	<b>ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS</b>	<b>Código:</b> F-DO-0038
		<b>Version:</b> 01
		Página 1 de 16

FACULTADES UNILATERALES EN LOS CONTRATOS ESTATALES  
REGIDOS POR EL DERECHO PRIVADO

Jackeline Ortiz Mora<sup>1</sup>

Institución Universitaria de Envigado

Especialización en Contratación Estatal

2023

**Resumen**


Las entidades estatales con regímenes exceptuados no tienen una facultad expresa, tal como la tienen las entidades que se rigen por el estatuto de la contratación pública, para hacer efectivas de forma unilateral y sin acudir a los jueces, las cláusulas sancionatorias también llamadas cláusulas accidentales, convirtiéndose en prerrogativas exclusivas de la administración, lo cual genera el interrogante si en virtud de la autonomía de la voluntad derivada del derecho civil y comercial, aquellas, las entidades exceptuadas, no ya en virtud de las cláusulas excepcionales (que le están vedadas) pero si del derecho común podrían aplicar de forma unilateral las sanciones contractuales previstas en el contrato, asunto que conlleva a que este artículo aborde como objetivo general el identificar cual es el alcance de las facultades unilaterales en los contratos estatales regidos por el derecho privado, el cual es desarrollado desde una investigación cualitativa de enfoque hermenéutico jurídico, que permitió concluir que pese a la falta de unidad jurisprudencial del Consejo de Estado se puede acudir a los postulados básicos del derecho civil para que incluir y hacer efectivas dichas cláusulas sea una opción para los regímenes especiales.

**Palabras clave**

Régimen exceptuado, sanciones contractuales, facultades unilaterales

---

<sup>1</sup>Abogada egresada de la Institución Universitaria de Envigado, candidata a especialista en Contratación Estatal de la misma universidad. Correo electrónico: abogada.ortizmora@gmail.com

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo Vigilada Mineducación</p>	<p><b>ARTÍCULO ACADÉMICO</b> <b>PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN</b> <b>FACULTAD DE CIENCIAS</b> <b>JURÍDICAS Y POLÍTICAS</b></p>	<p><b>Código:</b> F-DO-0038</p> <hr/> <p><b>Version:</b> 01</p> <hr/> <p>Página 2 de 16</p>
---	--	---

### **Abstract**


State entities with exempt regimes do not have an express power, as do entities governed by the public procurement statute, to make effective unilaterally and without going to the judges, the sanctioning clauses also called accidental clauses, becoming exclusive prerogatives of the administration, which raises the question whether by virtue of the autonomy of the will derived from civil and commercial law, those, the exempted entities, no longer by virtue of the exceptional clauses (which are forbidden) but whether common law could unilaterally apply the contractual sanctions provided for in the contract, a matter that leads this article to address as a general objective to identify the scope of unilateral powers in state contracts governed by private law, which It is developed from a qualitative research with a legal hermeneutic approach, which allowed us to conclude that despite the lack of jurisprudential unity of the Council of State, it is possible to resort to the basic postulates of civil law so that including and making these clauses effective is an option for regimes specials.

### **Key words**

Excepted regime, contractual sanctions, unilateral powers.

### **Introducción**

En Colombia es jurídicamente aceptable que las entidades estatales con regímenes exceptuados al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP – Ley 80, 1993) pacten cláusulas sancionatorias, la discusión sobre si estas pueden hacerse efectivas de forma unilateral por la entidad estatal beneficiaria, sin acudir a los jueces, no es pacífica, tema que se ha debatido tanto

 <p><b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</b></p> <p>Ciencia, educación y desarrollo Vigilada Mineducación</p>	<p><b>ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS</b></p>	<p><b>Código:</b> F-DO-0038</p> <hr/> <p><b>Version:</b> 01</p> <hr/> <p>Página 3 de 16</p>
--	---	---


doctrinal como jurisprudencialmente, último escenario donde pueden encontrarse posiciones disímiles sin que existan sentencias de unificación al respecto.

