



Graduate School of Business (Rosario GSB)

Maestría en Contratación Pública y su Gestión

Efectos de las multas impuestas por Entidades del Régimen Exceptuado cuya participación mayoritaria es estatal frente a futuros procesos de selección adelantados por entidades públicas.

Presentado por:

Ángela María Uscátegui Peñuela y José Martín Pimiento Martínez

Bogotá, D.C., 29 de mayo de 2026



Graduate School of Business (Rosario GSB)

Maestría en Contratación Pública y su Gestión

Efectos de las multas impuestas por Entidades del Régimen Exceptuado cuya participación mayoritaria es estatal frente a futuros procesos de selección adelantados por Entidades Públicas

Modalidad:

Presencial

Presentado por:

Ángela María Uscátegui Peñuela y José Martín Pimiento Martínez

Bajo la dirección de:

Daniel Castilla Acosta

Bogotá, D.C., 29 de mayo de 2026

Tabla de Contenido

1. Justificación.....	4
2. Objetivos.....	8
2. 1 Objetivo general	8
2. 2 Objetivos específicos.....	8
3. Metodología.....	8
4. Naturaleza del régimen exceptuado desde el punto de vista orgánico. Origen, finalidad, el principio de autonomía de la voluntad, aplicación de principios e inhabilidades del régimen público general.	9
4. 1 El régimen exceptuado en las empresas industriales y comerciales del Estado y en las Sociedades de Economía Mixta en el Derecho Administrativo francés	10
4. 2 El régimen exceptuado en las empresas industriales y comerciales del Estado y en las Sociedades de Economía Mixta en Colombia.....	11
5. Diferencias de las multas impuestas por el régimen exceptuado con la cláusula penal compensatoria y el pacto de multas del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.	19
5. 1 La función de apremio de la cláusula penal en el Derecho Civil	20
6. El interés general como fin último de la Contratación Estatal	29
7. Los antecedentes de cumplimiento del contratista como mecanismo para prevenir posteriores incumplimientos.....	31
8. La debida diligencia en Contratación Estatal	33
9. Las buenas prácticas basadas en principios	36
10. Propuestas	40
10. 1 Buena Práctica:	41
10. 2 Cambio Normativo	42
11. Conclusiones.....	43
12. Bibliografía.....	46

1. Justificación

La materialización de los fines estatales, entendidos estos, como la garantía de derechos en el marco de un estado social de derecho, se fundamenta, entre otras, en la actividad contractual de la administración pública, estructurada a partir del régimen general —Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias— y de los denominados regímenes exceptuados o especiales.

Esta realidad jurídica, ha llevado a que, en opinión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, se señale que¹:

(...) pese a la corriente unificadora que inspiró la Ley 80 de 1993, y reconociendo las necesidades reales de algunas entidades estatales, la ley ha venido consagrando paulatinamente un número importante de regímenes exceptuados o especiales, en razón al tipo de entidades o al sector en el que se desempeñan (criterio orgánico), o a la naturaleza de las actividades que estas ejercen (criterio material), bien por considerarse que no son desarrollo de funciones administrativas o públicas, sino propias de mercados en los que se interactúa en competencia con particulares (actividad industrial y comercial); ora por el simple prurito de darle agilidad y flexibilidad a las actuaciones contractuales de ciertas entidades estatales, liberándolas, en uno y otro caso, de las formalidades y ritualidades del derecho administrativo, así como de las facultades y prerrogativas unilaterales y exorbitantes de la Administración.

Aunque su contratación se rige por normas civiles, comerciales o especiales, las entidades exceptuadas del EGCAP no están exentas de observar los principios constitucionales que orientan la función administrativa y 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”², es decir que, están en la obligación de orientar su actividad contractual, no solo bajo los preceptos constitucionales de la función pública, sino también, con plena observancia del deber de planeación, en cada una de las etapas que componen un contrato determinado.

Por otra parte, bajo el entendimiento del régimen especial que ostentan, tanto la Ley como la jurisprudencia han sido claras al establecer que a las entidades exceptuadas no les es dado pactar las cláusulas excepcionales previstas en el numeral 2º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, salvo algunos casos particulares.

Sin embargo, el Consejo de Estado ha admitido la posibilidad de que estas entidades pacten “facultades unilaterales en favor de alguna de las partes, en virtud de la autonomía de la

¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (2021, 13 de mayo). Radicación No. 11001-03-06-000-2020-00212-00(2456). C. P. Álvaro Namén Vargas.

² Ley 1150 de 2007, art. 13, inc. 1.

voluntad” resaltando que tales facultades no pueden equipararse “a las prerrogativas públicas de las que están investidas las entidades contratantes por ministerio de la ley”³.

Aunque en materia civil, la Corte Suprema de Justicia interpretó inicialmente la disposición del artículo 1600 del Código Civil, de manera que la cláusula penal solo podría tener alcance indemnizatorio⁴, lo cierto es que con el paso del tiempo se ha ido admitiendo que este tipo de cláusula puede tener por finalidad el apremio del acreedor para conminarlo al cumplimiento de las obligaciones pactadas y con ello al cumplimiento del objeto contractual.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia reconoció que la acumulación de la reparación del perjuicio y la pena procedían no solo en el caso en el que hubiera mora, sino también cuando se hubiera pactado. Dijo entonces la Corte Suprema de Justicia (1976):

La avaluación convencional de los perjuicios o cláusula penal, según la ley ‘es aquélla en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal’ (Art. 1592 del C.C). Este concepto pone de manifiesto que la pena convencional puede cumplir diversidad de funciones, tales como la de servir de apremio al deudor, de garantía o caución, o de estimación anticipada de los perjuicios;

(...) Para evitar un doble pago de la obligación, en principio no puede exigir el acreedor, a la vez, la obligación principal y la pena (Art. 1594 del C.C); tampoco puede solicitar el cúmulo de la pena y la indemnización ordinaria de perjuicios, porque ello entrañaría una doble satisfacción de estos, salvo que así se haya estipulado, o que la pena convenida sea de naturaleza moratoria, pues en uno y otro evento sí puede pedirse acumuladamente tales reclamaciones (Art. 1600 del C.C.).

Aunado a lo anterior, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia⁵:

En síntesis, la cláusula penal tiene tres funciones, ya que sirve de apremio para coaccionar al deudor a cumplir sus débitos, en cuyo caso es moratoria o retardataria; puede constituir una garantía para el acreedor cuandoquiera que remplace la obligación principal incumplida; y, finalmente, permite estimar de forma anticipada los perjuicios, evento en el que asume un rol compensatorio, es decir, se tiene como indemnizatoria y exime al acreedor de probar la existencia del demérito y su cuantía (art. 1599 ibidem.), pues lo tasa y determina de forma convencional y anticipada.

(...)

A la par, el ordenamiento jurídico presume que, al convenirla, las partes optaron por la función indemnizatoria, pues para que tenga el carácter de apremio se requiere pacto expreso en tal sentido, sin olvidar que, en este último caso, es decir, cuando la

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A. (2022, 12 de diciembre). Radicación No. 85001-23-33-000-2017-00074-02 (66.729). C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁴ Corte Suprema de Justicia. (1949, 9 de mayo). Gaceta Judicial, t. LXXVI, p. 65.

⁵ Corte Suprema de Justicia. (2024, 12 de enero). Sentencia SC507-2023, Radicación No. 11001-31-03-041-2020-00020-01. M. P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

estipulación tiene función moratoria o de simple apremio, el artículo 1600 del Código Civil reprime la acumulación de la pena y los perjuicios, excepto que así se haya pactado, en cuyo caso le confiere al acreedor un derecho de opción para elegir lo que más convenga a sus intereses.

En ese orden de ideas resulta evidente que, por virtud del principio de autonomía de la voluntad, en un contrato celebrado por una entidad cuyo régimen es exceptuado, sea posible pactar las cláusulas que prevean apremios tendientes a “coaccionar al acreedor a cumplir sus débitos”, entre otras razones, para asegurar el cumplimiento de lo acordado y con ello salvaguardar los recursos públicos.

En ese sentido sostuvo la subsección c de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado⁶:

Así pues, en los contratos del Estado que se rigen por las normas de derecho privado, y precisamente por esto, las partes regulan libremente sus intereses y por ende pueden convenir, entre otros aspectos, el alcance y contenido de las prestaciones a su cargo, los eventos constitutivos de incumplimiento, los efectos o consecuencias que se derivan de éste, e incluso prever la adopción de mecanismos o el ejercicio de facultades a través de las cuales se puedan morigerar, atenuar o corregir las consecuencias nocivas de ese incumplimiento, o incluso sancionarlo.

Con otras palabras, 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 al orden público.

Ahora, sí esas estipulaciones no contravienen las normas imperativas, las buenas costumbres, el principio de buena fe contractual y no comportan el ejercicio abusivo de un derecho, ellas rigen las relaciones derivadas del contrato y su ejercicio no es otra cosa que la utilización de una facultad contractual.

Por último, es de precisar en éste punto que **teniendo en cuenta que la tipología de contratos que se viene analizando no se rige por las disposiciones previstas en la Ley 80 de 1993 y que 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, en la autonomía dispositiva, su inclusión no se funda primordialmente en el ejercicio de una potestad exorbitante o excepcional al derecho común.** (Resaltado fuera del texto original).

Conviene entonces resaltar, que las multas tienen naturaleza garantista y coercitiva y, por tanto, su objetivo es constreñir al deudor al cumplimiento de la obligación. De esta forma, cuando ocurre la multa, el contratista se encuentra en una situación anormal y no deseada y,

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. (2017, 19 de julio). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

por ello, se prevé una consecuencia económica negativa que necesariamente constituye un desincentivo al incumplimiento no tolerado⁷.

A pesar de lo anterior, la figura de la multa impuesta por entidades del régimen exceptuado no tiene consecuencia adicional a la económica que afecte al contratista en futuros procesos de contratación, pese a que el conocimiento de su ocurrencia podría permitir a otra entidad sujeta o no al régimen público general, conocer antecedentes de cumplimiento del contratista de manera que se privilegie el ejercicio de los principios de moralidad, eficacia, transparencia y en especial el de buena fe.

Esta investigación analizará el fundamento jurídico de las multas en los contratos estatales de régimen exceptuado del EGCAP celebrados por parte de entidades que manejan recursos públicos, sus consecuencias y la posibilidad de aprovechar la información del desempeño del contratista, para producir consecuencias jurídicas adicionales a las económicas, en procesos contractuales futuros, tanto en el régimen exceptuado como del sujeto a la Ley 80 de 1993.

⁷ Si bien, es cierto que el tema excede el alcance de este trabajo, conviene hacer una breve referencia a los Acuerdos de Niveles de Servicio o ANS, que por definición implican un incumplimiento consentido. Este tipo de acuerdos no se encuentran definidos dentro del estatuto de contratación estatal. Sin embargo, si están previstos en una disposición reglamentaria (artículo 2.2.2.1.2.5. del Decreto 1082 de 2015) para efectos de las alianzas público-privadas, bajo el título de “Mecanismos de deducciones graduales por Niveles de Servicio y Estándares de Calidad”. En términos generales, la doctrina los define como «(...) un contrato accesorio, que permite regular el “incumplimiento tolerado” de algunas obligaciones asumidas por el proveedor en el contrato principal... En el SLA se entiende que estos incumplimientos no serán considerados “graves” a los fines del contrato principal... y por lo tanto no habilitarán la rescisión o resolución del contrato sino sólo la aplicación de una penalidad contractual, prevista también en el SLA». El objeto de este tipo de contratos “(...) consiste en la regulación de los niveles de incumplimiento tolerado por parte del proveedor del servicio y las eventuales penalidades que corresponderá aplicar ante dicho incumplimiento” (Vid. Veltani, J. Darío (2014). El Acuerdo de Niveles de Servicio (“SLA”), La Ley, Suplemento Actualidad, 05/08/2014).

Ahora bien, en casos de contratación estatal diferentes de los previstos para las APP, se entiende que pueden ser incorporados a un contrato, por virtud del principio de la autonomía de la voluntad (inciso del artículo 40 de la Ley 80 de 1993) cuando “propendan por el cumplimiento efectivo del objeto contractual, siempre que estas cláusulas sean acordes con los límites consagrados en las normas de orden público, es decir, que no incurran en causales de nulidad” (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Concepto C – 034 de 2023 del 9 de marzo de 2023).

De acuerdo con esto, cuando quiera que los ANS se pacten como una multa o como cláusula penal, será necesario cumplir con el procedimiento administrativo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

A contrario sensu, cuando se pacta como un descuento para el contratista, no será necesario acudir a dicho procedimiento sancionatorio, pero, en todo caso, deberá preverse dentro del contrato, un procedimiento aplicable a esta situación, que garantice el debido proceso.

