**UNIVERSIDADES PÚBLICAS – Naturaleza jurídica – Régimen de contratación**

De manera preliminar, se establece que la Constitución Política de Colombia consagra en el artículo 69, por una parte, una garantía de autonomía para que las universidades establezcan sus directivas y sus estatutos de acuerdo con la ley; y por otra, la posibilidad de que cuenten con un régimen especial que corresponde dictar al Congreso.

En desarrollo de lo anterior, se expidió la Ley 30 de 1992, mediante la cual se regularon aspectos como la naturaleza jurídica de las universidades estatales, la forma de organizarse y el régimen de contratación aplicable. Así mismo, en el artículo 57 se consignó que el carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprende, entre otros aspectos, el régimen de contratación. En el mismo sentido, estableció, en el artículo 93, que los contratos que celebren las universidades estatales u oficiales se regirán por las normas del derecho privado. En concordancia con esto, el artículo 94 de la referida ley dispone que, además del cumplimiento de los requisitos propios de la contratación entre particulares, los contratos celebrados por los entes universitarios autónomos estarán sujetos a los requisitos de aprobación y registro presupuestal.

**ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Definición – Reglas aplicables – Cláusulas excepcionales**

Ahora bien, en torno a la aplicabilidad de las cláusulas excepcionales, se debe tener en cuenta que dichas cláusulas 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.

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) las cláusulas excepcionales de *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas, cuya exorbitancia se refiere a su imposición unilateral.

**DECLARATORÍA DE INCUMPLIMIENTO – Derecho privado – Autonomía de la voluntad – Actos contractuales**

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 contrato[[1]](#footnote-2). No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación 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 2007. 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 –entre ellas las universidades públicas – 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 Administración Pública, 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 domiciliarios[[2]](#footnote-3) y las empresas sociales del Estado, no es este el caso de los entes universitarios autónomos, ya que la Ley 30 de 1992 no les otorga esta potestad.

**GARANTÍAS – Régimen especial**

Por último, se advierte que, las garantías establecidas en el Decreto 1082 de 2015 desarrollan el régimen de garantías de los contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establecido por el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007. En ese sentido, esta regulación no resulta *per se* aplicable a las entidades estatales que, como los entes universitarios autónomos, están sometidas a regímenes especiales, quienes están llamadas a aplicar los mecanismos de cobertura del riesgo que resulten pertinentes de acuerdo con lo establecidos en sus estatutos internos de contratación, en el marco del régimen de derecho privado al que se encuentran sujetas.

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



Señor

**Iván Darío Gutiérrez Cardozo**

[ivandariog@hotmail.com](mailto:ivandariog@hotmail.com);

Neiva, Huila

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C-492 de 2024** |
| **Temas:** | UNIVERSIDADES PÚBLICAS – Naturaleza jurídica – Régimen de contratación / ENTIDADES DE RÉGIMEN ESPECIAL – Definición – Reglas aplicables – Cláusulas excepcionales / DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO – Derecho privado – Autonomía de la voluntad – Actos contractuales / GARANTÍAS – Régimen especial |
| **Radicación:** | Respuestas a consulta con radicado No. P20240820008447 |

Estimado señor Gutiérrez:

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 20 de agosto de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

*“[…] ¿Pueden las universidades públicas hacer uso de las cláusulas excepcionales, en su gestión contractual?, el interrogante surge por lo dispuesto en la ley 30 de 1992, articulo 28 donde señala que las instituciones de educación superior, tanto públicas como privadas, tienen derecho a gestionar y aplicar autónomamente sus recursos para el cumplimiento de su objeto social y de su función institucional y también a su turno, los artículos 57 y 93 de la misma ley establecen, de manera puntual, que los entes universitarios del Estado contarán con un régimen contractual especial, es decir que no están sujetas a estatuto general de la contratación pública.*

*¿Pueden las universidades públicas hacer uso del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, para imponer sanciones?*

