FORMATO DE RESPUESTA PQRSD

RÉGIMEN ESPECIAL – Cláusulas excepcionales – Improcedencia salvo habilitación legal

Las cláusulas excepcionales no están contempladas en el derecho común y se encuentran limitadas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y a ciertos tipos contractuales. La única forma en que una entidad sujeta a un régimen especial pueda usarlas es que su norma de creación así lo establezca, como ocurre con las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y las empresas sociales del Estado. En los demás casos, la entidad que requiera sancionar o dar por terminado el contrato debe acudir al juez competente.

FACULTADES UNILATERALES CONVENCIONALES – Fuente – Autonomía de la voluntad – Pacto expreso

Las entidades exceptuadas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública pueden hacer uso de la autonomía de la voluntad estableciendo estipulaciones que de manera expresa reconozcan la posibilidad de acudir a potestades unilaterales y determinar el mecanismo o procedimiento para hacerlas efectivas. La facultad no proviene de la ley sino del acuerdo, de modo que su existencia depende de la estipulación y su alcance queda circunscrito a los términos en que fue pactada.

FACULTADES UNILATERALES CONVENCIONALES – Naturaleza de los actos – Actos contractuales

Los actos mediante los cuales se materializan las potestades unilaterales emanadas de la autonomía de la voluntad, en contratos exceptuados del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no pueden equipararse a actos administrativos. Al no tener origen en la ley, tales actos se afilian a la categoría de actos contractuales, regidos por la normativa civil y comercial, criterio consolidado en la Sentencia de Unificación del 9 de mayo de 2024 de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

MANUAL DE CONTRATACIÓN – Naturaleza reglamentaria – Límites

El manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues consiste en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos y con vocación de permanencia en el tiempo. La libertad de configuración reglamentaria no es absoluta: las entidades deben respetar la reserva legal de ciertas materias, entre ellas los requisitos de existencia y validez del contrato, las sanciones y los procedimientos para su imposición.

FORMATO DE RESPUESTA PQRSD

MANUAL DE CONTRATACIÓN – Relación con el contrato – Fuerza vinculante del acuerdo

El contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. El manual de contratación ordena la gestión interna de la entidad y no constituye fuente de la facultad unilateral convencional ni instrumento idóneo para alterar los presupuestos que el contrato fijó para su ejercicio. Cuando el clausulado define una causal específica con presupuestos propios, esos presupuestos gobiernan el ejercicio de la facultad.

MANUAL DE CONTRATACIÓN – Inderogabilidad singular – Competencia y procedimiento – Función supletoria

El manual de contratación, por ser un reglamento, vincula a la entidad que lo expidió, que no puede desconocerlo a su arbitrio en un caso concreto, en virtud de la regla de inderogabilidad singular del reglamento. Cuando el contrato no determina quién adopta la decisión unilateral ni el trámite que debe seguirse, esos aspectos se establecen en el manual de contratación de la entidad, sin que ello habilite a modificar por esa vía los supuestos ni los efectos que el clausulado fijó.

TERMINACIÓN ANTICIPADA CONVENCIONAL – Acreditación del supuesto pactado

Cuando la cláusula condiciona la terminación anticipada a la variación sustancial de las circunstancias que dieron origen al contrato, la entidad debe acreditar la configuración de ese supuesto y su incidencia concreta sobre la necesidad contractual. La decisión debe ser el resultado de un análisis soportado en la realidad del contrato y encontrarse debidamente motivada, exigencia que la Agencia ha formulado respecto de la terminación unilateral y que resulta aplicable, por la vía de la buena fe objetiva, a las facultades de origen convencional.

TERMINACIÓN ANTICIPADA CONVENCIONAL – Límites del ejercicio – Abuso del derecho

El pacto y el ejercicio de cláusulas accidentales que impliquen la utilización de mecanismos como la terminación unilateral resultan viables siempre que esas estipulaciones no vayan en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe objetiva, ni comporten un ejercicio abusivo de un derecho, ni contraríen el orden público. A ello se suma la sujeción de las entidades de régimen especial a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

FORMATO DE RESPUESTA PQRSD

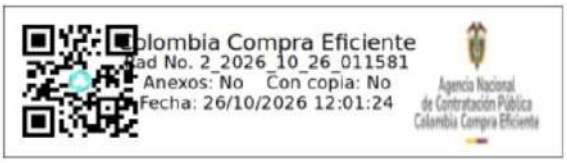
PROCEDIMIENTO – Facultades convencionales – Inaplicabilidad del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011

El procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 está dirigido exclusivamente a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades exceptuadas no pueden acudir a él, y cuando pacten el ejercicio de potestades unilaterales con fundamento en la autonomía de la voluntad corresponde a las partes definir el mecanismo o procedimiento para hacerlas efectivas. Tampoco resultan aplicables las reglas del procedimiento administrativo de la Ley 1437 de 2011, por no estar ante actos administrativos.