Al respecto la Agencia de Contratación Estatal señaló en el citado concepto:

“Ahora bien, la costumbre negocial refleja que, usualmente, las ANS son estipulaciones mediante las cuales el contratista se compromete a ejecutar sus obligaciones con un determinado grado de calidad o eficiencia, y que en caso de no cumplir con tal nivel de satisfacción se verá disminuida o reducida en parte su remuneración en virtud de una deducción que le realiza el contratante, si bien en estos casos, se considera que no es necesario acudir al procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se debe garantizar en todo caso el debido proceso, como principio rector de las actuaciones contractuales, cuya aplicación automática dependerá del procedimiento previamente establecido por las partes, en el cual el contratista tenga la oportunidad de ejercer sus derechos de audiencia, defensa y los demás que integran dicho derecho fundamental al debido proceso”.

2. Objetivos

2. 1 Objetivo general

Determinar si la imposición de multas por parte de entidades del régimen exceptuado del EGCAP con participación mayoritaria del Estado, pueden y deben producir consecuencias jurídicas para el contratista retrasado, tanto en el propio régimen exceptuado como en el régimen general sujeto a la Ley 80 de 1993.

2. 2 Objetivos específicos

- Examinar el origen y la naturaleza jurídica del régimen exceptuado de contratación.
- Identificar los efectos y la eficacia de las multas y las multas, como medida preventiva tanto en el régimen exceptuado como en el régimen sometido al EGCAP.
- Determinar las limitaciones del marco normativo vigente frente a la posibilidad que la imposición de multas en el régimen exceptuado genere consecuencias para el contratista en futuros procesos contractuales, e identificar el vacío que ello produce en la protección del patrimonio público y en la aplicación de los principios de la función administrativa.
- Proponer, instrumentos legales que permitan aprovechar la información relacionada con la aplicación de multas por parte de las entidades del régimen exceptuado con participación mayoritaria del Estado para privilegiar el cumplimiento de los principios de transparencia, eficacia, buena fe y selección objetiva.

3. Metodología

El estudio se desarrollará bajo un enfoque cualitativo, mediante análisis dogmático de:

- La normatividad general (Ley 80/93, Ley 1150/07, Ley 1474/2011).

- La jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.
- La doctrina en materia contractual.

4. Naturaleza del régimen exceptuado desde el punto de vista orgánico. Origen, finalidad, el principio de autonomía de la voluntad, aplicación de principios e inhabilidades del régimen público general.

Si bien es cierto que además del criterio orgánico, esto es el referido al organismo estatal que celebra el contrato, existen otros criterios, como el funcional, para excluir determinados contratos del EGCAP -aunque no de forma absoluta-, razón por la cual, en este escrito solo haremos referencia al primer criterio aludido, en tanto que permite abarcar el objeto de estudio con mayor precisión y dilucidar con claridad las razones de la exclusión desde el Derecho Administrativo clásico.

En consecuencia, en este escrito hacemos referencia a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado que desarrollen actividades comerciales en régimen de competencia (art. 14 de la Ley 1150 de 2007, subrogado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011), lo que permite una mejor delimitación conceptual y permite transitar hacia soluciones o remedios contractuales que no impliquen la utilización de cláusulas excepcionales.

La propia ley ha excluido de la aplicación del régimen general de la Ley 80 de 1993 a algunas entidades estatales, caso en el cual estas quedan facultadas para aplicar en su actividad contractual unas reglas distintas, contenidas generalmente en el derecho privado o en un régimen especial, y desarrolladas, además, en sus manuales internos de contratación.

Atendiendo a sus necesidades, la ley ha venido consagrando diversos regímenes exceptuados con el fin de dotar de agilidad y flexibilidad a aquellas entidades que no ejercen función administrativa o pública, sino que desempeñan actividades propias de su ejercicio comercial o industrial en competencia constante con particulares o por motivos de conveniencia pública.

Con posterioridad a la expedición de la Ley 80 de 1993, han proliferado los regímenes exceptuados que, “aunque han solucionado – en parte- el problema de la flexibilidad contractual, han incrementado el de la dispersión normativa” (Exposito, 2026, p. 47).

De acuerdo con lo mencionado por Expósito (2026); El criterio para determinar si un contrato es estatal es el subjetivo desde lo orgánico o funcional, es decir que, si la parte contratante es una entidad pública, el contrato será estatal. Otra cosa es el régimen jurídico que le aplique a la relación contractual, la cual podrá ser de derecho privado o mayoritariamente de derecho

privado – es decir, un régimen propio, como en el caso de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios. Menciona el autor que, “el criterio subjetivo solucionó – casi en su totalidad – una disyuntiva que en otros tiempos parecía inacabable, y es la determinación del juez de conocimiento para los contratos en que alguna de las partes tenga naturaleza pública, que es, por supuesto, el juez contencioso-administrativo, salvo muy precisas excepciones” (p. 48).

4. 1 El régimen exceptuado en las empresas industriales y comerciales del Estado y en las Sociedades de Economía Mixta en el Derecho Administrativo francés

El origen del régimen exceptuado es concomitante con el origen de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Francia. Definido el órgano competente y el régimen legal especial para el juzgamiento de las cuestiones propias del derecho administrativo, se hizo necesario determinar cuáles eran esos asuntos, labor que debería corresponder al Tribunal de Conflictos, instituido, por segunda vez, en 1872 (Soto, 2014).

Durante un tiempo, tanto la jurisprudencia, como la doctrina destacaron la teoría del servicio público, como la respuesta plausible a la inquietud fundamental sobre qué asuntos constituían Derecho Administrativo. Y, si bien es cierto, que hasta ese momento también había claridad en cuanto a que la administración, además de prestar servicios públicos actuara “en ciertas operaciones aisladas como un particular”^{8 9}, la crisis de la noción de servicio público solo se hizo explícita jurisprudencialmente a través del fallo *Société commerciale de l'Ouest Africain* del 22 de enero de 1921, conocido como *Bac d'Eloka*. Mediante este fallo del Tribunal de Conflictos, que analizó el régimen aplicable a la responsabilidad frente a un Servicio Público prestado por el Estado, en condiciones similares a las de un particular, el Tribunal definió que los Servicios Públicos Industriales y Comerciales (SPIC) -a diferencia de los Servicios Públicos Administrativos (SPA)- pese a ser prestados por el Estado, debían ser juzgados, acorde con las normas del Derecho privado.

A partir de ese fallo, y de previsiones legales y reglamentarias posteriores (Decreto Ley de 28 de diciembre de 1926, Decreto 576 de 20 de mayo de 1955, Decreto 1225 de 19 de octubre

⁸ Consejo de Estado. Tribunal de Conflictos, 22 de enero de 1921, *Compañía Comercial de África Occidental*. Obtenido del Consejo de Estado.

⁹ Sobre esas situaciones excepcionales opinaba JÈZE: “Para la satisfacción de las necesidades de interés general emplea tan corrientemente la administración pública el procedimiento de servicio público, que parece como que jamás utiliza el sistema de Derecho privado. Más no es así. Lo único cierto es que los agentes públicos se sirven raramente del procedimiento del Derecho privado, pues este procedimiento supone esencialmente la existencia de relaciones de igualdad, poco conformes con la naturaleza de las exigencias sociales. El interés social debe prevalecer sobre los intereses particulares. Por tanto, no suele ser procedimiento conveniente el del derecho privado que coloca a uno y a otros en el mismo nivel. Y aquí por el uso del procedimiento del servicio privado es menos frecuente a medida que adquiere mayor relieve y consideración la idea de la supremacía del interés general”. Página 421.

de 1959¹⁰), la jurisprudencia francesa definió caracteres a los servicios públicos industriales y comerciales. Así, la categoría de servicio público industrial y comercial sería asignada por ley o reglamento o por decisión judicial. Además, el objeto del servicio debe ser una actividad de producción e intercambio de bienes y servicios bajo condiciones similares a las de una empresa privada; el servicio debe financiarse mediante aportes de los usuarios del servicio o de su explotación y; la organización y funcionamiento del servicio debe ser similar al de las empresas privadas, en cuanto al modo de gestión, al estatuto del personal y a la aplicación de usos del comercio¹¹.

Por su parte, el régimen de las Sociedades de Economía Mixta nació en la misma época, pero su origen es eminentemente legal y se concluye, de forma diferente, que se encuentran exceptuadas de las previsiones del derecho administrativo.

En efecto, los Decretos Ley Poincaré¹² del 5 de noviembre de 1926 y del 28 de diciembre del mismo año, permitieron la participación de las comunas en sociedades cuyo objeto fuera el funcionamiento de servicios públicos, la vivienda social, las obras de asistencia social y el desarrollo urbano, hasta por un 40% del capital social, previa aprobación del Consejo de Estado. El límite fue ampliado hasta el 65% con el Decreto 55-579 del 20 de mayo de 1955. Como quiera que la autorización se dio para participar en “sociedades”, indirectamente se reconoce que el régimen de estas personas jurídicas es de derecho privado.

4. 2 El régimen exceptuado en las empresas industriales y comerciales del Estado y en las Sociedades de Economía Mixta en Colombia

Sobre los antecedentes de la reforma administrativa y las interpretaciones francesas en punto a la prestación eficiente de los servicios públicos, Colombia dio un salto con la reforma constitucional de 1968 y los Decretos que derivaron de la misma, con lo cual se le dio un impulso distinto a la economía nacional, mediante la implementación de un esquema de asociación que vincula al sector privado con el Estado en diversas actividades, aprovechando su especialidad técnica y financiera en mercados puntuales. Comienza así el auge de las sociedades de economía mixta, modelo europeo que había demostrado tener éxito en la reconstrucción posterior a la Segunda Guerra Mundial. A partir de esa reforma, el Estado inicia un nuevo camino de descentralización y reacomodo estructural de su fisonomía administrativa, asumiendo un papel más activo en las relaciones económicas entre particulares y consagrando el concepto de “orden público económico”¹³.

¹⁰ Bénoit, Francis Paul. (1977). El derecho administrativo francés (R. Gil Cremades, Trad., p. 269). Instituto de Estudios Administrativos.

¹¹ Préfecture d'Eure-et-Loir. SPIC et SPA. Recuperado de Préfecture d'Eure-et-Loir.

¹² Llamados así por haberse expedido por Raymond Poincaré, en calidad de presidente del Consejo de Ministros al momento de su expedición.

¹³ Al respecto muchos contratos considerados de derecho privado no se limitan a un simple intercambio entre las partes, sino que, también, sirven para constituir verdaderas estructuras socio económicas de cierta duración que presentan un interés más o menos colectivo, como ocurre con las redes de distribución. Además a partir del

Estas nuevas figuras societarias, que permiten a la administración profundizar su influencia en mercados determinados y optimizar la prestación eficiente de los servicios públicos — salud, servicios públicos domiciliarios, educación—, trajeron consigo la necesidad de crear e implementar regímenes contractuales diversos, pese a integrar el mercado de compra pública, lo que ha generado tensiones en torno a la norma aplicable: derecho privado o derecho público (Barreto, 2019, p. 229)

Frente a esa dicotomía, se asume la premisa que plantea el doctrinante Alejandro Antonio Barreto (2019):

los contratos originados bajo régimen exceptuado “están sometidos a un complejo entramado normativo creado por el legislador, la Agencia Colombia Compra Eficiente como órgano de regulación del sector, por la propia entidad exceptuada y por el juez, que además supone remisiones normativas que van de lo público a lo privado, no al contrario, y se soportan en un relevante pero no absoluto espacio de discrecionalidad administrativa (p. 230).

Como señalan los profesores Fabricio Mantilla y Tatiana Oñate (2022), la institución del contrato “se encuentra estructurada mediante distintas normas que permiten perseguir finalidades tan variopintas que resulta mucho más realista utilizar el vocablo en plural, ‘contratos’. Así, por ejemplo, el Estado suele servirse de ellos cuando desarrolla ciertas actividades industriales o comerciales” (p. 117).

Ahora bien, es de aclarar que la mera asociación del Estado con un privado en una actividad económica no otorga, por sí sola, la categoría administrativa de sociedad de economía mixta: se requiere el empoderamiento efectivo de la administración en ella¹⁴. Paralelamente, surgen regímenes especiales para la prestación eficiente de servicios públicos esenciales: las empresas de servicios públicos domiciliarios, sujetas a la Ley 142 de 1994 con independencia de su naturaleza pública o privada; y las Empresas Sociales del Estado, que reemplazaron al Instituto de Seguros Sociales en la prestación del servicio de salud, con marco en la Ley 100 de 1993, el Decreto 1876 de 1994 y las modificaciones de las leyes 1438 de 2011 y 1797 de 2016.

siglo XX, el Estado ha asumido un papel más activo respecto de la intervención en las relaciones económicas entre los particulares, lo que se suele designar mediante la locución “orden público económico”, que implica derechos y prerrogativas en cabeza del Estado -y las correlativas obligaciones y sujeciones de los particulares, ya sea para orientar la actividad contractual de acuerdo con las políticas económicas determinadas -orden público de dirección-, o bien para proteger a una de las partes en la relación contractual -orden público de protección. Fabricio Mantilla y Tatiana Oñate Contratos Estatales, página 118 directora académica María Teresa Palacio Jaramillo. Tomo 1. Editorial Ibañez, Universidad del Rosario.

