre de 2020. C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ. Exp. No. 44707.

23 CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 21 de mayo de 2021. C.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ. Exp. No. 57822.

negocial de las partes amparada su autonomía de la voluntad, que se materializa a través actos jurídicos unilaterales de derecho privado²⁵.

En ese orden de ideas, las entidades exceptuadas del EGCAP pueden hacer uso de la autonomía de la voluntad estableciendo estipulaciones que de manera expresa reconozcan la posibilidad de acudir a potestades unilaterales y determinar el mecanismo o procedimiento para hacerlas efectivas. 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.

En todo caso, la entidad pública definirá en cada caso concreto lo relacionado con el tema objeto de consulta y teniendo en cuenta lo dispuesto en las normas previamente citadas. Al tratarse de un análisis que debe realizarse en el procedimiento contractual específico, la Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos de carácter general para que los partícipes del sistema de contratación pública adopten la decisión que corresponda, que sea acorde con el principio de juridicidad, sin que sea atribución de esta Agencia validar su gestión contractual.

iv. En torno a la posibilidad de declarar el incumplimiento contractual procede a destacarse la potestad excepcional de caducidad, pues es la sanción más severa que existe en la contratación estatal. Particularmente, se impone al contratista cuando incurre en un incumplimiento de sus obligaciones, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización. Su propósito consiste en sancionar al contratista y, a su vez, permitirle a la entidad continuar con la ejecución por otros medios, regulados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993²⁶.

25 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de agosto de 2011, expediente 11001-3103-012-1999-01957-01

²⁶ En cuanto a la oportunidad para su imposición, el Consejo de Estado ha precisado: “[...] al tenor de las normas que tipifican la caducidad, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical y teleológico – que aquí claramente coinciden –, constituye un requisito legal para declarar la caducidad del contrato que el plazo de ejecución correspondiente no haya expirado, puesto que si ya expiró sin que el contrato se ejecutara, la declaratoria de caducidad no lograría satisfacer uno de los propósitos principales de la norma, cual es permitir, en los términos del artículo 18 de la Ley 80, que «la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista [...]» y conjure, de esta forma, la amenaza que se cierne sobre el interés general, representado en la debida ejecución del objeto contratado» Sección Tercera, Sentencia del 12 de julio de 2012, expediente 15.024 y ponencia de Danilo Rojas Betancourth.

Las consecuencias jurídicas que se generan con la caducidad son: i) terminación del contrato, ii) iniciación del trámite de liquidación, iii) inhabilidad sobreviniente por cinco años, iv) efectividad de la garantía única de cumplimiento, y v) reporte al SECOP, Procuraduría General de la Nación y a la Cámara de Comercio donde el contratista esté inscrito con el propósito de incluir la anotación en el Registro Único de Proponentes.

Ahora bien, existen otras cláusulas excepcionales del derecho común que no son ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, como es la interpretación unilateral, terminación unilateral y modificación unilateral. Al respecto, se destaca que la cláusula excepcional de interpretación unilateral está consagrada en el artículo 15 de la Ley 80 de 1993. Esta procede si durante la ejecución del contrato surgen *discrepancias* entre la entidad estatal y el contratista sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones, *que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público* que se pretende satisfacer con el objeto contratado. En ese caso, si no se logra acuerdo con el contratista, la entidad estatal realizará la interpretación unilateral de las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia, mediante acto administrativo debidamente motivado.

Por su parte, la cláusula excepcional de modificación unilateral está prescrita en el artículo 16, y “procede si durante la ejecución del contrato y *para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público* que se deba satisfacer con él, fuere necesario *introducir variaciones* en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios”²⁷.

La cláusula excepcional de terminación unilateral se regula en el artículo 17 y procede frente a los eventos expresamente allí señalados, estos son: i) cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga; ii) por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista; iii) por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista; iv) por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

²⁷ El artículo 16 también señala que “Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo”

Las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales no parten del supuesto de incumplimiento del contratista. La aplicación de estas cláusulas se deriva de varias razones: posibles discrepancias que puedan surgir entre las partes en la interpretación de las cláusulas y documentos del contrato; la necesidad de suprimir o adicionar obras, trabajos, suministros o servicios; o por circunstancias como la disolución de la persona jurídica, una situación de orden público, entre otras causas. En todos estos eventos, el contratista no ha incurrido en incumplimiento de sus obligaciones, sino que la entidad estatal, para evitar la paralización o la afectación grave de los servicios, tiene el deber de proceder con su interpretación, modificación o terminación de manera unilateral.