FORMATO DE RESPUESTA PQRSD

Bogotá D.C., 26 de octubre de 2026

Señora
PAULA VELÁSQUEZ ROJAS
velasquezpaula1905@gmail.com
Ciudad



Concepto C-1448 de 2026

Temas:

RÉGIMEN ESPECIAL – Cláusulas excepcionales – Improcedencia salvo habilitación legal
FACULTADES UNILATERALES CONVENCIONALES – Fuente – Autonomía de la voluntad – Pacto expreso
FACULTADES UNILATERALES CONVENCIONALES – Naturaleza de los actos – Actos contractuales
MANUAL DE CONTRATACIÓN – Naturaleza reglamentaria – Límites
MANUAL DE CONTRATACIÓN – Relación con el contrato – Fuerza vinculante del acuerdo
MANUAL DE CONTRATACIÓN – Inderogabilidad singular – Competencia y procedimiento – Función supletoria
TERMINACIÓN ANTICIPADA CONVENCIONAL – Acreditación del supuesto pactado
TERMINACIÓN ANTICIPADA CONVENCIONAL – Límites del ejercicio – Abuso del derecho
PROCEDIMIENTO – Facultades convencionales – Inaplicabilidad del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011

Radicación:

Respuesta a consulta con radicado No. 1_2026_09_14_012249

Estimada señora Velásquez:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente –, en ejercicio de las competencias otorgadas por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido

en la Resolución 469 de 2025 expedida por esta Entidad, responde su solicitud del 13 de septiembre de 2026, en la que formula los siguientes interrogantes:

> "1. ¿En contratos de entidades estatales sometidas a régimen especial y regidos por derecho privado, las facultades unilaterales de origen convencional, distintas de las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993, solo pueden ejercerse cuando hayan sido expresamente pactadas en el contrato?
>
> 2. ¿Puede un manual de contratación ampliar, complementar o modificar el alcance de una facultad unilateral convencional cuando el contrato contiene una causal específica con presupuestos distintos?
>
> 3. ¿Si una cláusula contractual condiciona la terminación anticipada a una variación sustancial de las circunstancias que dieron origen al contrato, debe la entidad acreditar objetivamente ese cambio y su incidencia concreta sobre la necesidad contractual?
>
> 4. ¿Qué criterios permiten diferenciar el ejercicio legítimo de una facultad convencional de terminación anticipada de una decisión que, bajo la invocación de razones de conveniencia institucional, termine operando como una facultad discrecional del ordenador del gasto?".

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

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia

consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos de su consulta.

Conforme a ese límite, el concepto se ocupa de la interpretación de las normas generales que gobiernan las facultades unilaterales en los contratos de las entidades estatales con régimen especial de contratación. No se examina el clausulado de ningún contrato en particular, no se califica el manual de contratación de entidad alguna y no se valora la legalidad de una decisión de terminación ya adoptada. La calificación de un caso concreto corresponde a la entidad contratante, previo concepto de sus asesores, y en caso de controversia al juez del contrato, sin perjuicio de las competencias de las autoridades fiscales y disciplinarias.

1. **Problemas planteados:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, la Agencia procede a resolver los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Cuál es el alcance de las facultades unilaterales de origen convencional en los contratos celebrados por entidades sometidas a regímenes especiales de contratación y regidos por el derecho privado, y cuál es la relación entre dichas facultades y las disposiciones contenidas en los manuales de contratación de la entidad?; ii ¿Cuáles son los presupuestos y límites para el ejercicio de una facultad convencional de terminación anticipada y qué elementos permiten diferenciar su ejercicio legítimo de una actuación basada exclusivamente en criterios discrecionales de conveniencia institucional?

2. **Respuestas:**

i) Las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 no se extienden a las entidades exceptuadas; únicamente las ejercen aquellas cuya norma de creación o una ley especial se lo permita, como ocurre con las empresas de servicios públicos domiciliarios —artículo 31 de la Ley 142 de 1994— y con las empresas sociales del Estado. Fuera de esos supuestos, la única fuente posible de una facultad unilateral para las entidades con

regímenes excepcionales del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública es la autonomía de la voluntad, de modo que la entidad puede acudir a ella si el contrato contiene la estipulación que la reconoce y define el mecanismo para hacerla efectiva. A falta de pacto, debe acudir al juez del contrato.