¹⁴ las sociedades de economía mixta se sujetarán a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley. No obstante, en virtud de lo dispuesto en el parágrafo de la mencionada norma, los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social, será el de las empresas industriales y comerciales del Estado; es decir, que en el caso que la participación estatal en la sociedad de economía mixta sea en los porcentajes que señala la disposición normativa, sus trabajadores tendrán la calidad de trabajadores oficiales y por excepción la de empleados públicos. Concepto 090001 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública.

Este trabajo se concentrará entonces, en las Sociedades de Economía Mixta y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, cuya actividad contractual está ligada a los principios de la función administrativa contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política, el control fiscal, el deber de planeación, y a la selección objetiva de la oferta más favorable, con independencia del régimen privado que las rige, bajo la premisa de salvaguardar el patrimonio público y asegurar el interés general

La diferencia entre ambos esquemas societarios no radica únicamente en la participación privada en su constitución, sino en que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado tienen, a priori, la prestación eficiente de los servicios públicos.

El artículo 8 del Decreto 1050 de 1968 define las sociedades de economía mixta como:

organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autoridades por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley. El grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades determinan en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social¹⁵.

A su turno, el artículo 461 del Código de Comercio dispone: “Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado. Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario”. Para ostentar tal naturaleza se requiere: (i) creación legal; (ii) carácter de sociedad comercial; (iii) dualidad de capital, público y privado; y (iv) finalidad industrial o comercial. El numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política de 1991 recoge lo previsto en la Constitución de 1886, reformada por el Acto Legislativo 1 de 1968, al atribuir al Congreso la facultad de crear o autorizar sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del Estado.

La Ley 489 de 1998, que regula la estructura de la rama ejecutiva, enmarca la relevancia de estas entidades en el organigrama de la administración pública. En su artículo 97 establece que:

las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”¹⁶,

Lo anterior contempla, los aportes de la Nación, a los que asigna la calidad de recursos públicos. La jurisprudencia constitucional se ha encargado de precisar la naturaleza pública de estas sociedades al señalar que:

la naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares (...)

¹⁵Decreto 1050 de 1.968, art. 8

¹⁶Ley 489 de 1.998, artículo 97.

lo cual le da una característica especial, denominada ‘mixta’, por el artículo 150, numeral 7º de la Constitución¹⁷.

La Corte Constitucional aclaró además que la sociedad no pierde tal carácter cuando la participación pública es inferior al 50 %, pues:

lo que le da esa categoría de ‘mixta’ es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares¹⁸.

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 4 de septiembre de 2014, precisó las características de las sociedades de economía mixta:

(i) Su creación debe ser ordenada o autorizada por la ley (...). (ii) Su objeto consiste en la realización de actividades industriales o comerciales (...) constituidas mediante contrato de sociedad y los trámites del Código de Comercio. (iii) Su capital está conformado por aportes de particulares y de la Nación o de otras entidades públicas, siempre que no se trate de meras inversiones financieras transitorias. (iv) Son entidades descentralizadas por servicios, vinculadas a la Rama Ejecutiva (...), por lo cual forman parte de la administración pública. (v) Están dotadas de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera (...); sus excedentes constituyen “recursos de capital” para la Nación en la proporción que le corresponda. (vi) Deben estar vinculadas a un ministerio o departamento administrativo en el orden nacional. (vii) En su organización, funcionamiento y actividad están sometidas al derecho privado, con excepción de los aspectos a los cuales se apliquen principios y reglas de derecho público por disposición expresa de la Constitución o la ley. Adicionalmente, aquellas sociedades con participación estatal igual o superior al 90 % están sometidas al mismo régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado¹⁹.

En cuanto a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, la Ley 489 de 1998 las sitúa en la rama ejecutiva, del orden descentralizado, con origen legal, autonomía administrativa y financiera, personería jurídica y capital independiente conformado por bienes o fondos públicos comunes (art. 68). El artículo 85 dispone que “desarrollan actividades de naturaleza

¹⁷Honorable Corte Constitucional, sentencia c-953 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁸Honorable Corte Constitucional, sentencia c-953 del 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁹Honorable Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 4 de septiembre de 2014. Radicado No. 11001-03-06-000-2014-0073-00 (2206) C.P. Augusto Hernandez Becerra

industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”, con la particularidad de que, cuando compiten con empresas privadas, no pueden valerse de sus prerrogativas y privilegios, a fin de salvaguardar la libertad de empresa y la igualdad en el mercado.

Las empresas industriales y comerciales del Estado, en adelante EICE, constituyen una forma de organización administrativa mediante la cual el Estado asume directamente el ejercicio de actividades de naturaleza netamente económica, con el fin de asegurar la prestación de un servicio público determinado. Sin embargo, es necesario entender que no son una figura propia del derecho mercantil privado, sino una especie de la descentralización por servicios. En virtud de lo anterior, es que la doctrina las clasifica como organismos vinculados a la administración —no adscritos—, distinción que nos indica el tipo de control que reciben, es decir, un control de tutela, más no un control jerárquico. Así lo explica Libardo Rodríguez (2020), quien las ubica dentro de los organismos vinculados junto a las sociedades de economía mixta²⁰. Esta ubicación dogmática es de total relevancia, pues anticipa tanto el régimen de control como la lógica de su régimen jurídico.

Es importante aclarar que la expresión “empresas industriales y comerciales” puede admitir dos tipos de lecturas. La primera relacionada directamente con la categoría jurídica de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (en adelante, EICE) como especie de la descentralización por servicios, y segunda estrechamente ligada con la historia económica de la industria y el comercio del país y del desarrollo del sector privado.

Con todo y ello, esta investigación desarrolla la primera, por ser la pertinente en términos de derecho público y por corresponder al sentido técnico de su naturaleza jurídica.

La naturaleza jurídica de las EICE está hoy resuelta a favor de su carácter público, si bien sometido a un régimen dual. La formulación jurisprudencial más precisa es la de la Corte Constitucional en la Sentencia C-691 de 2007, según la cual las EICE son entidades de naturaleza jurídica pública, aunque por su objeto algunos de sus actos se rigen por el derecho privado; debe aplicarse el régimen de derecho público-administrativo cuando se involucren garantías institucionales de derecho público o reservas de administración pública —actividades de política pública, ejecutivas, de policía o de fomento—, y el régimen de derecho privado para las actividades de gestión económica o producción de bienes en competencia con particulares²¹. Esta sentencia adiciona, en nuestro concepto, un límite que evita la interpretación o zonas grises, bajo el entendido que, en supuestos de incertidumbre, el legislador —y aun el Gobierno— pueden determinar el régimen aplicable sin enervar las finalidades constitucionales ni evadir los controles a los que están sujetas este tipo de entidades.

²⁰Rodríguez Rodríguez, Libardo. *Estructura del poder público en Colombia*, 15.^a ed., Bogotá, Temis, 2020 (ISBN 9789583510427).

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-691 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño

Con todo y ello, esta dualidad ha sido ampliamente analizada por la jurisprudencia, la cual ha afirmado que las EICE se sujetan al régimen privado en lo que tenga relación directa con su objeto misional y al régimen público en los demás aspectos, sin que la flexibilidad de su gestión haga olvidar el origen público de sus recursos, pues, aunque actúan como un agente más del mercado, su finalidad, más allá del lucro, es la materialización de fines estatales.

El Decreto 1082 de 2015, al reglamentar el literal g del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, prescribe en su artículo 2.2.1.2.1.2.24 que:

las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, sus filiales y las empresas en las cuales el Estado tenga más del cincuenta por ciento (50 %) del capital social que no se encuentren en situación de competencia, deben utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía (...), salvo para los contratos de obra pública, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública, para los cuales se aplicará la modalidad que corresponda.

Esto, manteniendo así un vínculo con el derecho público congruente con su naturaleza.

El origen de estas entidades obedece a la necesidad de descentralizar la actuación administrativa y dotarla de competitividad frente a los particulares en el mercado, especialmente cuando se trata de la prestación eficiente de los servicios públicos y la garantía del interés general.

El Estatuto General de Contratación (Ley 80 de 1993), en su artículo 2, enuncia como entidades estatales, entre otras:

la Nación, las regiones, los departamentos (...), 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 principio, las EICE y las SEM quedarían cobijadas por la Ley, pero ello no es del todo exacto: el régimen de las EICE es exceptuado, pues su actividad misional se desarrolla en mercado competitivo, donde sus mecanismos de contratación deben ajustarse al derecho civil y comercial. En el caso de las SEM, la discusión se ha zanjado fijando un porcentaje mínimo de participación pública como criterio de aplicación del Estatuto.

La ley precisa los escenarios en que ciertas entidades públicas quedan exceptuadas del régimen común —por circunstancias del ejercicio comercial o económico, o por necesidad pública, como emergencias naturales—, autorizándolas a acudir al derecho privado para su contratación, con independencia de la naturaleza del recurso, a fin de garantizar el óptimo desarrollo de sus actividades en condiciones de competitividad²². Ello impone una

²² [L]a ley permite que algunas entidades del Estado, en atención a precisas necesidades y características de las actividades comerciales, industriales o financieras que realizan, o incluso, también, en algunos casos, por

observación dual en los manuales internos de contratación: la obligación de observar los principios de la función administrativa y del control fiscal, articulados con las reglas del derecho privado o especiales que rigen la actividad contractual de la entidad exceptuada.

En ese sentido y de acuerdo con el doctrinante Dr. Expósito Vélez,²³ se tiene que:

en principio, los regímenes “especiales” tienen una razón de ser y no son un simple capricho del legislador -o en teoría, no deberían serlo-; por el contrario, su creación pone de presente las diferencias estructurales al interior de la organización administrativa, porque la configuración de un régimen excepcional se justifica en tanto existen entidades estatales que se encuentran afectadas por la presión del mercado, puesto que compiten con los particulares en la provisión de ciertos bienes y servicios que necesitan para incorporarlos en una cadena productiva que les permita, a su vez, vender bienes y servicios para obtener una ganancia o rentabilidad, por lo que deben hacerlo en igualdad de condiciones con los demás agentes económicos; contrario a la estructura y lógica de la mayoría de las entidades estatales, que no dependen de la generación de recursos por cuenta propia; sino que se financian con las fuentes ordinarias y espaciales del Estado – tributos y recursos de capital, entre otros-, de modo que sus compras tienen como única finalidad la materialización de políticas públicas o en palabras del mismo EGCAP, el cumplimiento de los fines estatales y la prestación eficiente y continua de los servicios públicos.

Por ello, se insiste en que es el legislador el único que tiene la facultad exclusiva para la asignación de un régimen jurídico aplicable y no le es dable a las partes en virtud de la autonomía de la voluntad decidir sobre ello, sobre esto, menciona el referido autor que, la autonomía de la voluntad encuentra “verdaderos límites” en las normas de orden público, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado.

necesidades sociales o públicas, utilicen normas del derecho privado o normas especiales que garanticen la ejecución de sus actividades en condiciones legales que les dé competitividad y agilidad para alcanzar sus fines.(...) El Legislador, en la Ley 1150 de 2007, sin desconocer el carácter de los contratos celebrados por las entidades exceptuadas del régimen general de contratación estatal, estableció límites a las mismas (...). Nótese que, aun cuando la ley excluye a algunas entidades estatales de la aplicación del mencionado estatuto, les impone el deber de dar cumplimiento a los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, así como aquellos establecidos para la gestión fiscal en el artículo 267, y las somete al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal. (...) Así las cosas, el régimen legal aplicable a los contratos que celebren las entidades excluidas del Estatuto de la Contratación Pública es mixto y se enmarca en «un régimen especial: el derecho privado combinado con principios de la función administrativa y de la gestión fiscal» Honorable Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil. Mayo 13 de 2021. Radicado 11001-03-06-000-2020-00212-00(2456). C.P. Alvaro Namen Vargas.

²³ Juan Carlos Expósito Vélez. (2026) Dogmática y efectos prácticos de los regímenes excepcionales en la contratación pública en Colombia. U Externado, Tirant lo blanch. P.45

Claro es entonces, que las entidades de régimen exceptuado están obligadas, en primer lugar, a observar el deber de planeación y en segundo lugar, a aplicar los principios de la función administrativa durante las etapas precontractuales y contractuales.

La jurisprudencia contenciosa así lo ha reiterado:

Si bien es cierto que el Estatuto de Contratación Estatal excluyó de su aplicación a algunas entidades, también lo es que dicha exclusión no abarcó los principios constitucionales que rigen la función administrativa, a saber: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...). En otros términos, siempre que esté de por medio la contratación estatal, sin perjuicio del régimen normativo que se aplique al negocio jurídico, la entidad pública debe observar y acatar los principios consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y aplicar las mismas inhabilidades e incompatibilidades del régimen general de la contratación estatal, según mandato expreso de la Ley 1150 de 2007²⁴.