Lo anterior ha llevado a una incertidumbre jurídica ya que el Consejo de Estado no en pocas ocasiones ha ido en contra de principios del derecho civil tales como la libertad contractual o autonomía de la voluntad, para señalar que a las Entidades con Regímenes Exceptuados les está vedada la posibilidad de pactar y hacer efectivas cláusulas accidentales y los mecanismos para su cumplimiento unilateral, mientras que en sentencias más recientes ha validado tal posibilidad en virtud de los mismos principios.

El anterior asunto, permite establecer la pregunta problematizadora de ¿cuál es el alcance de las facultades unilaterales en los contratos estatales regidos por el derecho privado?. De allí que el objetivo general de este artículo de investigación es identificar cual es el alcance de las facultades unilaterales en los contratos estatales regidos por el derecho privado. Y es abordado desde dos objetivos específicos, i) Analizar el concepto de cláusulas exorbitantes en el derecho privado, como facultad unilateral exclusiva o autonomía de la voluntad; y ii) Examinar la jurisprudencia predominante respecto a los límites de la capacidad sancionadora de las entidades con régimen exceptuado, desde las facultades unilaterales de dichas entidades.

Para lograrlo la autora recurre a un investigación cualitativa de enfoque hermenéutico jurídica que parte de establecer una muestra jurisprudencial del Consejo de Estado en un rango de tiempo que va desde el año de 1994 hasta el 2022 y alguna doctrina nacional, y realiza un ejercicio hermenéutico para arribar a unas conclusiones que pretenden dar respuesta a la pregunta de investigación y a la par arriesgar una propuesta para que las entidades estatales con regímenes exceptuados, tengan elementos o argumentos jurídicos para hacer efectivas las cláusulas sancionatorias de forma unilateral sin necesidad de acudir a los jueces.

Es así como se logró concluir que para que sea posible el pacto de cláusulas accidentales y de los mecanismos para su efectividad es necesario el reconocimiento de formas jurídicas derivadas del debido proceso, buen fe contractual, no abuso del


	<b>ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS</b>	<b>Código:</b> F-DO-0038
		<b>Version:</b> 01
		Página 4 de 16

derecho, y de la esencia misma de esta tipología especial de contratos estatales regidos al derecho privado, que encuentran su sustento en el derecho comercial y civil pero también en su propios manuales de contratación, último elemento tenido muy poco en cuenta en los diversos debates.

### **¿Facultad unilateral exclusiva o autonomía de la voluntad?**

La Ley 80 (1993) estableció en su artículo 32 que los contratos suscritos por Entidades Públicas tiene la denominación genérica de contrato estatal, pero la misma Ley hace una distinción importante: existen contratos estatales sometidos íntegramente al EGCAP y otros regidos por el derecho privado y los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, a su vez sometidos a sus propios estatutos o manuales de contratación que son reflejo de dichos principios, ejemplo de ello son las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (EICE), como en el caso de Ecopetrol o de las Empresas de Servicios Públicos (ESP), que por estar en competencia con otras empresas en el mercado, el legislador consideró que tuvieran leyes especiales, a estas, genéricamente según la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (2022) se les ha denominado regímenes exceptuados, creación que obedece a permitir a tales entidades competir en el mercado en iguales condiciones a las que tienen las empresas privadas cuyas reglas de acción están determinadas por el Código de Comercio y el Código Civil, y que también según Montaña y Zapata (2022) ha justificado desde la necesidad de flexibilizar la gestión contractual de las mismas.

De lo anterior, se desprende que es jurídicamente aceptable que las entidades estatales con regímenes exceptuados del estatuto de la contratación pública pacten cláusulas sancionatorias que procuran conminar al contratista a ejecutar el contrato de la manera como fue pactado, la discusión sobre si estas pueden hacerse efectivas de forma unilateral por dichas entidades estatales, sin acudir a los jueces, no es pacífica, lo cual se ha debatido tanto doctrinal como jurisprudencialmente, último escenario donde pueden encontrarse posiciones contradictorias, la mayoría de veces con una


 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo Vigilada Mineducación</p>	<b>ARTÍCULO ACADÉMICO</b> <b>PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN</b> <b>FACULTAD DE CIENCIAS</b> <b>JURÍDICAS Y POLÍTICAS</b>	<b>Código:</b> F-DO-0038
		<b>Version:</b> 01
		Página 5 de 16

bipolaridad penosa y sin que existan sentencias de unificación, las cuales este artículo pretende esbozar, a la par que se arriesga una propuesta que permita blindar, lo que se considera una facultad derivada de la autonomía de la voluntad privada consagrada en el artículo 1602 del Código Civil, como la posibilidad de que las Entidades Estatales con Regímenes Exceptuados apliquen de manera unilateral las sanciones pactadas en el contrato.