Así las cosas, frente al primer problema jurídico, debe concluirse que, las entidades sometidas al derecho privado pueden pactar facultades unilaterales de ejercicio contractual con fundamento en la autonomía de la voluntad. Tales facultades no derivan directamente de la ley sino del acuerdo de las partes, razón por la cual su existencia, alcance, presupuestos y efectos dependen de la estipulación contractual que las consagra. Por ello, en ausencia de pacto expreso, la entidad carece de título jurídico para ejercer una facultad unilateral de terminación, liquidación, imposición de consecuencias contractuales u otras prerrogativas semejantes y deberá acudir al juez competente cuando pretenda obtener dichos efectos.

Ahora bien, el manual de contratación constituye un acto administrativo de carácter reglamentario mediante el cual la entidad organiza y desarrolla su actividad contractual. Sin embargo, no constituye la fuente de la facultad unilateral convencional ni puede alterar el contenido del acuerdo legalmente celebrado. Por ello, cuando el contrato ha definido expresamente una causal, unos presupuestos o unas condiciones para el ejercicio de una facultad unilateral, tales estipulaciones prevalecen y resultan obligatorias para las partes en virtud del principio *pacta sunt servanda* consagrado en el artículo 1602 del Código Civil.

ii) La procedencia de la terminación anticipada de origen convencional depende de la configuración efectiva de los supuestos pactados por las partes. En consecuencia, cuando una cláusula contractual condiciona el ejercicio de dicha facultad a la ocurrencia de una variación sustancial de las circunstancias que dieron origen al contrato, corresponde a la entidad acreditar objetivamente la existencia de ese cambio, su carácter sustancial y la incidencia concreta que produce sobre la necesidad contractual cuya satisfacción motivó la celebración del negocio jurídico.

Por esta razón, la decisión no puede fundarse exclusivamente en apreciaciones generales de conveniencia, oportunidad o reorganización institucional. La causal invocada debe guardar correspondencia con la realidad contractual y encontrarse debidamente soportada en el expediente respectivo. La motivación de la decisión debe permitir identificar de forma verificable los hechos que justifican el ejercicio de la facultad y la relación existente entre esos hechos y el supuesto habilitante previsto en el contrato. Por ello, aunque las partes pueden acordar mecanismos contractuales de terminación anticipada, tales mecanismos no pueden utilizarse arbitrariamente ni con fundamento en razones ajenas a las expresamente pactadas.

En consecuencia, las facultades unilaterales convencionales son válidas en los contratos sometidos al derecho privado, pero su ejercicio debe sujetarse estrictamente a las causales, procedimientos y condiciones expresamente pactados por las partes, sin que puedan transformarse en potestades discrecionales sustentadas únicamente en razones de conveniencia institucional.

3. Razones de las respuestas:

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

i) Respecto al régimen jurídico de las Entidades Estatales, es necesario tener en cuenta que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – en adelante EGCAP – define los contratos de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública. Sin embargo, se trata de un listado enunciativo, pues la Ley 80 de 1993 se integra con las tipologías contractuales previstas en el derecho privado. Por ello, el inciso primero del artículo 13 dispone que "Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley"[1].

Dicha idea también se reitera en el EGCAP, considerando que "Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que

[1] Ley 80 de 1993, artículo 13, inciso primero. AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Subdirección de Gestión Contractual. Concepto C-907 de 2025.

celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad" –artículo 32, inciso primero–. Asimismo, dispone que "Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza" –artículo 40, inciso primero–[2].

De esta manera, los contratos de las entidades sujetas al EGCAP se rigen generalmente por el derecho privado y, excepcionalmente, por el derecho público, pues las normas civiles y comerciales son el derecho común de los contratos estatales[3]. Para la doctrina, la mixtura del régimen contractual:

> "[…] no hace otra cosa que aprovechar ciertos principios rectores de la contratación general que aunque tengan su consagración en códigos de derecho privado como el civil o el comercial, no son propios y exclusivos de este derecho. Baste pensar en los requisitos de consentimiento válido, objeto y causa lícitos, capacidad, elementos esenciales según la naturaleza de cada contrato, responsabilidad, naturaleza de las obligaciones emanadas de los mismos, etc. etc. Extremos éstos que de derecho privado no tienen sino su presentación formal o el nombre y que la tradición, desde su origen romano, se acostumbró a calificarlos así y a no preocuparse por su cuestionamiento o definición.
>
> En otras palabras, extremos como los indicados no son ni de derecho público ni de derecho privado, sino, simplemente, de derecho propio, aplicables a toda relación contractual, con prescindencia de la naturaleza de los sujetos involucrados en la misma"[4].