Al imponer la observancia de esos principios junto con el deber de planeación, el legislador fijó límites a la libertad de contratar bajo normas de derecho privado o régimen especial, en aras de proteger el patrimonio público y el interés general, incluso en actividades de naturaleza privada. Ello exige a las entidades exceptuadas aplicar armónicamente sus normas internas y manuales de contratación, seleccionando de forma objetiva la oferta más favorable conforme a las reglas que se han auto impuesto.

Aunque las entidades de régimen exceptuado operan en un mercado económico libre, la naturaleza de los recursos en juego las sujeta al control fiscal, que abarca métricas de rentabilidad, eficiencia económica, impacto social y cumplimiento de los objetivos estratégicos del gobierno nacional, así como su desempeño en entornos empresariales altamente competitivos.

Cuanto antecede impone un entendimiento claro sobre la necesidad de diferenciar el contrato estatal del contrato estatal especial de derecho privado, máxime si el contratante es una persona jurídica de naturaleza pública, sin perjuicio de las reglas que las partes acuerden en virtud de la autonomía de la voluntad, entre otras, para proteger el patrimonio público. La distinción no resulta sencilla: siempre estará presente la sombra del Estado y las finalidades para las que fue creado, que dan origen al objeto contractual, con independencia del régimen que lo rija.

²⁴Es imperativo tener siempre presente que, a pesar del régimen que pueda orientar la actividad misional de las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1.993, estas cuentan con el deber de implementar en su actividad contractual los principios de la función administrativa y la gestión fiscal. Al respecto Colombia Compra Eficiente ha manifestado que "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 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" Colombia Compra Eficiente Concepto 1633 de 2025.

Cabe concluir, siguiendo la doctrina, que “difícilmente encontraremos un contrato estatal regido exclusivamente por reglas de derecho público, pero tampoco solo por normas de derecho privado”²⁵.

Esa realidad normativa tiene un fundamento que trasciende el mandato legal y que Palacio Jaramillo (2002) identificó al analizar el modelo de Estado de la Constitución de 1991. La autora señaló que en el cambio de orientación en el papel estatal inciden de manera definitiva los artículos 333, 365 y 209 constitucionales, y que el planteamiento del Estado colombiano y su orientación hacia la libre competencia va encaminado a “enmarcar la actividad pública dentro de los principios de eficiencia, eficacia, igualdad, economía y moralidad entre otros, de conformidad con lo establecido en la propia Carta (artículo 209)”²⁶. Las entidades del régimen exceptuado operan precisamente en ese mercado competitivo que el artículo 333 consagra, de modo que encarnan con fidelidad ese modelo constitucional y quedan sujetas a sus principios con igual intensidad que las entidades del régimen ordinario.

Lo hasta aquí expuesto, nos demuestra que, a pesar de contar con régimen exceptuado en materia contractual, las entidades que rigen su actividad contractual bajo reglas y normas del derecho privado, no se encuentran del todo exentas de observar aquellas de derecho público que son de imperativo cumplimiento. Así lo asegura Expósito Vélez (2026), quien afirma que los contratos estatales denominados especiales, por cuenta del régimen contractual que los rige (derecho privado), deben cumplir con los principios propios del derecho administrativo, como también someterse al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en las normas de contratación pública, como también a la observancia plena de los principios de la gestión fiscal, en la medida que los recursos que administran, como ya se dijo tienen un carácter de públicos; dejando entre ver que en efecto existe líneas comunes entre ambos tipos de contratos, en términos normativos, relacionados directamente con temas como la competencia, la responsabilidad y el procedimiento para la autorización del gasto público, según sea el caso²⁷.

En definitiva, cuando una entidad estatal contrata bajo el derecho privado, la flexibilidad de este régimen no la exonera de los deberes y obligaciones propios de su naturaleza pública; por el contrario, exige un análisis riguroso sobre cómo la autonomía de la voluntad debe armonizarse con el deber de planeación y los principios de transparencia, moralidad y eficacia, como garantía del interés general, mediante la óptima prestación entre otros, de un servicio público.

5. Diferencias entre la multa impuesta por el régimen exceptuado, la cláusula penal compensatoria y el pacto de multas del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

²⁵ Fabricio Mantilla & Tatiana Oñate. (2022). Contratos estatales (M. T. Palacio Jaramillo, Dir. Acad., Tomo 1). Editorial Ibáñez – Universidad del Rosario. P 120.

²⁶ Revista de Derecho Público N°14. junio de 2002. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. P. 23

²⁷ Juan Carlos Expósito Vélez. (2026) Dogmática y efectos prácticos de los regímenes excepcionales en la contratación pública en Colombia. U Externado, Tirant lo blanch. P 44 y 50.

5. 1 La función de apremio de la cláusula penal en el Derecho Civil

La cláusula penal tiene su origen inmediato en el principio de la autonomía de la voluntad, en cuya virtud las partes, dentro del marco permitido por el ordenamiento jurídico, pueden autorregular sus intereses y prever anticipadamente las consecuencias del incumplimiento o del cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones asumidas.

Las obligaciones que de ella se derivan no nacen directamente de la ley ni del daño efectivamente causado, sino del acuerdo contractual mediante el cual los contratantes deciden someter a aquel que resulte deudor a una prestación accesoria y condicional, destinada a operar en caso de inejecución o mora, como expresión de su propia voluntad normativa.

Desde esta perspectiva, la cláusula penal constituye una manifestación característica de la libertad contractual, pues permite a las partes definir de antemano el alcance de la responsabilidad derivada del incumplimiento, ya sea mediante la fijación convencional de los perjuicios, el reforzamiento del crédito o la imposición de un mecanismo de apremio. Por ello, se afirma que la obligación penal no surge, entonces, como una consecuencia automática del incumplimiento, sino como el resultado de una decisión consciente de las partes del negocio jurídico, orientada a dotar al vínculo obligacional de mayor certeza, eficacia y fuerza vinculante.

En el Derecho romano, la cláusula penal (*poena nomine*) fue concebida como una evaluación convencional de los perjuicios sufridos por el acreedor, de suerte que este podía optar entre exigir el cumplimiento de la obligación principal o reclamar la pena, pero no ambas simultáneamente. La excepción se presentaba cuando la pena se estipulaba como consecuencia del simple retardo, evento en el cual adquiría el carácter de interés moratorio, es decir, de resarcimiento del perjuicio ocasionado por la mora y no por la inejecución definitiva de la prestación (Petit, 1995).

Esta concepción fue desarrollada por Pothier (1961), quien entendía que la pena se consagraba para indemnizar al acreedor y, por ello, la definía como una estipulación “compensatoria de los daños y perjuicios que sufre por la inejecución de la obligación principal”. En armonía con el Derecho romano, sostenía que el acreedor no podía optar simultáneamente por la ejecución del contrato y la pena, salvo cuando esta última se hubiera estipulado separadamente de la obligación principal, supuesto en el cual la pena no surgía de la inejecución absoluta, sino del simple retardo en la ejecución, permitiendo recibir conjuntamente lo principal y la pena.

El Código de Napoleón recogió esta construcción en el artículo 1229, al disponer que la cláusula penal es la compensación por los daños y perjuicios sufridos por el acreedor como consecuencia del incumplimiento de la obligación principal, y que no puede reclamarse al mismo tiempo lo principal y la pena, salvo cuando esta se hubiera estipulado para el simple retraso. Sobre esta base normativa, Josserand (1950) definió la cláusula penal como aquella estipulación mediante la cual las partes fijan anticipadamente la suma que deberá pagar el deudor si no ejecuta su obligación o si la ejecuta tardíamente, resaltando que la suma pactada “hace función de daños y perjuicios”.

El Código Civil chileno, obra de Andrés Bello, incorporó esta tradición en el artículo 1543, al establecer que no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, salvo estipulación expresa, quedando siempre al arbitrio del acreedor optar entre una u otra. A diferencia del Código napoleónico, el legislador chileno no limitó esta posibilidad al evento del retardo, lo que amplió el ámbito de la autonomía contractual.

No obstante, Alessandri y Somarriva (1941) precisaron que, tratándose de la cláusula penal moratoria, resulta jurídicamente admisible solicitar conjuntamente el cumplimiento de la obligación principal y la pena, puesto que esta no sustituye aquella, sino que representa la indemnización derivada del cumplimiento tardío. Para dichos autores, basta que del tenor del contrato se deduzca que la pena es moratoria y no compensatoria, sin necesidad de estipulación expresa, exigida únicamente en este último caso.

Esta disposición fue trasladada casi literalmente al artículo 1600 del Código Civil colombiano. Sin embargo, durante varias décadas, la Corte Suprema de Justicia interpretó la cláusula penal primordialmente como una tasación anticipada de perjuicios, relegando su función autónoma de apremio. Así, en sentencia del 7 de octubre de 1943, la Corte sostuvo que la cláusula penal es un pacto por el cual el deudor se obliga a una prestación determinada si incumple o retarda la ejecución de la obligación principal, destacando su carácter indemnizatorio y asimilándola, en esencia, a una estimación anticipada del daño causado por el incumplimiento o la mora.

Esta línea fue reiterada en providencias posteriores, como la del 13 de octubre de 1949, en la que se afirmó que la pena equivale a los perjuicios y que, por regla general, no pueden reclamarse acumuladamente, salvo cuando la pena se estipule para el simple retardo o cuando se haya pactado expresamente que su pago no extingue la obligación principal.

En sentencia del 7 de octubre de 1976, la Corte Suprema de Justicia reconoció que la cláusula penal puede cumplir diversas funciones dentro del contrato. Señaló que, además de operar como estimación anticipada de los perjuicios, puede servir como mecanismo de apremio al deudor y actuar como garantía de cumplimiento. Destacó, igualmente, que la acumulación de la pena con la obligación principal o con la indemnización ordinaria resulta procedente cuando así se haya pactado o cuando la pena sea de naturaleza moratoria, consolidando así una comprensión más amplia y funcional de la institución.

Esta evolución fue desarrollada con mayor claridad por la doctrina nacional. Emiliani (1980) explicó que, aunque la cláusula penal se sujeta en principio a las normas de la responsabilidad contractual por su carácter indemnizatorio, en el Derecho colombiano puede operar también como una pena en sentido propio, con un doble desempeño: el de castigo o apremio pecuniario del deudor y el de garantía del crédito. En tales eventos, la pena no se confunde con los perjuicios, razón por la cual puede acumularse al cumplimiento de la obligación principal o a la indemnización, siempre que exista un pacto claro que revele su finalidad sancionatoria.

Esta concepción se manifiesta con particular nitidez en los contratos de obra y, en general, en aquellos en los que se pactan multas diarias o periódicas por mora, las cuales no buscan

resarcir un perjuicio concreto, sino apremiar al deudor para que cumpla oportunamente su obligación.

La Corte Suprema de Justicia consolidó esta comprensión en decisiones más recientes. En sentencia del 18 de diciembre de 2009, reconoció expresamente el carácter polifuncional de la cláusula penal en el Código Civil colombiano, señalando que junto a su dimensión indemnizatoria coexisten su carácter afflictivo o de apremio y su función de caución. Esta línea fue reiterada y sistematizada en la sentencia SC507-2023, proferida el 12 de enero de 2024, en la cual se afirmó que la cláusula penal es una obligación accesoria y condicional que puede cumplir simultáneamente funciones de apremio, garantía e indemnización.

En síntesis, el Código Civil concibe la cláusula penal como una institución de naturaleza polifuncional: sirve de apremio para coaccionar al deudor al cumplimiento oportuno de sus obligaciones; puede constituir una garantía que sustituye la prestación incumplida; y permite estimar de forma anticipada los perjuicios, eximiendo al acreedor de probar su existencia y cuantía. No puede negarse, por tanto, que la cláusula penal cumple una función autónoma de apremio, independiente de la indemnización de perjuicios, cuya relevancia se hace especialmente visible cuando la pena no persigue reparar un daño, sino disciplinar la conducta contractual del deudor y reforzar el interés en el cumplimiento oportuno de la obligación.

5. 2 Las multas y su pacto en la contratación estatal

Según el concepto 2257 del 26 de julio de 2016 de la Sala de Consulta y Servicio Civil “Las multas son medidas sancionatorias de carácter económico o pecuniario que se imponen al contratista con la finalidad de constreñirlo, presionarlo o apremiarlo legítimamente para que cumpla el contrato, cuando se advierte que no está al día en el desarrollo de las obligaciones a su cargo y, por ende, se encuentra en mora o retardo conforme a los plazos convenidos, o en situación de incumplimiento parcial.

La primera referencia normativa a las multas en contratos celebrados por el Estado aparece en el artículo 46 del Decreto 2880 de 1959, aplicable a los contratos de suministro en caso de morosidad. Posteriormente, el Decreto 222 de 1983 dispuso que en los contratos estatales —salvo en el de empréstito— era obligatoria la inclusión de la cláusula de multas (art. 60), cuya imposición debía realizarse mediante acto administrativo unilateral y motivado, durante la vigencia del contrato y únicamente ante eventos de mora o incumplimiento parcial (art. 71).