*¿Pueden las universidades públicas en ejercicio de las cláusulas excepcionales y en aplicación del artículo 86 de la ley 1474 de 2011? Generar anotaciones, imponer inhabilidades, multas y clausula penal mediante actos administrativos.*

*¿los acuerdos universitarios o estatutos de contratación que adoptan el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 y las cláusulas excepcionales son ineficaces?*

*¿Podrían las universidades públicas, pactar terminaciones unilaterales por incumplimiento, amparándose en la autonomía de la voluntad privada, es decir como una estipulación contractual devenido del consentimiento de las partes?*

*¿las universidades públicas pueden amparar sus contratos con pólizas sujetas al decreto 1082 de 2015, o deberán hacer uso de pólizas de régimen privado, y seguir para el siniestro lo que determine los anexos de la póliza?*

*¿pueden las universidades públicas, en ejercicio de su autonomía contractual y particularmente, en sus manuales de contratación privados establecer criterios de ponderación adicionales, para evaluar las ofertas en sus procesos de selección. (como por ejemplo obtener puntos adicionales por ocupar egresados como personal mínimo requerido para la ejecución del contrato o que se acredite tener en nómina profesionales egresados)? […]”.*

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.

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.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos: i) ¿tienen las universidades públicas la posibilidad de utilizar cláusulas excepcionales y/o “exorbitantes” dentro de su actividad contractual?; ii) ¿dentro de la actividad contractual pueden las universidades pactar cláusulas de unilaterales por eventuales incumplimientos?; iii) ¿pueden las universidades públicas hacer uso del artículo 86 de la ley 1474 de 2011 para imponer sanciones por incumplimiento contractual?; y iv) ¿dentro de la estructuración y ejecución de sus procesos pueden las universidades públicas estipular sus garantías bajo los lineamientos de Decreto 1082 de 2015 y establecer criterios de ponderación adicionales que consideren pertinentes?

**2. Respuesta:**

|  |
| --- |
| En respuesta al *primer interrogante* se debe manifestar que, de conformidad con los artículos 57, 93 y 94 de la Ley 30 de 1992 las universidades públicas son entes autónomos, adscritos al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planificación del sector educativo, sujetas a un régimen de contratación especial. De conformidad con estas normas, los contratos que celebren estas entidades se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales. Con arreglo a este marco normativo, la universidades tienen vedado el ejercicio de potestades exorbitantes, al no existir disposición expresa que así lo autorice.  Sin perjuicio de lo anterior, en respuesta a la *segunda cuestión* se indica que, si bien el ejercicio de potestades unilaterales no se encuentra previsto dentro del régimen de contratación aplicable a los entes universitarios autónomos, estas pueden hacer uso de la autonomía de la voluntad estableciendo estipulaciones que de manera expresa reconozcan la posibilidad de que la entidad estatal declare el incumplimiento. 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 *tercer lugar* debe advertirse que, el procedimiento sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 está dirigido exclusivamente a las entidades estatales regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, a efectos de garantizar el debido proceso en el marco de la declaratoria unilateral de incumplimiento, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. En ese sentido, al estar los entes universitarios autónomos exceptuados de la aplicación del régimen general de contratación pública, y al no tener atribuida potestad sancionatoria para la declaratoria de incumplimientos contractuales, tales entidades no tienen la posibilidad de acudir al procedimiento reglado en el artículo 86 de Ley 1474 de 2011. Esto sin perjuicio de que, cuando estas entidades pacten el ejercicio de potestades unilaterales en ejercicio de la autonomía de la voluntad, determinen el mecanismo para hacer efectivas dichas cláusulas.  Por último, se advierte que, las garantías establecidas en el Decreto 1082 de 2015 desarrollan el régimen de garantías de los contratos sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establecido por el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007. En ese sentido, esta regulación no resulta *per se* aplicable a las entidades estatales que, como los entes universitarios autónomos, están sometidas a regímenes especiales, quienes están llamadas a aplicar los mecanismos de cobertura del riesgo que resulten pertinentes de acuerdo con lo establecidos en sus estatutos internos de contratación, en el marco del régimen de derecho privado al que se encuentran sujetas. |

**3.Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

De manera preliminar, se establece que la Constitución Política de Colombia consagra en el artículo 69, por una parte, una garantía de autonomía para que las universidades establezcan sus directivas y sus estatutos de acuerdo con la ley; y por otra, la posibilidad de que cuenten con un régimen especial que corresponde dictar al Congreso[[3]](#footnote-4).