Con fundamento en el ius puniendi, el Estado tiene potestades sancionatorias como lo ha señalado el Consejo de Estado (2013) en Concepto radicado 2157, esta es una de las ocasiones que reflejan de mejor manera tal postulado del contrato estatal, en virtud de ello se le otorgan facultades excepcionales según el artículo 14 del EGCAP como contratante, tales como la terminación, interpretación y modificación unilaterales del contrato, o la aplicación unilateral de multas, siendo a tenor de lo dispuesto en la Ley 1150 (2007), que:

“(…)el deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones (…) la cláusula penal y las multas así impuestas se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva (Art. 17)”.

Nótese como la norma pareció delimitar tal potestad a las entidades sometidas a la Ley 80 (1993) y partiendo de dicha premisa un gran número de sentencias del Consejo de Estado, sección tercera, han señalado que de dicha facultad sólo gozan quienes por expresa disposición normativa tengan la habilitación legal allí indicada, tal como lo reconoce la misma corporación en Sentencia expediente 9288 de 1994. Vedando tal ejercicio a las demás entidades estatales no sometidas al EGCAP.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo Vigilada Mineducación</p>	<b>ARTÍCULO ACADÉMICO</b> <b>PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN</b> <b>FACULTAD DE CIENCIAS</b> <b>JURÍDICAS Y POLÍTICAS</b>	<b>Código:</b> F-DO-0038
		<b>Version:</b> 01
		Página 6 de 16

Cabe señalar que los contratos suscritos por empresas públicas con regímenes exceptuados son “contratos estatales especiales” (Consejo de Estado, Sentencia 14202, 1998), lo cuales por expresa disposición legal, como se ha indicado, no se someten al EGCAP, sino a sus propios reglamentos de contratación, y al derecho privado.


En general, la doctrina y la jurisprudencia han avanzado, al reconocer, que es posible para ambos regímenes de la contratación pública, que puedan pactar cláusulas sancionatorias, aunque no hay acuerdo sobre la manera de hacerlas efectivas. Sea que se trate de régimen exceptuado o no, en materia contractual, el Consejo de Estado ha identificado las sanciones de la siguiente manera: 1. Pecuniarias, 2. Rescisorias, 3. Coercitivas o Compulsorias. De conformidad con el Consejo de Estado (1994), las primeras han de entenderse como la efectividad de la cláusula penal, las segundas como la posibilidad de poner fin al contrato frente a incumplimientos graves por parte del contratista, y las últimas orientadas a apremiar el cumplimiento de las cláusulas contractuales, ejemplo de ello las multas o medidas de apremio.

En la tabla expuesta a continuación se muestran las principales tesis que ha sostenido el Consejo de Estado sobre la posibilidad o imposibilidad de las Entidades Estatales con regímenes exceptuados de aplicar sanciones contractuales de forma unilateral.


**Tabla 1**

*Línea jurisprudencial del Consejo de Estado sobre aplicación de sanciones contractuales en regímenes exceptuados*

Sentencia	Tesis
Expediente 9288 -1994	1. La posibilidad de hacer efectivas de forma unilateral las multas y demás sanciones establecidas en el contrato sólo es posible en los contratos administrativos sin que tal prerrogativa pueda ser extendida


 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo Vigilada Mineducación</p>	<b>ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS</b>	<b>Código:</b> F-DO-0038
		<b>Version:</b> 01
		Página 7 de 16