Aunque la Ley 80 de 1993 no hizo referencia expresa a la figura de la multa en los contratos estatales, el artículo 40 permitió incluir en ellos las estipulaciones que, dentro del marco de la autonomía de la voluntad, fueran necesarias para el cumplimiento de los fines estatales:

Artículo 40, Ley 80 de 1993. “Del Contenido del Contrato Estatal. (...) Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y

requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración. (...)”.

Las cláusulas de multas no se entienden incorporadas de manera tácita en los contratos estatales y deben ser expresamente pactadas por las partes. Así lo ha señalado el Consejo de Estado, al indicar que estas estipulaciones no corresponden a la esencia ni a la naturaleza del contrato, sino que constituyen cláusulas accesorias o accidentales.

Si bien la validez de la multa exige su estipulación expresa, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha variado respecto de la facultad de las entidades estatales para imponerlas directamente. En un primer momento, sostuvo que:

Quando se alegue infracción a la conducta reprimida por la cláusula penal, deberá ser el juez del contrato quien la declare, porque el poder coactivo de la administración, que le permitía frente a determinados contratos imponer por sí mismo las sanciones de multas o cláusula penal pecuniaria, establecidas en el Decreto 222 de 1983, desapareció por derogatoria expresa que de ese decreto hizo la Ley 80 de 1993, artículo 81, sin que fueran reemplazadas por esta ley.²⁸

Posteriormente, la postura cambió al reconocer que la imposición unilateral de multas pactadas en contratos regidos por la Ley 80 de 1993 constituía una facultad válida de la administración, ejercida mediante acto administrativo y fundada tanto en el pacto contractual como en los poderes de dirección y control conferidos por el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, sumados al atributo de ejecutividad de los actos administrativos. En este sentido, el Consejo de Estado²⁹ afirmó:

Definido como está que las multas pueden estipularse en los contratos estatales a manera de sanción ante el incumplimiento del contratista, el punto a considerar es si ese incumplimiento lo debe declarar el juez o si puede hacerlo directa y unilateralmente la administración a través de la expedición de un acto administrativo. Para la Sala, la administración sí tiene competencia para imponer por sí y ante sí, sin necesidad de acudir al juez, las multas pactadas en un contrato estatal, en virtud del carácter ejecutivo que como regla otorga el art. 64 del Decreto Ley 01 de 1984 a todos los actos administrativos. En efecto, de conformidad con el art. 77 de la Ley 80 de 1993 ‘en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales’ (...).

Más adelante, la corporación reiteró:

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (1997, 20 de febrero). Auto, Exp. 12.669.

²⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. (1998, 4 de junio). Sentencia, Exp. 13.988. C. P. Ricardo Hoyos Duque.

Con la inclusión de las multas en el contrato estatal, la entidad pública queda facultada para imponerlas autónomamente y en forma unilateral, caso en el cual los actos que expida para hacerlas efectivas son verdaderos actos administrativos, producidos en uso de las potestades públicas otorgadas por la ley, pero nada obsta a que por acuerdo interpartes se convenga un procedimiento para ello y en la medida en que se desplace la verificación de las circunstancias de incumplimiento al juez, que puede ser el transitoriamente investido de jurisdicción por las partes (los árbitros), se excepciona la potestad legal de que la administración actúe unilateral y directamente (autotutela declarativa)³⁰.

Esta posición fue modificada nuevamente en sentencia del 20 de octubre de 2005³¹, al sostener que, ante la inexistencia de habilitación legal, la administración carecía de competencia para imponer unilateralmente las multas pactadas en los contratos.

La falta de habilitación legal a la que se refirió el Consejo de Estado, fue superada con la expedición de la Ley 1150 de 2007, cuyo artículo 17 estableció el debido proceso como principio rector en materia sancionatoria, ordenó registrar en el RUP la información relativa a multas y sanciones, y otorgó a las entidades sometidas al EGCAP la facultad de “imponer directamente las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones”.

El párrafo dispuso que la cláusula penal y las multas así impuestas se harían efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir, entre otros mecanismos, a la compensación de sumas adeudadas al contratista, al cobro de la garantía o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluida la jurisdicción coactiva. El párrafo transitorio extendió estas facultades a los contratos celebrados antes de la expedición de la ley, siempre que las partes hubieran previsto expresamente la competencia de la entidad para imponer y hacer efectivas las multas.

Posteriormente, la Ley 1474 de 2011 estableció en su artículo 86 el procedimiento que deben adelantar las entidades sometidas al EGCAP para “declarar el incumplimiento, cuantificar los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato y hacer efectiva la cláusula penal”.

El artículo 90 de la misma ley, modificado por la Ley 1955 de 2019, introdujo la inhabilidad por incumplimiento reiterado, aplicable al contratista que incurra en cualquiera de las siguientes conductas:

- Haber sido objeto de cinco (5) o más multas durante los últimos tres (3) años.
- Haber sido objeto de declaratorias de incumplimiento en por lo menos dos (2) contratos durante los últimos tres (3) años.

³⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. (2002, 20 de junio). Auto, Exp. 19.488. C. P. Ricardo Hoyos Duque.

³¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. (2005, 20 de octubre). Sentencia, Exp. 14.579. C. P. Germán Rodríguez Villamizar.

- Haber sido objeto de dos (2) multas y un (1) incumplimiento durante una misma vigencia fiscal.

La inhabilidad se extenderá por tres (3) años contados desde la publicación del acto administrativo que ordena la inscripción de la última multa o incumplimiento en el RUP.

En contratos relacionados con el Programa de Alimentación Escolar, la inhabilidad se configura por dos (2) o más multas o por un incumplimiento contractual, y se extiende por diez (10) años. El párrafo extendió la inhabilidad a los socios de sociedades de personas afectadas y a las sociedades de personas que estos integren posteriormente.

Las multas impuestas pueden hacerse efectivas directamente por la administración mediante:

- compensación con saldos a favor del contratista (art. 1714 C.C.);
- cobro de las garantías otorgadas para cubrir el riesgo de incumplimiento;
- cobro coactivo, en ejercicio de la facultad de recaudo ejecutivo.

Finalmente, el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022 introdujo una nueva consecuencia: la reducción de puntaje por incumplimiento contractual. Dispuso que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación deberán reducir el 2% del puntaje total asignado en la evaluación de ofertas a los proponentes a quienes se les haya impuesto una o más multas o cláusulas penales durante el último año, sin importar su cuantía. Esta reducción también aplica a consorcios y uniones temporales cuando alguno de sus integrantes se encuentre en dicha situación.

El párrafo 1 estableció que la reducción no se aplicará cuando los actos administrativos que imponen las multas se encuentren sometidos a medios de control jurisdiccional conforme a la Ley 1437 de 2011.

En conjunto, el desarrollo normativo y jurisprudencial evidencia un proceso de clarificación progresiva sobre la competencia de la administración para imponer y hacer efectivas las multas contractuales. Superadas las dudas iniciales derivadas de la derogatoria del Decreto 222 de 1983, el legislador restableció expresamente dicha facultad mediante la Ley 1150 de 2007 y la estructuró procedimentalmente a través de la Ley 1474 de 2011, consolidando un régimen que reconoce a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública la potestad de imponer, mediante acto administrativo motivado, las multas pactadas contractualmente.

Como se puede observar a partir de la Ley 1474 de 2011, la imposición de multas por parte de entidades sometidas al EGCAP empezó a generar consecuencias adicionales a las económicas, para aquellos contratistas multados, tales como la inhabilidad por incumplimiento reiterado y la disminución de puntaje en procesos de selección.

Este marco normativo, complementado con las consecuencias adicionales previstas en las Leyes 1474 de 2011 y 2195 de 2022 —particularmente en materia de inhabilidades y afectación del puntaje en los procesos de selección—, reafirma que las multas contractuales

cumplen una función esencial en la protección del interés público, en la disciplina contractual y en la eficacia del contrato estatal. Su imposición exige, sin embargo, el respeto estricto del debido proceso, la existencia de una estipulación expresa y la motivación suficiente del acto administrativo que las declara.

De este modo, las multas se consolidan como un instrumento legítimo de autotutela administrativa, dotado de fuerza ejecutiva y orientado a garantizar el cumplimiento oportuno y adecuado de las obligaciones contractuales, sin desbordar los límites que impone el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en cuanto la fuente de la obligación de pago de las multas ha dicho Colombia Compra Eficiente³²:

Durante la ejecución de los contratos, las entidades estatales sometidas al Estatuto general de Contratación de la Administración Pública usualmente cuentan con distintas potestades exorbitantes o excepcionales, con base en las cuales ejercen la dirección general del contrato y realizan las actividades propias de vigilancia y control. Entre dichas potestades se encuentran: i) las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, concepto que incluye la terminación unilateral, la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la caducidad y la reversión. Dichas prerrogativas se desarrollan en los artículos 15 a 19 ibidem. ii) Algunas disposiciones establecen otras potestades, como la liquidación unilateral y la declaratoria unilateral del siniestro –artículos 7 y 11 de la Ley 1150 de 2007–. Dentro de las potestades unilaterales también se encuentran iii) las de imposición unilateral de las cláusulas penales y de multas –artículo 17 de la Ley 1150 de 2007–, aclarando que su exorbitancia se refiere a su imposición unilateral, no a su pacto, que es fruto de la autonomía de la voluntad y posible en virtud de las normas civiles y comerciales.

Las primeras, esto es, las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, son estipulaciones virtuales y obligatorias en los contratos de concesión, obra, prestación de servicios públicos, aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal y los relacionados con el programa de alimentación escolar –según lo dispuso la modificación realizada por el artículo 52 de la Ley 2195 de 2022–. En tales contratos, sin importar si se incorporaron o no dentro de estos, las cláusulas excepcionales se entienden incluidas por el ministerio de la ley, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Por su parte, las potestades exorbitantes del último grupo –imposición unilateral de la multa o la cláusula penal– son el resultado de 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. No obstante, cumplido el requisito del pacto en el contrato, las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –Leyes

³² Colombia Compra Eficiente. Concepto C – 442 de 2023.

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. Esto último en la medida en que dichas cláusulas son posibles y pueden pactarse en virtud de las normas civiles y comerciales.

De esta forma, aunque la multa y la cláusula penal requieren un pacto expreso, la obligación pecuniaria derivada de la multa no se fundamenta directamente en la autonomía de la voluntad —como sí ocurre con la cláusula penal—, sino en el ejercicio de una potestad sancionatoria atribuida por la ley a la administración. Así, una vez pactada la multa en el contrato, la obligación de pago surge del acto administrativo que la impone, expedido en ejercicio de una prerrogativa legal que faculta a la entidad para declarar el incumplimiento y hacer efectiva la sanción de manera unilateral. En consecuencia, la multa se configura como una manifestación legítima de autotutela administrativa, sometida al debido proceso y a los principios de la función administrativa, cuyo propósito no es indemnizatorio sino conminatorio, sin exceder los límites fijados por el ordenamiento jurídico.

En relación con el pacto de multas en los contratos de derecho privado adelantados por las entidades de régimen exceptuado, Expósito³³ manifiesta que es comprensible la tesis que en una relación jurídico negocial de “teórica igualdad” no es viable ejercer facultades de la esencia del derecho administrativo. Menciona que, como consecuencia de la disertación académica del asunto, se elaboró el concepto de “*unilateralismo contractual*” que involucra la facultad de pactar poderes unilaterales y hacerlos efectivos sin intervención judicial previa.

Para el citado autor, la autonomía negocial conlleva el pacto y el ejercicio de los poderes cuyo origen es el clausulado del contrato, siempre que se observen principios como la buena fe y el no abuso del derecho.

Aunque algunos autores sostienen que:

no puede más que resultar una paradoja de la contratación administrativa colombiana que, en algunos casos, producto del principio dispositivo, la Administración termine por contar con mayores poderes unilaterales en contrato de derecho privado que en contratos de derecho público”³⁴, Expósito difiere al sostener que, “el hecho de que los contratos estatales especiales estén sometidos al derecho privado o mixto, no los aparta de su fin esencial, esto es, la persecución del interés general; por el contrario, la voluntad del legislador al asignar un régimen distinto a estos contratos fue precisamente impregnarlos de agilidad para que de esa forma logran los objetivos propuestos.”³⁵ La situación normativa que enfrentan hoy las entidades del régimen exceptuado frente a las multas no es nueva en el derecho

³³ Juan Carlos Expósito Vélez. (2026) Dogmática y efectos prácticos de los regímenes excepcionales en la contratación pública en Colombia. U Externado, Tirant lo blanch. P.108 y ss.