Ello no implica una privatización absoluta del régimen contractual de las entidades públicas, pues la Ley 80 de 1993 –entre otros aspectos– regula especialmente la capacidad jurídica, las reglas de selección objetiva, así como algunos aspectos de ejecución contractual –manejo del riesgo, cláusulas exorbitantes y tipologías contractuales–. Por ello, con excepción de las materias

[2] Ley 80 de 1993, artículos 32 —inciso primero— y 40 —inciso primero—.
[3] Cfr. BENAVIDES, José Luis. El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. pp. 78-79.
[4] BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho procesal administrativo. Octava edición. Medellín: Señal Editora, 2013. p. 627.

expresamente reguladas en el EGCAP, es posible la aplicación de las normas de derecho privado[5].

Aunque tenga una influencia limitada, las entidades del régimen exceptuado no se desligan por completo de las normas de derecho público. Esto en la medida en que el inciso primero del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 prescribe lo siguiente: "Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal"[6].

La existencia de entidades exceptuadas del EGCAP se ha justificado por alguna de las siguientes tres (3) circunstancias: i) facilitar la competencia económica –como ocurre actualmente respecto al régimen de los servicios públicos domiciliarios–, ii) flexibilizar el ejercicio de la función administrativa –como en los contratos del Banco de la República o los de ciencia y tecnología– o iii) establecer un régimen especial sin excluir por completo la aplicación de la Ley 80 de 1993 –como ocurre en la operaciones del crédito público–[7]. Para estos efectos, la doctrina ha identificado 171 entidades y contratos que manejan un régimen excepcional, los cuales se clasifican de acuerdo i) al sector económico, ii) la asignación de un esquema legal especial, iii) el objeto del contrato celebrado y iv) la existencia de fondos que administran recursos públicos[8].

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 EGCAP, y por ende, sus procedimientos contractuales tienen su normativa para su desarrollo, esto es, el derecho

[5] AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Subdirección de Gestión Contractual. Concepto C-907 de 2025.
[6] Ley 1150 de 2007, artículo 13, inciso primero; Constitución Política, artículos 209 y 267.
7 JOJOA BOLAÑOS, Alexander. Los regímenes exceptuados en los contratos estatales. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2012. p. 89.
8 BARRETO MORENO, Antonio Alejandro. El derecho de la compra pública: estudio jurídico de un mercado imperfecto. Bogotá: Legis, 2019. pp. 281 y ss.

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. Para tales efectos, 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[9].

No obstante, las entidades de régimen especial cumplen una finalidad pública y utilizan recursos públicos para lograrlo, por lo que no son ajenas a los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, entre otras reglas dispuestas en la normativa de contratación pública que son 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.

9 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".

> 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"[10].

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

Así mismo, estas entidades deben cumplir unas obligaciones transversales a la contratación pública, entre ellas la elaboración del Plan Anual de Adquisiciones, la publicación de sus procedimientos de selección a través de la herramienta SECOP —en la sección Régimen Especial—, hacer uso del 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 están contempladas en el derecho común; estas se encuentran limitadas no solo al uso del EGCAP 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

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

requiere sancionar o dar por terminado el contrato debe acudir al juez competente[11].

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 las 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[12].

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]. No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al EGCAP –Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y sus modificaciones –, 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

[11] AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Subdirección de Gestión Contractual. Concepto C-907 de 2025.
[12] Ley 80 de 1993, artículos 14 a 19. AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Subdirección de Gestión Contractual. Concepto C-907 de 2025.
13 Motivo por el cual son típicas cláusulas accidentales dentro de los contratos estatales, en los términos del artículo 1501 del Código Civil.

dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al EGCAP[14]. Así se desprende del primer inciso de aquel artículo, que dice: "*Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública* podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento […]". De ahí que, solo por esta razón, sea fácil concluir que las entidades de régimen especial en materia contractual no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no ser entidades sometidas al EGCAP[15], sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este. Así pues, si bien, hay entidades de régimen especial que

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).

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".

tienen la competencia para hacer uso de cláusulas excepcionales, como las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios[16] y las empresas sociales del Estado[17], 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 cláusulas unilaterales y ejerzan autotutela declarativa, imponiendo las sanciones pactadas en el contrato. 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*.

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".

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".

> 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"[18].

En esa providencia se precisó 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]. La providencia de unificación en cita al indicar que:

---

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

19 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de Unificación del 9 de mayo de 2024, párrafo 54, citada en AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Subdirección de Gestión Contractual. Concepto C-907 de 2025.