	<p>a otras entidades bajo el ropaje de régimen especial.</p> <p>2.Los contratos de derecho privado se sustentan en el principio de igualdad de las partes, por lo cual ninguna de ellas tiene la potestad de ser juez y parte del negocio jurídico suscrito. Por lo cual sólo el Juez podrá determinar si de los supuestos alegados y probados en el proceso se dan los elementos fácticos para imponer cláusulas sancionatorias tales como las multas.</p>
Expediente 12342-2004	Es el juez quien establece la responsabilidad del contratista para que sea posible descontar los montos estipulados. Por ende, aunque se debe admitir que la cláusula penal o de multa sean una realidad en el contrato de derecho privado, a diferencia de los contratos sometidos al régimen general de la contratación administrativa, se debe acudir a los jueces para que sean estos quienes determinen "la existencia, extensión y consecuencias del alegado incumplimiento"
Expedientes 14579 -2005 / 17009 - 2008	Si bien las partes bajo el principio de la autonomía de la voluntad pueden pactar todo tipo de cláusulas conforme a la legislación civil y comercial, lo que no es posible es estipularlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, ya que son una prerrogativa pública que proviene de la Ley y no del pacto, no obstante, a partir de la Ley 80 del 1993 el Estado no tiene competencia para imponer la correspondiente multa o cláusula penal y deberá acudir al Juez, ya que la Ley 80 no le otorgó dicha competencia.
Expediente 21178 -2011	Aunque en los contratos suscritos por la administración cuyo régimen es de derecho privado, es irrefutable el pacto de cláusulas penales o de multas, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, también es cierto que cuando el Estado actúa en condiciones iguales a los particulares no puede declarar de forma unilateral el incumplimiento e imponer de forma unilateral una sanción mediante


 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo Vigilada Mineducación</p>	<b>ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS</b>	<b>Código:</b> F-DO-0038
		<b>Version:</b> 01
		Página 8 de 16

	<p>acto administrativo, dado que dichos poderes exorbitantes no le fueron conferidas por la legislación civil o comerciales o por las leyes especiales que las regulan.</p>
Expediente 18496 -2013	<p>Debe entenderse que “el pacto de multas” y “la imposición unilateral de las mismas” obedecen a conceptos jurídicos distintos, las primeras devienen de la autonomía negocial, las segundas son una competencia exclusiva del Estado prevista en la Ley, por lo cual no es posible su ejercicio en los contratos de derecho privado.</p>
Expediente 57394 -2017	<p>1. Los contratos estatales regidos por el derecho privado, las partes pueden pactar no sólo los acontecimientos que constituyen el incumplimiento, sino también las consecuencias de los mismos, y estipular los mecanismos para mitigar las consecuencias derivadas de estos e incluso aplicar las sanciones correspondientes pactadas por las partes.</p> <p>2. Por lo cual es pertinente no sólo el pacto de cláusulas accidentales, sino que en virtud de las mismas la aplicación de mecanismos de cumplimiento como la liquidación o terminación unilateral o la imposición de la cláusula penal, sin que ello implique desconocer normas de carácter imperativo o un ejercicio abusivo del derecho que vaya en contra del principio de buena fe o el orden público.</p> <p>3. Esta sala considera que la decisión de terminar de forma unilateral un contrato regido por derecho privado no supone una ruptura de la igualdad o del equilibrio entre las partes, constituyéndose en un privilegio exclusivo de la parte que cumplió, ya que esta puede ver afectados sus intereses al tener que suscribir un nuevo contrato y ver frustrado su interés en llevar el contrato a feliz término.</p>
Expedientes 41783 -2016 /	<p>1.El pacto y ejercicio de facultades unilaterales como la terminación o la liquidación encuentran su respaldo en la autonomía de la voluntad</p>



 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo Vigilada Mineducación</p>	<b>ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS</b>	<b>Código:</b> F-DO-0038
		<b>Version:</b> 01
		Página 9 de 16