³⁴ Alberto Montaña Plata & Pedro Zapata García. (2022). “La necesaria claridad conceptual y teórica sobre los contratos estatales que se rigen por el derecho privado como presupuesto para su control judicial efectivo”. Revista Digital de Derecho Administrativo. P 27.

³⁵ Juan Carlos Expósito Vélez. (2026) Dogmática y efectos prácticos de los regímenes excepcionales en la contratación pública en Colombia. U Externado, Tirant lo blanch. P.119.

colombiano de la contratación estatal. Palacio Jaramillo (2002) la describió con exactitud al analizar las multas y la cláusula penal bajo la Ley 80 de 1993: estas figuras “no tienen reglamentación alguna en la Ley 80 de 1993, ni causales definidas, ni tipicidad conocida distinta a la del Código Civil y de Comercio, lo que las hace, en la práctica exorbitantes pero sin ninguna limitación ni claridad en sus causales ni en su aplicación, convirtiéndolas en una sanción casi discrecional en manos de los entes públicos y sus funcionarios, eso sí con unas consecuencias bien graves y delicadas para los contratistas respecto no sólo a su impacto económico sino a sus efectos jurídicos frente a la experiencia de los posibles proponentes, lo que a la larga se convierte casi en una inhabilidad para contratar”³⁶.

Ese diagnóstico describe con fidelidad el escenario que hoy subsiste en el régimen exceptuado, esto es: multas pactadas por autonomía de la voluntad, aplicadas sin reglamentación dentro del derecho público, sin causales definidas por norma de orden público y sin consecuencias jurídicas adicionales a las económicas para el contratista incumplido. La diferencia radica en que en el régimen sometido al EGCAP esa situación fue posteriormente regulada por la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011 mientras que en el régimen exceptuado permanece sin intervención legislativa equivalente.

Líneas atrás se dijo qué, cuando nos referíamos a las multas impuestas en el marco del EGCAP que las mismas cumplen una función esencial en la protección del interés público, en la disciplina contractual y en la eficacia del contrato. Estas mismas funciones se predicarían para las multas impuestas por entidades de régimen exceptuado. Sin embargo, el marco normativo vigente, en relación con las consecuencias adicionales generadas por las multas impuestas en el régimen de Ley 80, genera una asimetría entre ambos regímenes de contratación.

La generación de consecuencias adicionales para las multas impuestas por entidades del régimen exceptuado protege el interés general, fortalece el cumplimiento de los principios de la función administrativa, los de la gestión fiscal, la administración del riesgo y se constituye en una herramienta idónea para garantizar la selección objetiva.

Aunque el tema de los seguros es ajeno al objeto de este trabajo y no será tratado en él, vale la pena mencionar que, a pesar de que el artículo 1088 del Código de Comercio establece que los seguros de daños son contratos de mera indemnización y que jamás pueden constituir fuente de enriquecimiento para el asegurado, el Decreto 1082 de 2015 (artículo 116 del Decreto 1510 de 2013) ordena que la garantía de cumplimiento cubra el pago de multas y de la cláusula penal pecuniaria. Existe entonces una tensión normativa que se resuelve según la función de la cláusula. Si opera como tasación anticipada de perjuicios, su cobertura es compatible con el artículo 1088. Si opera como multa, el conflicto se mantiene, porque el asegurador pagaría una suma ajena a cualquier perjuicio del asegurado. Sin embargo, los clausulados de las garantías de cumplimiento, cuando el contratante es una entidad regida por la Ley 80, cubren expresamente el valor de las multas sin hacer ninguna referencia a su carácter indemnizatorio, situación que no se replica para algunas entidades de régimen

36 Revista de Derecho Público N°14, junio de 2002. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. P. 32

exceptuado. Esa tensión, sin embargo, pertenece al derecho de seguros y a la discusión doctrinal sobre el alcance del principio indemnizatorio.

6. El interés general como fin último de la Contratación Estatal

El numeral 1º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 establece con claridad los fines de los contratos estatales así:

Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha resaltado la unión inescindible entre el contrato estatal y el interés general:

El fin de la contratación pública está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De ahí que la defensa del principio del interés general no solo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad³⁷.

De la misma forma, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado³⁸ ha definido el interés general como la causa del contrato estatal:

Por consiguiente, la causa del contrato es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado.

De acuerdo con esta orientación, los contratos estatales están poderosamente influidos por el fin que ellos involucran, cual es el interés público, lo que determina, por una parte, que no le es permitido a la administración desligarse de la forma como los

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-618 De 2012. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de dos mil doce (2012).

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011).

particulares contratistas realizan la labor encomendada a través del contrato; y de otra, que el contratista ostente la posición de colaborador de la entidad.

Es decir, con el contrato se pretende la realización de un fin de interés general, pues es un medio que utiliza la administración pública para la consecución de los objetivos Estatales, el desarrollo de sus funciones y la misión que le ha sido confiada, con la colaboración o contribución de los particulares contratistas, los cuales concurren a su formación persiguiendo un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar y que se traduce en un derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual.

Es, entonces, la razonable contraprestación económica la que permite que exista un adecuado balance entre el interés público que anima al Estado a contratar y el interés individual que estimula a los particulares colaboradores a obligarse a suministrar los bienes y servicios objeto del contrato para contribuir con el cumplimiento de los fines de la contratación, el cual debe ser calculado y previsto al tiempo de proponer y contraer el vínculo contractual.

Así, al nacimiento del contrato, las partes conocen o saben el provecho que les reportará, sobre la base de una equivalencia de prestaciones; por un lado, la administración persigue la consecución de los fines del Estado y, por otro lado, el contratista un beneficio económico en su favor, de suerte que es en ese instante de asunción del vínculo en el que se regula.

Esta relevancia del interés general también ha sido resaltada por la Subsección C de la Sección Tercera del Alto Tribunal:

Por medio del contrato estatal se persigue la prestación de los servicios públicos y por ende la satisfacción de intereses de carácter general, propósitos estos que finalmente conducen a que la ejecución del objeto contractual sea una de las cuestiones fundamentales en la contratación del estado. Por esta razón es que la ley ha previsto diversos mecanismos para conjurar aquellos factores o contingencias que puedan determinar la inejecución de lo pactado, destacándose dentro de ellos el reajuste de los precios convenidos de tal manera que, al mantenerse el valor real durante el plazo negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones y se satisfaga entonces el interés general mediante la prestación del servicio público³⁹

Existe, entonces, una clara relación constitucional entre el contrato estatal, la prioridad del interés general en el Estado Social de Derecho (art. 1º), el deber del Estado de garantizar los principios, derechos y deberes constitucionales (art. 2º) y la exigencia de que la función administrativa sirva al interés general (art. 209).

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C, veintitrés (23) de octubre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 15001-23-33-000-2013-00526-01(55855).

Pero, además, la concreción del interés general a través del contrato estatal comporta para los servidores públicos una exigencia de diligencia mucho mayor a la instrucción abstracta del inciso segundo del artículo 2º constitucional en el sentido de “(...) proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Ello es así porque el numeral 1º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 dispone que “Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato”.

El deber en el sentido de que la contratación estatal esté al servicio del interés general no excluye a las entidades exentas del Estatuto General de la Contratación Pública que deben dar cumplimiento del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Como ha dicho la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

(...) siempre que esté de por medio la contratación estatal, sin perjuicio del régimen normativo que se aplique al negocio jurídico, la entidad pública debe observar y acatar los principios consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y aplicar las mismas inhabilidades e incompatibilidades del régimen general de la contratación estatal, según mandato expreso de la Ley 1150 de 2007.

Esta modificación persigue que la actividad contractual de tales entidades, las cuales forman parte de la Administración Pública, esté al servicio de los intereses generales, a fin de que se garantice el cumplimiento de los principios constitucionales que gobiernan la función administrativa, verdaderos regentes de la actividad del Estado en materia contractual, y con independencia del régimen de derecho que resulte aplicable. Dichos principios coinciden, en su mayoría, con aquellos establecidos en la Ley 489 de 1998 y en el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (artículo 316)⁴⁰

7. Los antecedentes de cumplimiento del contratista como mecanismo para prevenir posteriores incumplimientos.

El artículo 6º de la Ley 1150 de 2007 establece la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Único de Proponentes para quienes aspiren a celebrar contratos con las entidades

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00212-00(2456).

estatales. Expresamente, en el inciso 2º de este artículo se exime del deber de registro, entre otros casos, en “los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta”. Pese a ello, se establece que “En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes”.

Por disposición del artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 2011, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta con participación del Estado superior al 50%, sus filiales y sociedades entre entidades públicas con participación mayoritaria del Estado superior al 50% que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, se rigen por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales y no están sometidas al EGCAP, razón por la cual no están obligadas a hacer anotaciones o exigir el RUP en sus procesos de contratación.

Para el caso de las entidades sometidas al régimen del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en el inciso 1º del numeral 6.2 del artículo se dispone que:

Las entidades estatales enviarán mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información concerniente a los contratos, su cuantía, cumplimiento, multas y sanciones relacionadas con los contratos que hayan sido adjudicados, los que se encuentren en ejecución y los ejecutados.

En este caso se trata de brindar elementos objetivos para que la administración pueda conocer, entre otros, los requisitos habilitantes de capacidad jurídica, experiencia y capacidad financiera y de organización de los proponentes para asegurar la selección objetiva (numeral 1 del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007).

Así mismo, la información que repose en el RUP deberá ser usada por las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para reducir el puntaje a los proponentes a los que se “se les haya impuesto una o más multas o cláusulas penales durante el último año” según lo establecido en el artículo 58 de la Ley 2195 de 2022⁴¹.

⁴¹ Artículo 58. Reducción de Puntaje por Incumplimiento de Contratos. Las que adelanten cualquier Proceso de Contratación, exceptuando los supuestos establecidos en el literal a) del numeral 2 del Artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en los de mínima cuantía y en aquellos donde únicamente se pondere el menor precio ofrecido, deberán reducir durante la evaluación de las ofertas en la etapa precontractual el dos por ciento (2%) del total de los puntos establecidos en el proceso a los proponentes que se les haya impuesto una o más multas o cláusulas penales durante el último año, contado a partir de la fecha prevista para la presentación de las ofertas, sin importar la cuantía y sin perjuicio de las demás consecuencias derivadas del incumplimiento.

Esta reducción también afecta a los consorcios y uniones temporales si alguno de sus integrantes se encuentra en la situación anterior.

PARAGRAFO 1. La reducción del puntaje no se aplicará en caso de que los actos administrativos que hayan impuesto las multas sean objeto de medios de control jurisdiccional a través de las acciones previstas en la Ley 1437 de 2011 o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

PARAGRAFO 2. La reducción de puntaje por incumplimiento de contratos se aplicará sin perjuicio de lo contenido en el Artículo 6 de la Ley 2020 de 2020.

Sin embargo, cuando un contratista incurre en mora de cumplir lo pactado en un contrato celebrado bajo un régimen especial o exceptuado del Estatuto General de Contratación Pública, en el que se ha estipulado cláusula de multas bajo el principio de la autonomía de la voluntad, una vez surtido el procedimiento establecido en el contrato e impuesta la multa por la misma entidad, no se afecta la capacidad del contratista para participar o celebrar contratos en procesos de contratación en el futuro.

Aunque la decisión de la entidad se haya plasmado en la aplicación de una multa, de acuerdo con nuestro caso de estudio, no deja de ser la consecuencia de un retraso en el cumplimiento, razón por la cual cobra relevancia la necesidad de que este tipo de situaciones sean tenidas en cuenta para futuras contrataciones en las que pretenda participar dicho contratista, independientemente del régimen de contratación.

Así las cosas, propondremos acciones para que las entidades estatales, independientemente de su régimen de contratación, tengan en cuenta los antecedentes de los proponentes o contratistas relacionados con la aplicación de multas.

En nuestra consideración, tener en cuenta estos antecedentes referidos garantizan la debida diligencia contractual y fortalecen los principios generales de la función administrativa y de la gestión fiscal que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.

8. La debida diligencia en Contratación Estatal

La debida diligencia tiene origen en el derecho romano (Lex Aquilia)⁴². Así, quien obraba sin la diligencia de un padre de familia, lo hacía con culpa, es decir, con negligencia⁴³.

Sobre el concepto de culpa en el Derecho Romano apunta AEDO (2014):

(...) tanto en el período clásico como en el derecho tardío la culpa fue entendida como desviación de un estándar de responsabilidad; en otras palabras, la culpa como falla en el cuidado que un buen padre de familia debió haber ejercitado,

⁴² Bonnitcha, Jonathan & McCorquodale, Robert. (2017). "The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights". The European Journal of International Law, 28(3). Oxford University Press.

⁴³ El Código Civil colombiano recoge, en el artículo 63 la fórmula de graduación de la culpa, así:
ARTÍCULO 63. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

excepto en aquellos ámbitos en que culpa se entendió como culpabilidad, incluyendo el dolo.