En consecuencia, las cláusulas excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilaterales no se encuentran dentro del régimen sancionatorio en materia de contratación estatal. Esto, por cuanto su aplicación no obedece a circunstancias de incumplimiento del contrato, como sí ocurre con la caducidad, de manera que aquellas son el resultado del deber de dirección, control y vigilancia del contrato estatal, con miras a evitar la paralización o la afectación grave de los servicios por parte de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

De igual modo, se destaca como cláusulas excepcionales la imposición unilateral de multas y cláusula penal reguladas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en las que la entidad declara el incumplimiento parcial o total de las obligaciones estipuladas en el contrato. Al respecto, la doctrina expresa:

El hecho de que la Administración pueda imponer las multas y declarar el incumplimiento aun cuando se requiera de una audiencia previa, de manera unilateral y sin recurrir al juez del contrato, todo con el fin de dirigir y controlar los contratos que celebra, hace pensar que las multas y de la declaratoria de incumplimiento, son una cláusula exorbitante aun cuando se encuentra condicionada, pues cumple con los requisitos de fondo de la naturaleza de este tipo de cláusulas: i) otorgan un poder, un privilegio a favor de la Entidad pública, ii) que la dejan en una situación de superioridad sobre el contratista, iii) se pueden imponer unilateralmente mediante acto administrativo; iv) gozan del privilegio de la presunción de validez, v) gozan del privilegio de ejecutividad y ejecutoriedad, vi) pueden ser cobradas por vía de

jurisdicción coactiva, vii) provienen de mandato legal, no de convención entre las partes²⁸.

Teniendo en cuentas estas precisiones, se hace necesario resolver uno de los problemas jurídicos de consulta, en torno a qué se entiende por incumplimiento del contrato. Para ello, se acude al Diccionario al Español Jurídico que la define así: "1. *Gral.* Vulneración de lo estipulado en un contrato por una o ambas partes. 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"²⁹. El supuesto más evidente del incumplimiento contractual es la ausencia de la prestación. Al respecto, la doctrina expresa: "[...] cuando un contratista se obliga a prestar un servicio, dar un bien o construir una obra y, al momento de la exigibilidad de estas, no existe ejecución material de aquello que satisface las necesidades de la entidad. En este punto es necesario verificar que el incumplimiento no sea producto de una fuerza mayor o un caso fortuito, pues las obligaciones se extinguen por la imposibilidad de la prestación debida bajo este supuesto"³⁰. En este escenario, se está ante un incumplimiento absoluto, que es el resultado de la actuación culposa del deudor, sin una causa justificada, no está cumpliendo con los compromisos. De igual manera, la doctrina señala otro tipo de incumplimientos:

[...] también existen formas de incumplimiento impropio o relativo. En estos eventos no hay ausencia total de la prestación debida, ya sea porque se ejecutó imperfecta o tardíamente. La primera modalidad de incumplimiento impropio se presenta por incumplimientos cualitativos o cuantitativos. Por ejemplo, la primera surge cuando se contrata la ejecución de una obra y el deudor realiza la entrega con algunos defectos constructivos que impiden el goce satisfactorio; en contraste, la segunda se presenta cuando se requiere el suministro de determinados elementos y el contratista entrega un número menos a los inicialmente solicitados. En ambos casos se trata de incumplimientos parciales, lo cual está en contravía de lo dispuesto en el inciso 1.º del artículo 1649 del Código Civil, ya que 'El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba,

²⁸ SUÁREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y CEDA, 2014. pp. 158-159.