57934 – 2017	<p>privada, por lo cual resulta viable que las partes pacten las cláusulas accidentales cuidando que las mismas no contravengan normas imperativas o que representen un ejercicio abusivo del derecho.</p> <p>2. Los actos emitidos por la entidad estatal contratante en ejercicio del contrato regido por derecho privado, son actos contractuales y no actos administrativos, de manera que el medio de control es el de controversias contractuales y no por vía de nulidad.</p>
Expediente 56562 -2017	<p>1.El Consejo de Estado consideró que en desarrollo del debido proceso la imposición de multas tiene lugar cuando el mismo se ha garantizado al contratista dándole a este la oportunidad de hacer las manifestaciones y defensas pertinentes. Una vez se garantice le debido proceso la administración tiene la facultad de descontar las sumas adeudadas o impuestas además hacer efectiva la garantía de cumplimiento del contrato.</p> <p>2. Los contratantes tienen la potestad de suscribir las cláusulas de acuerdo con sus intereses, ello incluye no sólo aspectos como las prestaciones debidas, la suscripción de pólizas o el objeto contractual sino la inclusión de cláusulas accidentales y las consecuencias derivadas del incumplimiento, como la terminación unilateral, su liquidación, las multas, en aras de asegurar el debido cumplimiento del contrato.</p> <p>3. La suscripción de las cláusulas mencionadas tales como las accidentales (multas, cláusula penal, terminación y liquidación, unilaterales) no se clasifican como excepcionales ya que no se estipulan en ejercicio de un poder exorbitante que provenga de la Ley sino en el , es decir que su naturaleza es convencional y es un ejercicio de la autonomía negocial por lo tanto no hacen parte de un poder del Estado ya que su objetivo final es que la relación de carácter comercial</p>

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo Vigilada Mineducación</p>	<b>ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS</b>	Código: F-DO-0038
		Version: 01
		Página 10 de 16

	<p>cuente con mecanismos idóneos para lograr su cometido o cumplimiento.</p>
<p>Expediente 39800 -2019</p>	<p>Se ha dado un cambio de paradigma, del entendimiento que las entidades con regímenes exceptuados no tenían una habilitación legal para pactar y hacer exigibles las cláusulas unilaterales a aceptar que al igual que los particulares tienen tal habilitación en desarrollo de la autonomía negocial.</p>
<p>Expediente 66700 -2022</p>	<p>El Consejo de Estado le da la razón a la entidad demandada al manifestar que los descuentos por incumplimiento no correspondieron a una potestad arbitraria sino al cumplimiento y desarrollo de lo acordado previamente por las partes.</p> <p>Si en virtud de un acuerdo de voluntades las partes aceptaron los descuentos por incumplimientos o multas, al juez le corresponderá validar que la parte habilitada en el contrato para hacerlo lo haga sin abusar del derecho y cumpliendo con los precisos términos contractuales.</p>
<p>Expediente 66.729 -2022</p>	<p>El acto mediante el cual se liquida unilateralmente un contrato estatal regido por el derecho privado es un acto contractual, por lo cual no está dotado de la presunción de legalidad que caracteriza a los actos administrativos por lo cual no es posible que sea demandado para que procedan las pretensiones alegadas tales como el incumplimiento o desequilibrio económico.</p>

**Tabla 2**

*Línea jurisprudencial del Corte Suprema de Justicia sobre aplicación de sanciones contractuales en regímenes exceptuados*

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo Vigilada Mineducación</p>	<b>ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS</b>	<b>Código:</b> F-DO-0038
		<b>Version:</b> 01
		Página 11 de 16


Sentencia	Tesis
Sentencia del 30 de agosto 2011	La autonomía de la libertad no puede entenderse separada de la afirmación de que las personas tienen potestades que se traducen en la libre disposición de contratar o no hacerlo, de elegir con quien suscribe el contrato, libertad de escogencia o creación del contrato en cuanto a la forma, de hacerlo directamente o a través de mandatario, de escoger el contenido de las cláusulas, pactar la forma de garantizar el cumplimiento o prever la terminación sin necesidad de que medie para ello decisión judicial; la validez de dichas cláusulas deviene del principio de autonomía negocial o libertad contractual.