Uno de los principales defensores de esta corriente es Voci. Este autor centra una parte de su estudio en la diligencia, que es a la que vamos a referirnos brevemente. Para él, el Derecho romano sigue el criterio subjetivo del dolo y la culpa, estableciendo casos de responsabilidad objetiva en supuestos escasos.

En las fuentes literarias romanas la diligencia aparece claramente con un valor ético, como una virtud y se traducía en el ejercicio de una virtud civil. De ahí que resulta fácil conectarla con el *bonus pater familias* en la vida privada y entonces se hablaba de *diligens pater familias*. Voci nos muestra la diligencia como un instituto de la moral tradicional romana, de carácter aristocrática.

Ahora bien, en el *Securities Act* de 1933 de los Estados Unidos se consagró por primera vez la *due diligence*, como un mecanismo para impedir el fraude en la venta de acciones a través de la exigencia de revelación de información que permitiera tomar decisiones de inversión “informadas”. En la sección 11 (b) (15 U.S. Code § 77k (b) se establecieron las eximentes de responsabilidad para personas distintas al emisor de las acciones, que corresponden a medidas tendientes a demostrar la diligencia en su actuación⁴⁴.

La doctrina de la debida diligencia también ha sido aplicada en el Derecho Internacional Público. La primera referencia aparece en el Laudo Arbitral conocido como *The Alabama Claims* (1872), con motivo de una disputa entre los EEUU y el Reino Unido en tanto que el segundo permitió el uso de su territorio para construir y permitir que zarpara un buque al servicio de los confederados durante la guerra civil del reclamante. En este caso dijo el laudo:

And whereas, with respect to the vessel called the Alabama, it clearly results from all the facts relative to the construction of the ship at first designated by the number “290” in the port of Liverpool, and its equipment and armament in the vicinity of Terceira through the agency of the vessels called the “Agrippina” and the “Bahama,” dispatched from Great Britain to that end, that the British government failed to use due diligence in the performance of its neutral obligations; and especially that it omitted, notwithstanding the warnings and official representations made by the diplomatic agents of the United States during the construction of the said number “290,” to take in due time any effective measures of prevention, and that those orders which it did give at last, for the detention of the vessel, were issued so late that their execution was not practicable⁴⁵.

⁴⁴ Responsabilidades civiles por declaración de registro falsa. Disponible el 3 de marzo de 2026 en <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/77k>

⁴⁵ Naciones Unidas. Reports of International Arbitral Awards (Vol. XXIX, pp. 125–134). Considerando que, con respecto al buque llamado Alabama, resulta claramente de todos los hechos relativos a la construcción del buque inicialmente designado con el número “290” en el puerto de Liverpool, y su equipamiento y armamento en las cercanías de Terceira a través de la agencia de los buques llamados “Agrippina” y “Bahama”, enviados desde Gran Bretaña para tal fin, que el gobierno británico no ejerció la debida diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de neutralidad; y especialmente que omitió, a pesar de las advertencias y representaciones oficiales realizadas por los agentes diplomáticos de los Estados Unidos durante la construcción del mencionado

En Colombia, si bien es cierto que en el artículo 12 de la Ley 2195 de 2022 se consagra el principio de debida diligencia, también lo es que el legislador limitó, en este caso, la aplicación del principio a la “prevención, gestión o administración del riesgo de lavado de activos, financiación del terrorismo y proliferación de armas”.

En consecuencia, y por virtud de lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil⁴⁶, será necesario restringir el alcance de la expresión, a la definición consagrada en la Ley, que no guarda relación con la protección del interés general a través del conocimiento de los antecedentes de los contratistas.

Sin embargo, y a pesar de ello, en materia de contratación estatal la debida diligencia se constituye como un estándar de conducta integral, el cual va más allá del simple cumplimiento de una serie de requisitos formales. En efecto, su observancia y desarrollo fortalece la capacidad de la Entidad de identificar, valorar y mitigar los diferentes riesgos que puedan llegar a ser contemplados desde la etapa de planeación, asegurando así, que cada decisión que se adopte en cada una de las etapas que componen la actividad contractual de la administración, se encuentre respaldada por análisis técnico jurídico riguroso.

Con ello, se quiere significar que la debida diligencia en materia contractual de la administración pública es un mecanismo idóneo para garantizar de manera eficiente, eficaz y transparente la destinación de los recursos públicos, protegiendo así, la responsabilidad de los intervinientes en el proceso contractual y sobre todo el interés general.

Bajo esta premisa, tenemos entonces que la implementación de una debida diligencia en la contratación de la administración pública es reconocer que sobre los hombros de quienes orientan los procesos de selección, recae una carga especial de cuidado de tipo reforzada, la cual deriva de la administración de los recursos públicos.

En conclusión, la debida diligencia en la actividad contractual de la administración, entraña que se actúe bajo una buena fe calificada, que exige agotar todos los medios disponibles e idóneos para verificar entre otras, la idoneidad de los contratistas y la viabilidad de los objetos pactados, convirtiéndose así, la debida diligencia en un pilar fundamental para la transparencia en la contratación, asegurando que la ejecución de los recursos se realice siempre bajo los principios de moralidad, eficacia, economía y selección objetiva, definida como la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.⁴⁷

Lo anterior, nos lleva a concluir necesariamente que las entidades de régimen exceptuado aquí analizadas, a pesar del desarrollo misional de su objeto en un mercado determinado, no pueden apartarse de la finalidad de ese objeto y especialmente de su naturaleza, en cuanto

número “290”, tomar a su debido tiempo medidas efectivas de prevención, y que las órdenes que finalmente dio para la detención del buque fueron emitidas tan tarde que su ejecución no fue factible.

⁴⁶ Artículo 28. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

⁴⁷ Ley 1150 de 2007, artículo 5

este se encuentra íntimamente ligado con el deber de asegurar los intereses generales y con ello, la materialización de los fines para los cuales el Estado ha sido creado.

Es por ello, entre otras razones, que, dentro de su deber de diligencia administrativa, se encuentran obligadas a preservar los principios señalados en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, especialmente el del debido proceso, igualdad, moralidad y transparencia, los cuales para el caso concreto que nos atañe tienen una relevancia única, no solo por su importancia a la hora de materializar garantías constitucionales, sino también por su condición dual, lo que lleva a entender la necesidad respetar derechos de ambas partes dentro de un negocio jurídico determinado.

Con ello, se puede afirmar que las entidades que orientan su actividad contractual bajo un régimen exceptuado pueden llegar a tener en virtud de esa prerrogativa, el deber de establecer mecanismos internos que propendan por la observancia de dichos principios, los cuales, se constituyen en postulados constitucionales, con ocasión a lo señalado en el ya ampliamente mencionado artículo 209 superior, y cuyo obligatorio cumplimiento justamente procura la defensa de los derechos de la administración y de los administrados frente a aquellos contratistas que por consecuencia de un retraso en el cumplimiento de sus obligaciones, puede estar incurso en una inobservancia del principio de buena fe, moralidad administrativa y transparencia.

9. Las buenas prácticas basadas en principios

Resulta entonces oportuno analizar si los antecedentes de la aplicación de multas en entidades del régimen exceptuado pueden considerarse una buena práctica contractual.

Para la Comisión Europea:

Una posible definición de mejores prácticas podría ser: enfoques que han demostrado, a través de la investigación y la evaluación, ser efectivos y sostenibles y producir resultados sobresalientes, y que pueden ser aplicables y adaptables a una situación diferente”.⁴⁸ Como señala AUSIN (2018): "Los códigos de buenas prácticas en el sector público son declaraciones sobre valores, principios y conductas deseables y exigibles en las organizaciones del sector público, que presentan diferentes niveles de generalidad y de especificidad. Se proponen como prototipos de buena conducta y buenos procedimientos en dicho ámbito y promueven la excelencia profesional y los

⁴⁸ European Commission, Handbook on Integration for Policy-makers and Practitioners, Directorate-General Justice, Freedom and Security, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. Página 11. Disponible el 8 de marzo de 2026 en https://www.migpolgroup.com/_old/wp-content/uploads/2016/11/51.HandbookonIntegration_EN_11.04.pdf

bienes internos (principios) de la actividad, como son la integridad, la honestidad, la imparcialidad y el respeto, entre otros⁴⁹.

En términos similares, en Colombia, Santofimio Gamboa y Briceño Chávez (2022) anotan que:

En la jurisprudencia constitucional se resalta, que es el interés general el límite que impera sobre la regulación de la contratación estatal y como expresión del Estado social de derecho, de manera que las buenas prácticas contractuales representan la concreción del principio-derecho de buena administración y la eficacia de los principios sustantivos del artículo 209 de la Constitución Política.

Según el artículo 56 de la Ley 2195 de 2022, el uso de pliegos tipo para entidades excluidas del EGCAP en contrataciones de su giro ordinario se promueve como buena práctica. Esto no impide que en Colombia se consideren otros modelos de conducta como buenas prácticas.

Así las cosas, entenderemos las buenas prácticas como los estándares o recomendaciones que permiten a la administración asegurar, de la mejor forma, el cumplimiento tanto de los principios del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, como los del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 y aquellos que se encuentran previstos en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 y siguientes, especialmente al principio de transparencia, pues este refleja la manifestación más clara de la garantía del interés general y de derechos, frente a la protección del patrimonio público y consecución de finalidades estatales, mediante el contrato público, indistintamente el régimen que lo rija.

Como mecanismo de plena observancia de estos principios y de aplicación de los postulados constitucionales, para implementar buenas prácticas en la contratación pública indistintamente su régimen, existe una herramienta jurídica útil para la integración y estandarización de los procesos y procedimientos, nos referimos al derecho indicativo o mejor conocido como el “Soft Law”.

El derecho indicativo o “Soft Law”, como bien lo describe el autor Jhon Fredy Silva Tenorio, es mucho más que una forma de colaboración entre actores privados y el derecho administrativo. El Soft Law también es “la manifestación de técnicas de gestión administrativa, enmarcadas en un proceso de reformas y en ese contexto, la búsqueda de nuevas técnicas de legitimación”⁵⁰

En pocas palabras el derecho indicativo o “Soft Law” alude a aquellas disposiciones de la administración que, pese a carecer de fuerza vinculante, gozan de una notable legitimidad y aceptación entre sus destinatarios, integrándose de manera efectiva en el marco regulatorio específico.⁵¹

⁴⁹ Ausín, T. (2018). Buenas prácticas (códigos de) / Best practices (codes of). Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. ISSN 2253-6655. N°. 15, octubre 2018 – marzo 2019, pp. 239-248. DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4554>. P. 240.

⁵⁰ Jhon Fredy Silva Tenorio. (2026). La arquitectura invisible del contrato estatal. Tirant lo Blanch. P.80.

⁵¹ Jhon Fredy Silva Tenorio. (2026). La arquitectura invisible del contrato estatal. Tirant lo Blanch. P.81.

En ese sentido, el denominado Soft Law o normas de derecho indicativo, tendrían gran utilidad en la medida que “tienen la aptitud para guiar el comportamiento y es posible, como se puede observar, que se implementen medios institucionales y no institucionales para su cumplimiento”⁵². Bajo esta premisa, esta clase de disposiciones permiten proyectar tanto los efectos prácticos como el impacto regulatorio de la norma, antes de su positivización como hard law, de modo tal, que pueden llegar a funcionar como un laboratorio normativo que facilita la adaptación institucional sin exponer a la entidad a riesgos sancionatorios o declaraciones de nulidad⁵³.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las normas de derecho indicativo o “Soft Law”, son meras normas prescriptivas que cumplen una función experimental y constitutiva, y que son importantes a la hora de regular ciertos comportamientos “de una acción o estado de cosas”, pues cobran gran importancia a la hora de hacer uso de ellas en la actividad contractual de la administración, entre otras cosas, como garantía de cumplimiento y observancia de los principios que rigen la función administrativa.

La utilización de este tipo de normas, va a permitir incluir dentro de los principios o preceptos que orientan la contratación de la Entidad, preceptos que puedan cumplir una función integral, creando sus propias categorías y estableciendo las normas prescriptivas que las rigen, fortaleciendo de esa manera, la salvaguarda del recurso público en el marco del proceso de selección y especialmente durante la ejecución del contrato; esto en la medida que existen dentro del mundo jurídico precisamente para orientar el comportamiento de quienes tiene a cargo la guía contractual de la entidad.

Para el caso concreto de las Entidades públicas que orientan su actividad contractual bajo un régimen excepcional, el derecho indicativo se constituye en una herramienta de vital importancia, especialmente por el nivel de interacción con los mercados determinados donde desarrollan su objeto misional.

Desde el punto de vista jurisprudencial, el Consejo de Estado ha reconocido la existencia del derecho indicativo en materia contractual, bajo la premisa de poder dotar de herramientas a ciertas entidades⁵⁴, que les permitan ser competitivas en mercados internacionales, para lo cual es oportuno contar con estipulaciones dadas por organismos multilaterales tales como el Banco Interamericano de Desarrollo -BID- o las estipulaciones y principios de que Naciones Unidas ha expedido para temas específicos de contratación.⁵⁵

Esa perspectiva nos lleva a tener presente que la adopción de normas de derecho indicativo puede significar “una regulación sin efectos jurídicos adoptada en el ejercicio de sus potestades públicas y que tiene como propósito la ordenación de su organización interna”⁵⁶.