> "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]; postura que ha venido siendo reiterada[21] 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]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], ni puede adjudicarse, por sí misma, competencias que son de rango legal[24] -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].

La misma providencia recogió la postura según la cual "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

20 CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 19 de junio de 2019, Exp. No. 39.800.
21 CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 23 de noviembre de 2022. C.P. Alberto Montaña Plata. Exp. No. 66.700.
22 CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 21 de octubre de 2021. C.P. Guillermo Sánchez Luque. Exp. No. 36697.
23 CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 24 de septiembre de 2020. C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Exp. No. 44707.
24 CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 21 de mayo de 2021. C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Exp. No. 57822.

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"[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. A diferencia de lo que sucede con los actos que se expiden como consecuencia del procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, los actos contractuales que resultan del ejercicio de estas potestades no son considerados actos administrativos, sino contractuales. Esto resulta coherente con la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que confirma la validez del pacto de poderes unilaterales en el marco de los contratos de derecho privado, como expresión de la capacidad negocial de las partes amparada en su autonomía de la voluntad[27].

En ese orden de ideas, las entidades exceptuadas del EGCAP pueden hacer uso de la autonomía de la voluntad estableciendo estipulaciones que de manera expresa reconozcan la posibilidad de acudir a potestades unilaterales y determinar el mecanismo o procedimiento para hacerlas efectivas. En todo caso, al no tener origen en la ley sino en la autonomía de la voluntad, los actos que se expidan en ejercicio de tales potestades no tendrían el carácter de actos administrativos sino de actos contractuales. De esa exigencia de pacto expreso se sigue la respuesta al primer problema: sin estipulación que la reconozca, la entidad carece de título para ejercer la facultad[28].

[26] CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de Unificación del 9 de mayo de 2024, párrafo 53, citada en AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Subdirección de Gestión Contractual. Concepto C-907 de 2025.
[27] AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Subdirección de Gestión Contractual. Concepto C-907 de 2025.
[28] AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Subdirección de Gestión Contractual. Concepto C-907 de 2025.

Conviene precisar la consecuencia que se sigue de la ausencia de pacto. Esta Subdirección ha señalado que la entidad de régimen especial que requiera sancionar al contratista o dar por terminado el contrato debe acudir, por regla general, al juez competente, salvo que una norma especial extienda a su favor alguna de las prerrogativas del EGCAP, como sucede con las empresas de servicios públicos domiciliarios —artículo 31 de la Ley 142 de 1994— y con las empresas sociales del Estado. La estipulación de la facultad y la definición del mecanismo para hacerla efectiva son, por tanto, la condición que permite a la entidad decidir por sí misma.[29]

ii) El segundo problema se refiere al papel del manual de contratación. Las entidades estatales que, por disposición legal, cuentan con un régimen especial, exceptuado del EGCAP, pueden expedir un reglamento interno de contratación –comúnmente denominado manual de contratación–, que regule aspectos asociados a la actividad contractual, como los procedimientos de selección, los requisitos de participación y las condiciones de ejecución del contrato[30].

El manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación[31].

La libertad de configuración reglamentaria de las entidades estatales, expresada en el manual de contratación, no es absoluta, ya que, a pesar de que están facultadas para regular ciertos temas relacionados con la actividad contractual, deben hacerlo respetando la reserva legal de la que gozan ciertas materias. En tal sentido, asuntos como: i) los requisitos de existencia y validez del contrato, ii) sanciones, sin perjuicio de las que pueden pactar de acuerdo con las normas civiles y comerciales, iii) procedimientos para su imposición, iv)

[29] AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Subdirección de Gestión Contractual. Conceptos C-759 de 2021, C-997 de 2025, C-1208 de 2025, C-1285 de 2025 y C-157 de 2026. Ley 142 de 1994, artículo 31.
[30] AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Subdirección de Gestión Contractual. Concepto C-1633 de 2025.
[31] AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Subdirección de Gestión Contractual. Concepto C-1633 de 2025.

causales de inhabilidad e incompatibilidad, v) el principio de anualidad del gasto, y vi) restricciones al acceso a la administración de justicia para discutir las controversias contractuales, son, entre otros, temas cuya regulación está reservada al legislador y que, por tanto, las entidades exceptuadas no pueden reglamentar en su manual de contratación[32].

A ese límite se agrega el que resulta de la fuerza vinculante del contrato. El artículo 1602 del Código Civil –aplicable a las relaciones mercantiles conforme al artículo 822 del Código de Comercio– dispone que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". El manual, por su carácter unilateral, no satisface ninguno de los dos supuestos que la norma prevé para alterar lo convenido[33].