De la anterior muestra de sentencias del Consejo de Estado, sección tercera, y el expediente referenciado de la Corte Suprema de Justicia, pueden extraerse al menos tres posiciones (contradictorias) respecto a la facultad de imposición de sanciones contractuales por parte de las Entidades Estatales Exceptuadas:

1. La necesaria existencia de habilitación legal para imponer las sanciones contractuales: sólo en los eventos consagrados en la norma puede una entidad estatal aplicar sanciones contractuales de manera unilateral y dado que la norma sólo lo autoriza a las Entidades sometidas al EGACP no pueden las entidades estatales con regímenes exceptuados imponerlas.

2. Los regímenes exceptuados no pueden pactar cláusulas excepcionales como las contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pero si pueden pactar cláusulas accidentales como las penales, pero en todo caso deben acudir al Juez para hacerlas efectivas

3. La Aplicabilidad del principio de autonomía del a voluntad, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, presupone que las entidades estatales con regímenes exceptuados pueden no sólo pactar sino imponer multas de manera unilateral en virtud de dicho principio. Esta postura de acogida a las facultades unilaterales en contratos

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo Vigilada Mineducación</p>	<p><b>ARTÍCULO ACADÉMICO</b> <b>PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN</b> <b>FACULTAD DE CIENCIAS</b> <b>JURÍDICAS Y POLÍTICAS</b></p>	<b>Código:</b> F-DO-0038
		<b>Version:</b> 01
		Página 12 de 16

regidos por el derecho privado es la más reciente asumida por el Consejo de Estado (2022) en Sentencia 66700.

**Recomendaciones para la aplicación unilateral de sanciones contractuales por parte de regímenes exceptuados:**


La posición actual del Consejo de Estado es que los regímenes exceptuados no sólo pueden pactar cláusulas sancionatorias, sino que también las pueden hacer efectivas de manera unilateral, a partir de allí, el Consejo de Estado ha fijado algunas pautas para su efectiva aplicación, diseminadas en sus diferentes sentencias, y que pueden sintetizarse así:

De acuerdo con el Consejo de Estado (2017), en el clausulado contractual se debe:

- i) pactar expresamente las cláusulas sancionatorias, ii) que estas incurran en una prestación sustancial o principal, que imposibilite o impida la ejecución del objeto contratado. iii) que su estipulación no se de bajo el ejercicio potestativo de posición arbitraria o dominante. Y iv) que se garantice el debido proceso, referente a que esta solo procede cuando se ha comunicado al contratista y se ha dado la oportunidad de garantizar la contradicción sobre los cargos imputados.

De otra parte, la importancia de las formas contractuales conlleva al cuidado de las denominaciones que se les da a los diferentes documentos emitidos por la Entidad Estatal, de tal suerte que su emisión debe tener la forma y denominación de actos contractuales y nunca de actos administrativos.


La propuesta que esta autora arriesga es que, dado que los regímenes exceptuados tienen en su manual de contratación la ruta de navegación de su actividad contractual, se incorporen las cláusulas que tipifiquen los acuerdos tendientes al debido cumplimiento de las obligaciones contractuales, así como el debido proceso para su ejecución, tales como: medidas de apremio, descuentos por incumplimiento, y demás cláusulas accidentales pertinentes, ello por la exigencia de estandarización y tipicidad

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo Vigilada Mineducación</p>	<p><b>ARTÍCULO ACADÉMICO</b> <b>PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN</b> <b>FACULTAD DE CIENCIAS</b> <b>JURÍDICAS Y POLÍTICAS</b></p>	<b>Código:</b> F-DO-0038
		<b>Version:</b> 01
		Página 13 de 16

de dichas cláusulas, que a juicio de esta autora no basta con dejarlo plasmado en el contrato o en las condiciones particulares de contratación. Ello en tanto los manuales de contratación de los regímenes exceptuados deben ser la proyección de principios que le son de obligatorio cumplimiento desde la óptica constitucional (Art. 209 y 267 C.P), entre ellos el de moralidad, que impone el deber de manejar el patrimonio público con diligencia y cuidado de un buen hombre de negocios.