²⁹ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario Panhispánico Jurídico. Disponible en línea: <https://dpej.rae.es/lema/incumplimiento-de-contrato>

³⁰ MONTOYA PENAGOS, Juan David. Terminación unilateral por incumplimiento. Medellín: Librería Jurídica Sánchez S.A.S. y CEDA, 2025. p. 255.

salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales'. Por otro lado, la segunda modalidad de incumplimiento impropio surge de la tardanza del deudor en ejecutar sus prestaciones. Si bien no existe renuencia y es posible que satisfaga la prestación debida tanto en términos de calidad como de cantidad, el riesgo es que con el paso del tiempo el acreedor pierda interés en el contrato. En estos eventos, también resulta violentada regla del antecitado inciso 1.º del artículo 1627 del Código Civil, el cual no se solo se refiere al objeto de la obligación en si sino también a las modalidades que influyan en la existencia o la exigibilidad de las prestaciones³¹.

A partir de lo expuesto, el incumplimiento contractual en un sentido práctico es la no sujeción total o parcial de las obligaciones pactadas en el contrato. En efecto, puede evidenciarse un incumplimiento total, así como incumplimientos imparciales, derivado de ejecuciones imperfectas, ya sea cuantitativas o cualitativas, o el incumplimiento tardío, esto es, la tardanza en ejecutar sus prestaciones. Bajo este panorama, cada entidad debe revisar si las obligaciones estipuladas en el contrato se están incumpliendo, ya sea de forma total o parcial, a fin de que tome las medidas pertinentes, que consistan en el ejercicio de potestades exorbitantes si fueron incluidas por la Comisión de Regulación a cierto tipo de contratos como lo dispone el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, o bajo el principio de la autonomía de la voluntad. Sin perjuicio, de otras medidas que busquen que se cumpla a cabalidad las obligaciones contractuales.

v. En torno al procedimiento administrativo aplicable para las empresas de servicios públicos domiciliarios, es necesario determinar el procedimiento que debe regir para el ejercicio de las cláusulas excepcionales en los contratos estatales, teniendo en cuenta de donde proviene la autorización: si el ejercicio de la declaratoria de incumplimiento es derivado de las facultades otorgadas por la Comisión de Regulación el procedimiento aplicable corresponde al descrito en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; por el contrario, si la facultades provienen de la autonomía de la voluntad el procedimiento aplicable será el que definen y estipulen las partes en el contrato, por lo que no tienen la posibilidad de acudir al procedimiento reglado en el artículo 86 de Ley 1474 de 2011. De este modo, cuando estas entidades pacten el ejercicio de potestades unilaterales con

³¹ Ibídem., p. 256.

fundamento en la autonomía de la voluntad, determinen el mecanismo o procedimiento para hacer efectivas dichas cláusulas.

En referencia a esta primera variable, se resalta el artículo 86 precitado regula el procedimiento especial sancionatorio con que deben regirse las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública cuando se presenten posibles incumplimientos. Al respecto, el inciso primero del mencionado artículo 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 [...]”. En tal sentido, este es el procedimiento establecido para hacer efectivas las sanciones contractuales, como es la caducidad del contrato y la imposición unilateral de multas y cláusula penal contractual que se derivan del incumplimiento contractual.

Como potestad exorbitante sancionatoria, el decreto de la caducidad, así como la imposición unilateral de multas y cláusula penal pecuniaria debe respetar las reglas del debido proceso. Al respecto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece las etapas del procedimiento que deben seguirse: i) *citación a audiencia*. Es necesario mencionar expresa y detalladamente los hechos que la soportan, así como, también, adjuntar el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación, enunciar las normas o cláusulas posiblemente violadas y referir las consecuencias que podrían recaer sobre el contratista en el desarrollo de la actuación. En esta línea, el informe de supervisión o de interventoría sirve como insumo que debe tener en el momento de declarar el incumplimiento. En todo caso, el Consejo de Estado ha expresado que el informe del interventor no puede entenderse como el único o exclusivo insumo para declarar la responsabilidad del contratista, puesto que la ley no establece una tarifa probatoria sobre el particular, y porque aun existiendo, la entidad debe verificar su certeza y analizarlo con las demás pruebas allegadas al procedimiento administrativo sancionatorio³². ii) *Audiencia*. En la diligencia intervendrá el jefe de la entidad o su delegado y, posteriormente, se le concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente y al garante, en caso de ser necesario, para que estos presenten sus descargos, aporten y controviertan pruebas y rindan las explicaciones del caso; y iii) *Decisión*. Debe estar contenida en resolución motivada donde se consigne,

³² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera-Subsección A. Sentencia del 21 de febrero de 2025. M.P. José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 70099.

por un lado, lo ocurrido en el desarrollo de la diligencia y, por el otro, lo relativo a la imposición de las sanciones o la declaratoria de incumplimiento del contrato estatal. Contra la decisión únicamente procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma diligencia. Ambas decisiones se entenderán notificadas en audiencia. En este caso, el acto que contiene la decisión tendrá la naturaleza de ser un acto administrativo.