En desarrollo de lo anterior, se expidió la Ley 30 de 1992, mediante la cual se regularon aspectos como la naturaleza jurídica de las universidades estatales, la forma de organizarse y el régimen de contratación aplicable. Así mismo, en el artículo 57 se consignó que el carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprende, entre otros aspectos, el régimen de contratación[[4]](#footnote-5). En el mismo sentido, estableció, en el artículo 93, que los contratos que celebren las universidades estatales u oficiales se regirán por las normas del derecho privado[[5]](#footnote-6). En concordancia con esto, el artículo 94 de la referida ley dispone que, además del cumplimiento de los requisitos propios de la contratación entre particulares, los contratos celebrados por los entes universitarios autónomos estarán sujetos a los requisitos de aprobación y registro presupuestal.

De otro lado, la Ley 489 de 1998, al desarrollar la estructura y organización de la Administración Pública, establece que los entes universitarios hacen parte integral de esta[[6]](#footnote-7), catalogándolos como entidades públicas de carácter autónomo a las que aplica un régimen especial[[7]](#footnote-8). Al respecto, en la sentencia C-1019 de 2012, la Corte Constitucional señaló:

“El régimen especial de las universidades públicas y oficiales se justifica en el hecho de que estas instituciones manejan recursos públicos y a que a través suyo se promueve directamente el servicio público de la educación, por lo cual es fundamental establecer canales de articulación con el Estado y la sociedad en aras de que esta misión se cumpla adecuadamente. Además, como entes públicos, a las universidades se les exige el cumplimiento de la obligación de colaboración armónica consagrado en el artículo 113 de la C.P. para el cumplimiento de las funciones del Estado.

Aunque se establezca la participación de representantes del Estado en sus órganos de gobierno, la normatividad y la jurisprudencia han reconocido que lo anterior no significa que dichas instituciones hagan parte de la administración central o descentralizada, o se conviertan por ello en órganos dependientes y bajo el control de tutela del Estado, “pues las universidades estatales por su carácter de entes autónomos no conforman ninguna de las ramas del poder ni pueden formar parte de la administración nacional”[[8]](#footnote-9). De esta manera se pretende preservar a las universidades públicas y oficiales, de las injerencias e interferencias arbitrarias e indebidas del poder político”[[9]](#footnote-10).

En armonía con lo anterior, se ha considerado que los entes universitarios no son entidades que hagan parte de la rama ejecutiva, ni pueden, por tanto, considerarse entidades descentralizadas, sino que gozan de un régimen especial. De conformidad con los artículos 57, 93 y 94 de la Ley 30 de 1992, el régimen de contratación de estos es el derecho privado, rigiéndose, por ende, por las normas civiles y comerciales. En tal sentido, los establecimientos de educación superior que tienen esta naturaleza jurídica son considerados entidades de régimen especialen materia contractual, por estar exceptuadas de la aplicación del EGCAP.

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[[10]](#footnote-11).

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 trasversales 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 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 trasparencia y en general los demás valores propios de la gestión de lo público”[[11]](#footnote-12).

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, el control fiscal y los principios rectores de la contratación estatal. 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 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.

Ahora bien, en torno a la aplicabilidad de las cláusulas excepcionales, se debe tener en cuenta que dichas cláusulas 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[[12]](#footnote-13).

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) las cláusulas excepcionales de *imposición unilateral* de las cláusulas penales y de multas, cuya exorbitancia se refiere a su imposición unilateral.