### **Conclusiones**

1. Los regímenes exceptuados, en virtud del principio de autonomía negocial desarrollado en los artículos 1.602 al 1.605 del Código Civil, tienen la potestad de celebrar contratos con el pacto de las cláusulas accidentales o sancionatorias tendientes a apremiar el cumplimiento del contrato o hacer efectiva la cláusula penal o de descuentos, así lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado (2022), ello en tanto la naturaleza de sus actos y contratos se rige por el derecho civil y comercial, cuyo uno de sus principios básicos es el de “el contrato es Ley para las partes”.
  
2. Los regímenes especiales, en la configuración de sus manuales de contratación, tienen como ruta los principios constitucionales estipulados en los artículos 209 y 267, de allí la importancia de que estos contengan aquellos artículos que hagan posible la eficacia de la moralidad administrativa, mediante la tipificación de las cláusulas accidentales y su debido proceso, como garantía que obligue a los servidores públicos que trabajan con la gestión contractual, no sólo a su inclusión sino también, observancia del debido proceso, de igual manera como garantía de publicidad y transparencia frente a los contratistas. Esto posibilita que este tipo de estipulaciones no queden al arbitrio de las diferentes entes administrativos o gestores contractuales de las entidades, y otorgue a los servidores públicos una ruta clara frente a su inclusión en el contrato estatal especial.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo Vigilada Mineducación</p>	<b>ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS</b>	<b>Código:</b> F-DO-0038
		<b>Version:</b> 01
		Página 14 de 16

### Referencias

Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de Colombia 1991*. Diario Oficial de Colombia No. 116 de 20 de julio de 1991.  
<https://login.iue.basesdedatosezproxy.com/login?qurl=https://app.vlex.com%2f#WW/vid/42867930>

Congreso de la República. *Ley 80 de 1993*. Diario Oficial de Colombia.  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0080\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html)

Congreso de la República. *Ley 1150 de 2007*. Diario Oficial de Colombia. No. 41.094.  
<https://login.iue.basesdedatosezproxy.com/login?qurl=https://app.vlex.com%2f#WW/vid/528070779>


Congreso de la República. *Ley 2195 de 2022*. Diario Oficial de Colombia. No. 51.921.  
<https://app-vlex.com.iue.basesdedatosezproxy.com/#search/jurisdiction:CO/ley+2195+de+2022/#vid/ley-numero-2195-2022-923611480>.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (2013). *Consulta radicación 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157)*. C.P. Álvaro Namen Vargas.  
<https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/137/SC/concepto2157.pdf>

Consejo de Estado, Sección Tercera. (1994). *Sentencia expediente 9288 de 1994*. C.P. Daniel Suarez Hernandez.  
[https://www.redjurista.com/Documents/consejo\\_de\\_estado,\\_seccion\\_tercera\\_e.\\_no.\\_9288\\_de\\_1994.aspx#/](https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_seccion_tercera_e._no._9288_de_1994.aspx#/)

Consejo de Estado, Sección Tercera. (1998). *Sentencia 14202 del 20 de agosto de 1998*.  
[https://www.redjurista.com/Documents/consejo\\_de\\_estado,\\_seccion\\_tercera\\_e.\\_no.\\_n14202\\_de\\_1998.aspx#/](https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_seccion_tercera_e._no._n14202_de_1998.aspx#/)

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2004). *Sentencia de 19 de agosto de 2004, expediente 12342*. M.P. Ramiro Saavedra Becerra.  
[https://www.redjurista.com/Documents/consejo\\_de\\_estado,\\_seccion\\_tercera\\_e.\\_n\\_o.\\_12342\\_de\\_2004.aspx#/](https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_seccion_tercera_e._n_o._12342_de_2004.aspx#/)

	<b>ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS</b>	<b>Código:</b> F-DO-0038
		<b>Version:</b> 01
		Página 15 de 16

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2005). *Sentencia del 20 de octubre de 2005, expediente 14579. M.P. German Rodríguez Villamizar.*  
[https://www.dltribunaladministrativodelmagdalena.com/images/Jurisprudencia/Whatsapp\\_2019/FalloNulidad.pdf](https://www.dltribunaladministrativodelmagdalena.com/images/Jurisprudencia/Whatsapp_2019/FalloNulidad.pdf)