Conforme a lo anterior, el manual de contratación puede desarrollar reglas generales de actuación, procedimientos o mecanismos institucionales propios del régimen especial; sin embargo, no puede ampliar, modificar o sustituir una facultad unilateral convencional que las partes ya regularon expresamente en el contrato. Una vez celebrado el negocio jurídico, el contenido de la facultad unilateral queda determinado por el clausulado contractual y por el principio pacta sunt servanda previsto en el artículo 1602 del Código Civil.

iii) *Respecto a la terminación unilateral*, el artículo 1602 del Código Civil –aplicable a las relaciones mercantiles conforme al artículo 822 del Código de Comercio– dispone que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Dentro de estas últimas, algunos contratos típicos del derecho privado incorporan esta facultad de terminación unilateral como un *elemento de la naturaleza*[34]. No obstante, la dificultad surge al momento de pactarla como

[32] AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Subdirección de Gestión Contractual. Concepto C-1633 de 2025. Constitución Política, artículo 150.

[33] Código Civil, artículo 1602; Código de Comercio, artículo 822. AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Subdirección de Gestión Contractual. Concepto C-907 de 2025.

34 A manera de ejemplo, sin perjuicio de las dudas que suscitan algunas causales, el derecho civil lo permite discrecionalmente en el arrendamiento de bienes y servicios inmateriales –arts. 2009 y 2066–, en la confección de obra material –art. 2056– y en el mandato –arts. 2191 y 2193–; igualmente, el derecho comercial habilita la potestad en el pacto de arras –art. 977–, en el contrato de suministro –art. 977–, seguro –arts. 1071 y 1159–, fiducia –art. 1240–, mandato –art. 1279–, agencia –art. 1324–, entre otros; pero la terminación también puede fundamentarse en el incumplimiento de las obligaciones, como está consagrado en contratos como el de compraventa –art. 1882 del Código Civil–, arrendamiento de cosas –arts. 1983 y 1984 del Código Civil–, mandato –art. 2185 del Código Civil–, suministro –art. 973 del Código de Comercio–, seguro –art. 1068 del Código de Comercio–, entre otros.

elemento accidental fuera de las tipologías donde la terminación está prevista legalmente. Si bien ésta última no corresponde a una causa legal en los términos del artículo 1602 del Código Civil, la discusión se plantea en el ámbito del mutuo consentimiento como criterio para determinar la fuerza obligatoria del contrato.

Uno de los temas más debatidos dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado está relacionado con la atribución de la entidad de terminar unilateralmente el contrato en caso de incumplimiento grave o esencial del negocio jurídico. Al respecto, se han establecido dos posturas frente al tema: i) la terminación unilateral como una potestad exorbitante no autorizada por la ley; ii) la posibilidad de pactar la terminación unilateral, fundado en la autonomía de la voluntad.

La primera postura se funda en que la terminación unilateral es una cláusula excepcional del derecho privado, por lo que pactarla implicaría una nulidad absoluta del contrato estatal. Por tanto, dichas cláusulas deben ampararse bajo el principio de legalidad, esto es, "lo que está expresamente permitido, se entiendo de prohibido". En su momento, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado expresó:

> "[…] como para dar por terminado unilateralmente el contrato, la Administración debe proferir un acto administrativo que así lo disponga, se sigue que si la cláusula que prevé la potestad de terminación unilateral es nula por haberse pactado contra expresa prohibición legal, también es nulo el acto administrativo que se fundamentó en ella como aquel acto administrativo que lo confirmó. Luego, no se puede aducir que la *"autonomía de la voluntad"* convalida semejante pacto y actuación, pues admitir esto, equivale a aceptar que la voluntad de los destinatarios de las normas prevalece sobre el querer imperativo de la ley[35].

La segunda postura ha permitido que se pacte en el contrato la terminación unilateral por incumplimiento y su procedimiento en entidades de régimen especial bajo el principio de autonomía de la voluntad de las partes, salvo que viole el orden público y las buenas costumbres o cuando implique un abuso del derecho. En efecto, no debe analizarse desde la perspectiva de la

35 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 3 de septiembre de 2015. C.P. Olga Melida Valle de De la Hoz. Exp. 38.247. En esta misma línea, se encuentran las siguientes sentencias: CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 27 de febrero de 2013. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 25.590; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 1 de agosto de 2018. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Exp. 39.277.

competencia, del acto administrativo o de la nulidad, sino del ejercicio de la autonomía de la voluntad. Al respecto, el Consejo de estado expresa:

> "De manera que, aunque el pacto de estas figuras puede aparecer como un elemento de carácter sancionatorio, ello por sí mismo no las ubica en el ámbito de la exorbitancia o arbitrariedad y, mucho menos, en el terreno del derecho contractual administrativo, porque su fuente es el de la autónoma regulación de las relaciones negociables que cada una de las partes contratantes tiene conforme a los principios del Derecho privado para la estructuración de sus negocios jurídicos"[36].