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 contrato[[13]](#footnote-14). No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación 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 2007[[14]](#footnote-15). 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 –entre ellas las universidades públicas – 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 Administración Pública[[15]](#footnote-16), 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 domiciliarios[[16]](#footnote-17) y las empresas sociales del Estado[[17]](#footnote-18), no es este el caso de los entes universitarios autónomos, ya que la Ley 30 de 1992 no les otorga esta potestad.

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 clausulas unilaterales y ejerzan autotutela declarativa, imponiendo las sanciones pactadas en el contrato[[18]](#footnote-19). 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 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 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”[[19]](#footnote-20)*.*

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 *“[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*”.

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*”[[20]](#footnote-21); postura que ha venido siendo reiterada[[21]](#footnote-22) 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 administrativos[[22]](#footnote-23)39. 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*”[[23]](#footnote-24), ni puede adjudicarse, por sí misma, competencias que son de rango legal[[24]](#footnote-25) -sin perjuicio de aquellas hipótesis en que el legislador ha autorizado de manera excepcional la posibilidad de que las ESP puedan expedir actos administrativos-“[[25]](#footnote-26).

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 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. 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 negocial de las partes amparada su autonomía de la voluntad, que se materializa a través actos jurídicos unilaterales de derecho privado[[26]](#footnote-27).

En ese orden, si bien el ejercicio de potestades unilaterales no se encuentra previsto dentro del régimen de contratación aplicable a los entes universitarios autónomos, estos 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.

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 bancarías 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, 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 beneficiaria[[27]](#footnote-28); 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 dinero[[28]](#footnote-29). 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, debe indicar que las garantías 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, como los entes universitarios autónomos, están sometidas a regímenes especiales, 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.

Para ello, 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 del 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,

**4. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Ley 80 de 1993, artículos 14 al 19. * Ley 1150 de 2007, artículos 13 y 17 * Ley 1474 de 2011, artículo 86. * Ley 30 de 1992, articulo 57, 69 * Ley 1437 de 2011, artículo 141 * Ley 2195 de 2022, artículo 53 * Ley 489 de 1998 * Código Civil, artículos 16, 1519 y 1741 * Código de Comercio, artículos 1075 y 1077   CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Exp. 30.832. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.  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 B, sentencia del 19 de junio de 2019, Exp. No. 39.800.  CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 23 de noviembre de 2022, Exp. No. 66.700.  CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 21 de octubre de 2021, Exp. No. 36697.  CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 24 de septiembre de 2020, Exp. No. 44707.  CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 21 de mayo de 2021, Exp. No. 57822.  CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de agosto de 2011, expediente 11001-3103-012-1999-01957-01.  Guía de garantías en procesos de contratación. p. 12. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias>.  BARRETO MORENO, Antonio A. El derecho de la compra pública. Legis - Universidad de la Sabana, primera edición, Bogotá, 2019. |

1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos C-035 y C-040 del 2 de marzo de 2022, C-061 del 8 de marzo de 2022, C-088 del 22 de marzo de 2022, C-120 del 22 de marzo de 2022, C-125 del 24 de marzo de 2022, C-143 del 31 de marzo de 2022, C-162 del 5 de abril de 2022, C-193 del 12 de abril de 2022, C-194 del 12 de abril de 2022, C-208 del 27 de abril de 2022, C-085 del 29 de abril de 2022, C-265 del 4 de mayo de 2022, C-278 del 9 de mayo de 2022, C-563 del 8 de agosto de 2022, analizó el alcance de las cláusulas excepcionales en entidades de régimen especial, Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta los interrogantes planteados. 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/](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Frelatoria.colombiacompra.gov.co%2F&data=05%7C02%7Cdiana.blanco%40colombiacompra.gov.co%7C5aad36a736844ec87b2108dcc1fa4639%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638598527917590308%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=20bTO%2BV9qR58r83wa63pBfbKVVpQa4CxfO3WRNMrKeM%3D&reserved=0)