Se precisa que 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 Pública³³. De ahí que las entidades de *régimen especial*³⁴ 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 EGCAP, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este.

Con respecto a la segunda variable, el incumplimiento que se deriva de la autonomía de la voluntad es importante tener en cuenta que no hay una regla preestablecida de quién debe declarar el incumplimiento, a diferencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que dispone que es el representante legal o su delegado. En torno a este tema, se considera importante tener en cuenta dos aspectos: en primer lugar, bajo el principio de la autonomía de la voluntad privada puede estipularse en el contrato quién debe ser el sujeto por parte de la empresa de servicios públicos domiciliarios que tendrá la facultad para declarar el incumplimiento contractual; en segundo lugar, si no se estipuló en el contrato revisar en el Manual Interno de Contratación de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios quien debe ser la persona encargada de cumplir dicha función. En otras palabras, es en el contrato o en el Manual de Contratación, quién debe determinar los aspectos procedimentales y de competencia para declarar los incumplimientos contractuales.

En este sentido, es importante presente que el supervisor o el rol que haga sus veces en la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios debe cumplir entre otras funciones, la elaboración de los informes de verificación de las

³³ Así se desprende del primer inciso de aquel artículo, que dice: "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 [...]".

³⁴ Se entiende por entidades de *régimen especial* aquellas que tienen un régimen contractual distinto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y que por regla general se rigen por el derecho privado.

obligaciones que deben contener las circunstancias de modo, tiempo, lugar y cuantificación del apremio y/o la cláusula penal, permitiendo en todo caso al contratista conocer los motivos y asegurando su derecho a la defensa, enfatizando que el contratista debe conocer los motivos del presunto incumplimiento y darle la oportunidad de controvertirlos. Ahora bien, en torno a la posibilidad del supervisor o el rol que haga sus veces de declarar el incumplimiento contractual esto se encuentra condicionado a lo que se determine en el contrato o en el Manual de Contratación. En el caso que se le haya conferido esa facultad al supervisor, debe validar, previa garantía del derecho de defensa y contradicción del contratista, si efectivamente se presentó un incumplimiento total o parcial del contrato, para declararlo e imponer unilateralmente la multa o cláusula penal pecuniaria, cuya naturaleza será un acto contractual, teniendo en cuenta lo expresado en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 9 de mayo de 2024.

vi. Al margen de la explicación precedente debe advertirse que el análisis requerido para resolver problemas específicos en torno al clausulado contractual debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo explicado la aclaración preliminar del presente oficio. De esta manera, las afirmaciones aquí realizadas no pueden ser interpretadas como juicios de valor sobre circunstancias concretas relacionadas con los hechos que motivan la consulta. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Dentro de este marco, la entidad contratante definirá en cada caso concreto lo relacionado con el tema objeto de consulta. Al tratarse de un análisis que debe realizarse en el procedimiento contractual específico, la Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. Así, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones.

IV. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:

- Constitución Política de 1991, artículos 209 y 267.
- Código Civil, artículos 1501 y 1602.
- Ley 80 de 1993, artículos 2, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 32.
- Ley 100 de 1993, artículo 195.
- Ley 142 de 1994, artículo 14, 17, 31, 32.
- Ley 1150 de 2007, artículos 13 y 14.
- Ley 1474 de 2011, artículo 86.
- BARRETO MORENO, Antonio Alejandro. El derecho de la compra pública: estudio jurídico de un mercado imperfecto. Bogotá: Legis, 2019.
- BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho procesal administrativo. Octava edición. Medellín: Señal Editora, 2013.
- JOJOA BOLAÑOS, Alexander. Los regímenes exceptuados en los contratos estatales. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012.
- MONTOYA PENAGOS, Juan David. Terminación unilateral por incumplimiento. Medellín: Librería Jurídica Sánchez S.A.S. y CEDA, 2025. p. 255.
- SUÁREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y CEDA, 2014. pp. 158-159.
- SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Concepto C-766 de 2021.
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 24 de octubre de 2016. C.P. María Nubia Velásquez Rico. Exp. 45607.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 24 de septiembre de 2020. C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Exp. No. 44707.

- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 21 de mayo de 2021. C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Exp. No. 57822.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 21 de octubre de 2021. C.P. Guillermo Sánchez Luque. Exp. No. 36697.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 23 de noviembre de 2022. C.P. Alberto Montaña Plata. Exp. No. 66.700.
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de Unificación del 9 de mayo de 2024, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, Exp. No. 53.962.
- CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera-Subsección A. Sentencia del 21 de febrero de 2025. M.P. José Roberto Sáchica Méndez. Exp. 70099.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-736 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de agosto de 2011, expediente 11001-3103-012-1999-01957-01.

V. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente estudió la potestad sancionatoria de las Entidades Estatales y el procedimiento administrativo que deben efectuar para declarar el incumplimiento y aplicar las sanciones correspondientes, destacando la necesidad de garantizar el debido proceso, en los conceptos C-147 del 17 de marzo de 2020, C-219 del 29 de abril de 2020, C-434 del 29 de julio de 2020, C-569 del 31 de agosto de 2020, C-641 del 4 de noviembre de 2020, C-060 del 8 de marzo de 2021, C-528 del 5 de abril de 2021, C-420 del 25 de agosto de 2022, C- 720 del 25 de enero de 2022, C-085 del 29 de abril de 2022 C-125 del 23 de marzo de 2022, C-195 del 12 de abril de 2022, C-208 del 26 de abril de 2022, C-238 del 27 de abril de 2022, C-866 del 20 de diciembre de 2022, C-034 de 09 de marzo de 2023, C-140 del 13 de junio de 2023, C-227 del 07 de julio del 2023 y C-047 del 25 de abril de 2024. Asimismo, en los conceptos C-492 del 9 de octubre de 2024 y C-1005 del

13 de enero de 2025, C-907 del 20 de agosto de 2025, se analizó el régimen sancionatorio en entidades de régimen especial con fundamento en la autonomía de la voluntad, en especial, de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, a propósito de las sentencias recientes del Consejo de Estado. En tal sentido, recoge los conceptos expuestos, sin perjuicio de otras consideraciones y análisis expresados en este Concepto.

Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual, accede a través del siguiente enlace:

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

Te informamos que ya se encuentra disponible la **Guía de lineamientos de transparencia y selección objetiva para el departamento de La Guajira – Objetivo sexto constitucional de la Sentencia T-302 del 2017**. Esta Guía se expide en el marco del cumplimiento de la orden proferida por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-302 del 2017. Con su implementación se busca contribuir a la superación del Estado de Cosas Inconstitucional declarado por la situación de vulneración masiva y recurrente de los derechos fundamentales de los niños y de las niñas del Pueblo Wayúu. Puede consultar la guía en el siguiente enlace: Guía de lineamientos de transparencia y selección objetiva para el departamento de La Guajira – Objetivo sexto constitucional de la Sentencia T-302 del 2017".

Por último, aprovechamos la oportunidad de manifestar la entera disposición de la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– para atender las peticiones o solicitudes, así como para brindar el apoyo que se requiera en el marco de nuestras funciones a través de nuestros diferentes canales de atención:

- ✚ Línea nacional gratuita o servicio a la ciudadanía: 01800 0520808
- ✚ Línea en Bogotá (Mesa de servicio): +57 601 7456788
- ✚ Línea de servicio y atención al ciudadano: +57 601 7956600
- ✚ Página web: www.colombiacompra.gov.co

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: [@colombiacompra](https://twitter.com/colombiacompra)

Facebook: [ColombiaCompraEficiente](#)

LinkedIn: [Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente](#)

Instagram: [@colombiacompraeficiente_cce](#)

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones 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

Elaboró: José Luis Sánchez Cardona
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