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2008). *Sentencia del 13 de noviembre de 2008, expediente 17009. M.P. Enrique Gil Botero.*  
[https://www.dltribunaladministrativodelmagdalena.com/images/Jurisprudencia/Whatsapp\\_2019/FalloNulidad.pdf](https://www.dltribunaladministrativodelmagdalena.com/images/Jurisprudencia/Whatsapp_2019/FalloNulidad.pdf)

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2009). *Sentencia de 7 de octubre de 2009, expediente 18496. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.*  
[https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/50001-23-31-000-2006-00639-01\(59212\).htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/50001-23-31-000-2006-00639-01(59212).htm)

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2011). *Sentencia radicación número: 20001-23-31-000-1999-00764-01(21178). C.P. Ruth Stella Correa Palacio.*  
[http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/99/S3/20001-23-31-000-1999-00764-01\(21178\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/99/S3/20001-23-31-000-1999-00764-01(21178).pdf)


Consejo de Estado, Sección Tercera. (2016). *Sentencia de 24 de agosto de 2016, expediente 41783. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.*  
<https://xdocs.pl/doc/sentencia-consejo-de-estado-accion-de-controversias-contractualespdf-3nredm9v0d8j>

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2017). *Sentencia radicación 68001-23-31-000-2011-00554-01 (57394). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.*  
[https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/68001-23-31-000-2011-00554-01\(57394\).htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/68001-23-31-000-2011-00554-01(57394).htm)

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2017). *Sentencia de 20 de febrero de 2017, expediente 56562. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.*  
[https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol\\_fecdbfe37d3742cab977c64bc3015c0b/coleccion-de-jurisprudencia-colombiana/sentencia-2002-04432-56939-de-febrero-20-de-2017](https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_fecdbfe37d3742cab977c64bc3015c0b/coleccion-de-jurisprudencia-colombiana/sentencia-2002-04432-56939-de-febrero-20-de-2017)

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2019). *Sentencia radicación 85001-23-31-001-2008-00076-01(39800) del 19 de junio de 2019. C.P. Alberto Montaña Plata.*  
<https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/220/85001-23-31-001-2008-00076-01.pdf>

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2022). *Sentencia del 23 de noviembre de 2022 Radicación: 05001-23-31-000-2011-01824-01 (66700). M.P. Alberto Montaña*

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo Vigilada Mineducación</p>	<b>ARTÍCULO ACADÉMICO PROGRAMA DE ESPECIALIZACIÓN FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS</b>	<b>Código:</b> F-DO-0038
		<b>Version:</b> 01
		Página 16 de 16

*Plata.*

<https://drive.google.com/file/d/152c9INt250sbzCYDxZben9KKGJcB0n9Or/view>

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2022). Sentencia del 12 de diciembre de 2022. Radicación número: 85001-23-33-000-2017-00074-02 (66729). <https://www.beltranpardo.com/wp-content/uploads/2023/04/CE-66729.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (2011). *Sentencia del 30 de agosto de 2011. M.P. William Namén Vargas.* <https://procesal.uexnado.edu.co/wp-content/uploads/sites/9/2014/02/B44C5.pdf>

Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (2022). *Conferencia: Unificación de jurisprudencia en materia de contratación estatal regímenes especiales final.* <https://www.youtube.com/watch?v=H66G4is5C4A>

Montaña, A. & Zapata Garcia, P. (2022). *La necesaria claridad conceptual y teórica sobre los contratos estatales que se rigen por el derecho privado como presupuesto para su control judicial efectiva.* <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=960005113067070001084124088117103109059089000008089092099121113027097020098126099127030011115015021039045001116031009018085103045020040060065100092094098014126124094008059095084066026065121067005123118024031079112002096004116121118007023105076103119024&EXT=pdf&INDEX=TRUE>

The Organization for Economic Cooperation and Development (2013). *Colombia: Implementing Good Governance.* OECD. <https://www.oecd.org/gov/colombia-implementing-good-governance.htm>