Te invitamos a revisar la cuarta edición del Boletín de Relatoría de 2024,  en el cual se explicaron los cambios más relevantes que fueron incorporados en los Documentos Tipo para el sector de Infraestructura de Transporte, en las modalidades de selección de Licitación de Obra Pública, Selección Abreviada de Menor Cuantía y Mínima Cuantía. Puede consultarlo en el siguiente enlace : [BOLETÍN DE RELATORÍA 2024 – IV | Colombia Compra Eficiente | Agencia Nacional de Contratación Pública](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsala-de-prensa%2Fboletin-digital%2Fboletin-de-relatoria-2024-iv&data=05%7C02%7Crichard.montenegro%40colombiacompra.gov.co%7C616b83c3423e4d31151908dce489c00d%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638636527544523753%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=31YhXeGtv64u7LemD7puqCnYKJJe9dHadN%2BOIWggxZE%3D&reserved=0)

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

Twitter: @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 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,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Richard Andrés Montenegro Siefken  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro R. Sarmiento Cantillo  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero Gacharná  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. [↑](#footnote-ref-2)
2. [↑](#footnote-ref-3)
3. “Artículo 69. Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado”. [↑](#footnote-ref-4)
4. “Artículo 57. Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.

   “Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: Personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden.

   “El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales, comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud, de acuerdo con la presente ley”. [↑](#footnote-ref-5)
5. “Artículo 93. Salvo las excepciones consagradas en la presente ley, los contratos que para el cumplimiento de sus funciones celebren las universidades estatales u oficiales, se regirán por las normas del derecho privado y sus efectos estarán sujetos a las normas civiles y comerciales, según la naturaleza de los contratos». [↑](#footnote-ref-6)
6. “Artículo 39. Integración de la Administración Pública. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano”. [↑](#footnote-ref-7)
7. “Artículo 40. Entidades y organismos estatales sujetos a régimen especial. El Banco de la República, los entes universitarios autónomos, las corporaciones autónomas regionales, la Comisión Nacional de Televisión y los demás organismos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes”. [↑](#footnote-ref-8)
8. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-121 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-9)
9. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1019 del 28 de noviembre de 2012. M.P. Mauricio González. [↑](#footnote-ref-10)
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”. [↑](#footnote-ref-11)
11. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Radicado No. 45.607 del 24 de octubre de 2016. Consejera Ponente: María Nubia Velásquez Rico. [↑](#footnote-ref-12)
12. 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. [↑](#footnote-ref-13)
13. Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-14)
14. 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). [↑](#footnote-ref-15)
15. 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”. [↑](#footnote-ref-16)
16. 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”. [↑](#footnote-ref-17)
17. 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”. [↑](#footnote-ref-18)
18. Providencias que avalaron dicha tesis fueron las siguientes: Consejo de Estado. Sección Tercera. 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 plantea en las sentencias del Consejo de Estado. Sección Tercera. 1 de agosto de 2018. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Expediente: 39277 y del 14 de febrero de 2019. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 38937. [↑](#footnote-ref-19)
19. 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.

    [↑](#footnote-ref-20)
20. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 19 de junio de 2019, Exp. No. 39.800. [↑](#footnote-ref-21)
21. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 23 de noviembre de 2022, Exp. No. 66.700. [↑](#footnote-ref-22)
22. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 21 de octubre de 2021, Exp. No. 36697.. [↑](#footnote-ref-23)
23. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 24 de septiembre de 2020, Exp. No. 44707. [↑](#footnote-ref-24)
24. CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 21 de mayo de 2021, Exp. No. 57822. [↑](#footnote-ref-25)
25. [↑](#footnote-ref-26)
26. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de 30 de agosto de 2011, expediente 11001-3103-012-1999-01957-01 [↑](#footnote-ref-27)
27. 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-pliegos-tipo/manuales-y-guias>. [↑](#footnote-ref-28)
28. 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”. [↑](#footnote-ref-29)