Esta postura implica entender que la terminación unilateral por incumplimiento puede aplicarse a todos los tipos contractuales, sin necesidad de una habilitación legal, al fundarse bajo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Es decir, la posibilidad de estipular este tipo de cláusulas como elementos accidentales, y no propiamente depender de los dispuesto en los diferentes tipos contractuales, donde es una manifestación del poder de *autotutela* en el Derecho privado. Al respecto, el doctrinante italiano Massimo Bianca expresa que la *resolución negocial* es la extinción del contrato por un acto de autonomía, que se evidencia con la revocación o el desistimiento[37].

Esta segunda postura es la tesis predominante dentro del Consejo de Estado, que se ha terminado de consolidar con la Sentencia de Unificación del 9 de mayo de 2024, en la que se expresa que es válido que las empresas de servicios públicos domiciliarios que son entidades estatales exceptuadas del EGCAP, ejerzan la autonomía de la voluntad estableciendo potestades de ejercicio unilateral, estableciendo los mecanismos para hacerlas efectivas. Por tanto, los actos que resultan del ejercicio de estas potestades no son considerados actos administrativos, sino contractuales, en el marco de la autonomía de la voluntad.

iv) Al margen de la explicación precedente debe advertirse que el análisis requerido para resolver problemas específicos en torno al clausulado contractual debe ser realizado por quienes tengan interés en ello, de acuerdo con lo

36 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 24 de agosto de 2016. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 41.783.; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de julio de 2017. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 57.394; CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 18 de agosto de 2020. C.P. Guillermo Sánchez Luque. Exp. 36875.

37 BIANCA, Massimo. Derecho Civil. 3. El contrato. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 755.

explicado en la aclaración preliminar del presente oficio. De esta manera, las afirmaciones aquí realizadas no pueden ser interpretadas como juicios de valor sobre circunstancias concretas relacionadas con los hechos que motivan la consulta. Por lo anterior, previo concepto de sus asesores, la solución de situaciones particulares corresponde a los interesados adoptar la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias[38].

Dentro de este marco, la entidad contratante definirá en cada caso concreto lo relacionado con el tema objeto de consulta. Al tratarse de un análisis que debe realizarse en el procedimiento contractual específico, la Agencia no puede definir un criterio universal y absoluto por vía consultiva, sino que brinda elementos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad. Así, cada entidad definirá la forma de adelantar su gestión contractual, sin que sea atribución de Colombia Compra Eficiente validar sus actuaciones[39].

4. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes

- Normativa: Constitución Política, artículos 23, 150, 209 y 267. Código Civil, artículos 1602 y 1603. Código de Comercio, artículos 822 y 871. Ley 80 de 1993, artículos 13, 14 a 19, 32 —inciso primero— y 40. Ley 142 de 1994, artículo 31. Ley 1150 de 2007, artículos 13 —inciso primero, con los incisos adicionados por el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022— y 17. Ley 1437 de 2011, artículo 28, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. Ley 1474 de 2011, artículo 86. Ley 2195 de 2022, artículo 53. Decreto Ley 4170 de 2011, artículos 3 —numeral 5— y 11 —numeral 8—. Resolución 469 de 2025 de la ANCP-CCE.
- Jurisprudencia: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia de Unificación del 9 de mayo de 2024. C.P. José Roberto Sáchica Méndez. Expediente

[38] AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Subdirección de Gestión Contractual. Concepto C-907 de 2025.
[39] Ley 1437 de 2011, artículo 28, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Subdirección de Gestión Contractual. Concepto C-907 de 2025.

53.962.

- Conceptos de la ANCP-CCE: Subdirección de Gestión Contractual. Sobre la naturaleza de los actos que materializan potestades unilaterales pactadas por entidades de régimen especial y la inaplicación del procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, los Conceptos C-492 de 2024, C-1005 de 2024, C-062 de 2025, C-332 de 2025, C-449 de 2025, C-508 de 2025, C-907 de 2025, C-997 de 2025, C-1012 de 2025, C-1045 de 2025 y C-157 de 2026. Sobre la improcedencia de las cláusulas excepcionales sin habilitación legal y la remisión al juez del contrato, los Conceptos C-759 de 2021, C-997 de 2025, C-1208 de 2025 y C-1285 de 2025. Sobre la naturaleza reglamentaria del manual de contratación, sus límites, la inderogabilidad singular del reglamento y la integración de sus vacíos, los Conceptos C-759 de 2021, C-1012 de 2025 y C-1633 de 2025. Sobre los presupuestos de la terminación unilateral del artículo 17 de la Ley 80 de 1993 y la terminación por mutuo disenso, los Conceptos C-481 de 2025 y C-1165 de 2026.

5. Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:

Las razones de la respuesta de este concepto se componen a partir del Concepto C-907 de 2025 de esta Subdirección, que resolvió la validez del pacto de cláusulas de terminación y liquidación unilateral en contratos de entidades de régimen especial y el procedimiento aplicable a su ejercicio, y del Concepto C-1633 de 2025, que estableció la naturaleza reglamentaria del manual de contratación y los límites de la reserva legal. Se incorporan, con los ajustes necesarios, la naturaleza reglamentaria del manual, la regla de inderogabilidad singular y la improcedencia de las cláusulas excepcionales sin habilitación legal, desarrolladas en el Concepto C-759 de 2021; los presupuestos de la terminación unilateral y el control finalístico de la terminación por mutuo disenso, del Concepto C-481 de 2025; y la precisión sobre el procedimiento y la competencia según la fuente de la facultad, contenida en el Concepto C-1012 de 2025. Sobre el alcance de la Sentencia de Unificación del 9 de mayo de 2024 pueden consultarse además los Conceptos C-062 de 2025 y C-157 de 2026. Los conceptos emitidos por la Agencia pueden consultarse en el siguiente enlace:

FORMATO DE RESPUESTA PQRSD

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

La sostenibilidad no es una opción, es una obligación. Por ello, la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– te invita a realizar el Curso de Contratación Pública Sostenible y Socialmente Responsable, una herramienta clave para fortalecer las capacidades de todos los compradores públicos, proveedores, servidores públicos v para generar mayor valor público. Accede al curso y aprende como implementar criterios sociales y ambientales en las diferentes etapas del proceso de contratación: https://formacionvirtual.colombiacompra.gov.co/mod/page/view.php?id=3718

De otro lado, te contamos que esta Agencia ha da un paso decisivo en la estandarización y modernización del sector social con la expedición de las Resoluciones 539, 540, 541, 952 y 953 de 2025, mediante las cuales adoptó Documentos Tipo para las modalidades de selección de licitación pública (versión 2), selección abreviada de menor cuantía, mínima cuantía, consultoría e interventoría, promoviendo procesos más transparentes, eficientes competitivos y sostenibles en sectores estratégicos como educación, salud, cultura, recreación, deporte, institucional y vivienda. Consulta y descarga los documentos aquí: https://www.colombiacompra.gov.co/normativa-y-relatoria/documentos-tipo

Si quieres conocer más sobre la aplicación de Documentos Tipo puedes consultar la última versión de la Guía para la comprensión e implementación de los Documentos Tipo de obra pública de infraestructura de transporte. En esta actualización se incorporaron orientaciones prácticas dirigidas a entidades públicas, proveedores, organismos de control y demás interesados, con el propósito de facilitar la adecuada implementación de estos instrumentos en los procesos contractuales. Además se incluyeron lineamientos que orientan la implementación de los criterios ambientales y sociales incluidos en los documentos tipo: Consulta la guía aquí: https://www.colombiacompra.gov.co/archivos/manual/guia-para-la-comprension-e-implementacion-de-los-documentos-tipo-de-obra-publica-de-infraestructura-de-transporte-bajo-las-diferentes-modalidades-de-contratacion-vigentes

FORMATO DE RESPUESTA PQRSD

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

- Línea nacional gratuita o servicio a la ciudadanía (Mesa de servicio): 01800 0520808
- Línea en Bogotá (Mesa de servicio):+57 601 7456788
- Correo de radicación de correspondencia: ventanilladeradicacion@colombiacompra.gov.co
- Formulario web para PQRSD: https://www.colombiacompra.gov.co/pqrsd/informacion-importante-antes-de-formular-una-pqrsd

Evalúa el servicio que ofrece la Agencia por el canal de atención de PQRSD en el siguiente enlace :https://forms.office.com/r/pPHyWVs2SZ .¡Ayúdanos a mejorar porque el compromiso es de todos!

Por último, 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,

FORMATO DE RESPUESTA PQRSD



William Javier Murcia Acevedo
Subdirector de Gestión Contractual (E) ANCP-CCE

Elaboró:	Camilo José Martínez Martínez Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó:	Diana Lucia Saavedra Castañeda Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó:	William Javier Murcia Acevedo Subdirector de Gestión Contractual (E)