⁵² Jhon Fredy Silva Tenorio. (2026). La arquitectura invisible del contrato estatal. Tirant lo Blanch. P.65.

⁵³ Jhon Fredy Silva Tenorio. (2026). La arquitectura invisible del contrato estatal. Tirant lo Blanch. P.65.

⁵⁴ La sentencia hace una clara referencia a las empresas industriales y comerciales del estado, sobre aquellas entidades que están sometidas a la dispuesto en la Ley 80 de 1.993, por cuanto en esta norma se estipulan reglas específicas y procedimientos que no son susceptibles de cambio, salvo norma en contrario.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C. Sentencia del 13 de abril de 2015 Radicado 11001-03-26-000-2014-00162- 00(52556) Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵⁶ Jhon Fredy Silva Tenorio. (2026). La arquitectura invisible del contrato estatal. Tirant lo Blanch. P.91.

Esta nueva realidad normativa, impulsa la idea de que las entidades puedan establecer parámetros internos, con la pretensión de “incitar a la observancia de aspectos procedimentales o sustanciales de la actividad contractual”⁵⁷

A pesar de lo anterior, se debe tener en cuenta que para lograr definir los objetivos o si se quiere, finalidades del derecho indicativo o “Soft Law” en el marco de la contratación de las entidades que se rigen por régimen exceptuado, es fundamental en primer lugar identificar cuál de los principios de este derecho es el que le podría aplicar, para que, en un segundo lugar, se proceda a incorporarlo dentro de los manuales internos de contratación.

Así las cosas, una forma de expresar el derecho indicativo es a través de las reglas que se incluyen en el Manual de Contratación a través del cual, para el caso de las entidades exceptuadas del EGCAP cobran materialidad los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política⁵⁸ que, dado su régimen especial no ostentan el carácter de actos administrativos sino de “actos de gestión contractual”. Al respecto se ha expresado la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Guillermo Sánchez Luque, así:

Esas reglas, aunque no constituyen actos administrativos por no ser expresión del poder de imperio del Estado, son actos de gestión contractual que se convierten en el derrotero de la negociación y, por ende, no pueden ser desconocidos o desatendidos, so pena de que ese comportamiento afecte los deberes de corrección y probidad con los que debe comportarse durante la fase de negociaciones⁵⁹.

Ahora bien, de todo lo anterior, se concluye que por virtud de la exigencia consagrada en el artículo 13 de la ley 1150 de 2007, las entidades estatales del régimen exceptuado deben tener

⁵⁷ Jhon Fredy Silva Tenorio. (2026). La arquitectura invisible del contrato estatal. Tirant lo Blanch. P.91.

⁵⁸ Al respecto se ha dicho Colombia Compra Eficiente: “Así, puede decirse que una de las reglas derivada de las normas de derecho público que irradian el régimen jurídico de las entidades exceptuadas del EGCAP, consiste en el deber de expedir un manual de contratación. En este documento deben concretarse los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, así como determinarse la manera concreta como dichos principios orientarán el derecho privado en el ejercicio de la actividad contractual. De esta manera, los potenciales oferentes podrán identificar las reglas que aplica la entidad en sus procesos contractuales.

La elaboración de esos manuales debe contemplar procedimientos de selección públicos, en los cuales se garantice la imparcialidad de la entidad contratante, la igualdad entre los oferentes, y en los cuales se respeten los principios constitucionales relevantes, como la eficacia, economía, celeridad,

moralidad, entre otros. Es decir, deben reflejar los principios de la función administrativa y, también, los de la gestión fiscal. La forma precisa en que se concretan estos principios, así como la manera como se armonizan con su régimen de derecho privado, es un asunto que debe decidir la entidad en el ejercicio de la discrecionalidad concedida por el ordenamiento jurídico. No obstante, se considera que, como mínimo, los manuales diseñados por la entidad se deben indicar cuáles son sus procedimientos de selección y una descripción de cada uno de ellos, al igual que las etapas que los componen, los cuales deben estar alineados con la garantía de los principios de la función administrativa. “AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA - COLOMBIA COMPRA EFICIENTES. Concepto C – 1357 de 2025. Bogotá D.C., 29 de octubre de 2025.

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P. Guillermo Sánchez Luque. Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veinte (2020). Radicación número: 05001-23-31-000-1996-00657-01(31628)

un manual de contratación, en el que, a su vez, cada entidad, establezca “criterios claros”⁶⁰ en sus procesos contractuales, para la aplicación a los principios consagrados en los artículos 209 y 267 constitucionales y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

El retraso en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de un contratista, no se limita a un problema entre deudor y acreedor, sino que deriva en la afectación a un servicio público o al suministro de un bien requerido por la sociedad. En consecuencia los retrasos, incluso en cuanto al término de ejecución de una etapa contractual, afectan a los destinatarios finales del contrato, esto es a la comunidad que debería beneficiarse; a la competencia leal, puesto que los contratistas que invierten en capacidades que les permiten cumplir oportunamente por el contrato, elevan sus costos frente a quienes incumplen y; a la institucionalidad y la confianza pública, porque cuando el Estado contrata con personas con tradición de incumplimiento, envía la señal de que no hay consecuencias negativas para quienes fallan, lo cual implicaría que los recursos públicos no están protegidos realmente.

Por lo tanto, es completamente razonable establecer en el manual de contratación una regla que reduzca la puntuación en un proceso competitivo, de quienes tengan antecedentes de incumplimiento que hayan derivado en la aplicación de una multa. Esta disposición responde a la necesidad de cumplir con mandatos constitucionales específicos: el artículo 209 establece principios como moralidad, eficacia, economía e imparcialidad, que en conjunto exigen seleccionar contratistas con antecedentes confiables, asegurar que los recursos generen los resultados previstos y evitar sobrecostos o litigios predecibles; por su parte, el artículo 267 refuerza estas obligaciones al exigir eficiencia y equidad en la gestión de los recursos públicos, valores que resultan incompatibles con ignorar el historial de quienes desean contratar con el Estado.

10. Propuestas

⁶⁰ Sobre la necesidad de concreción de los principios dijo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: El Legislador propugna por la aplicación de los principios contenidos, pero no da pautas ni fija criterios claros frente al alcance de su aplicación, ni la manera en que operan en las diferentes fases y etapas de la contratación, ni el procedimiento a seguir en cada una, lo cual genera incertidumbre jurídica, aspecto que no resulta deseable en la celebración de contratos, cuyo punto de partida debe ser la seguridad jurídica.

Así, concebidos a la manera de principios, se proyectan como normas cuyo alcance puntual en la actividad contractual debe ser definido por el Legislador, de acuerdo con las características y necesidades de cada procedimiento en particular, para permitir su aplicación, desarrollo e implementación en forma adecuada, de suerte que se cumpla con los objetivos propuestos en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Por tanto, mientras ello no suceda, resta entonces armonizarlos e interpretarlos conforme a la actividad y al contrato de que se trate; sin que dicha adecuación, se advierte, equivalga a una réplica mecánica del régimen legal establecido en la Ley 80 de 1993. Consejo De Estado. Sala De Consulta Y Servicio Civil. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas. Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00212-00(2456).

Como materialización del análisis realizado hacemos dos propuestas, una relacionada con buenas prácticas aplicable a las Entidades de régimen exceptuado y la otra consistente en una modificación normativa de la Ley 2069 de 2020, aplicable a las entidades sometidas al EGCAP.

10. 1 Buena Práctica:

Así las cosas, se propone que la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente en cumplimiento de sus funciones legales y reglamentarias, establezca un lineamiento para que, a título de buena práctica, las entidades de régimen exceptuado del EGCAP con participación mayoritaria del Estado, incorporen en sus Manuales Internos de Contratación, la disminución de puntaje en la evaluación de ofertas a aquellos contratistas a quienes estas mismas entidades hubieran multado en el último año, contado desde la fecha para presentar propuestas y sin importar la cuantía.

En la determinación de dicho porcentaje, la respectiva entidad deberá realizar sus análisis garantizando que se respete la libre concurrencia, igualdad, transparencia, publicidad, selección objetiva, economía, eficiencia y responsabilidad.

Aunque las entidades de régimen exceptuado pueden incluir dentro de sus manuales de contratación esta regla de disminución de puntaje, proponemos que se haga a través del lineamiento de CCE con el fin de generar un mayor impacto.

A título ilustrativo, una estipulación de esta naturaleza, orientada a preservar los principios mencionados en el caso de las entidades de régimen exceptuado, podría redactarse en los siguientes términos:

X.X. Evaluación del desempeño contractual y afectación del puntaje

XXXX evaluará el desempeño de los contratistas con base en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, los resultados obtenidos durante la ejecución y los antecedentes registrados en procesos de contratación anteriores.

Cuando, en desarrollo de un contrato celebrado con XXXX, se haya impuesto una multa al contratista, dicha circunstancia será registrada en el formato de evaluación de desempeño y le generará en futuros procesos en los que participe como oferente la correspondiente afectación en su puntaje, así:

Reducción de Puntaje por Imposición de Multas. Si dentro de un proceso de contratación adelantado por XXXXXX, está participando un oferente al cual dicha Entidad le haya impuesto, una o más multas, durante el último año, contado a partir de la fecha prevista para la presentación de las ofertas, sin importar la cuantía y sin perjuicio de las demás consecuencias derivadas del incumplimiento, aplicará en la

evaluación de ofertas la reducción porcentual del (x%) sobre el total de los puntos establecidos por la entidad dentro del proceso.

Para efectos de lo anterior, el Oferente deberá relacionar en la carta de presentación de la oferta, bajo la gravedad de juramento, si ha sido objeto de imposición de multas.

Esta reducción también afecta a los consorcios y uniones temporales si alguno de sus integrantes se encuentra en la situación anterior.

10.2 Cambio Normativo

Modificación del artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, con el fin de incluir como criterio de desempate las multas impuestas por las entidades del régimen exceptuado.

Como se ha señalado, bajo el marco normativo vigente, los antecedentes de multa generados en el régimen exceptuado no son tenidos en cuenta por las entidades sometidas al EGCAP en sus procesos de selección, lo que produce una brecha de información que favorece a contratistas con historial de incumplimiento. Cerrar esa brecha no es posible mediante una simple modificación de los manuales de contratación, pues estos solo pueden desarrollar lo que la ley permite. Incorporar este criterio como factor de evaluación en procesos regidos por el Estatuto General requiere una reforma legal que lo habilite expresamente.

En consecuencia, la propuesta consiste en adicionar un numeral al artículo 35 de la Ley 2069 de 2020 para habilitar a las entidades del régimen general a preferir ofertas de proponentes que, durante el último año, no hayan sido objeto de la aplicación de multas por entidades del régimen exceptuado que administran recursos públicos.

La aplicación de multas es un hecho documentado y verificable que refleja el nivel de diligencia del contratista frente a obligaciones públicas. Su consideración en los procesos de selección reduce riesgos contractuales, sobrecostos y afectaciones al servicio, en línea con el deber de proteger el patrimonio público y con los principios de moralidad, responsabilidad, transparencia y selección objetiva de la Ley 80 de 1993.

La modificación propuesta permite que las entidades del EGCAP utilicen información generada por el régimen exceptuado en desarrollo del principio de coordinación administrativa, introduce un incentivo al cumplimiento y a la competencia leal, y es compatible con los objetivos de transparencia y calidad que orientan la Ley 2069 de 2020.

ARTÍCULO XXXXX. Adiciónese con el siguiente numeral el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020:

14) Para las entidades sometidas al EGCAP y para aquellas de régimen exceptuado que manejen recursos públicos, preferir la propuesta presentada por el Oferente que

no haya sido objeto de la aplicación de multas dentro del último año anterior al cierre del respectivo proceso de contratación, por parte de entidades de régimen exceptuado que manejen recursos públicos.

De igual forma, se hace necesario que a través del cambio normativo se establezca el mecanismo para darle publicidad, el cual puede realizarse a través de las Cámaras de Comercio con la inclusión de una línea adicional en el Registro Único de Proponentes, que permita hacer oponible las multas impuestas al contratista retrasado en la ejecución de contratos con entidades de régimen exceptuado.

11. Conclusiones

1. La proliferación de regímenes exceptuados no produjo una escisión absoluta entre el derecho privado y el derecho público en la actividad contractual del Estado. Por mandato de la Ley, las entidades estatales cuya contratación se rige por normas civiles o comerciales están obligadas a observar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y el deber de publicidad en el SECOP II. La asignación del régimen privado responde a una justificación funcional ligada a la competencia en mercados determinados, pero no desvincula a estas entidades de los principios propios del derecho administrativo ni de los deberes de gestión fiscal. La naturaleza estatal de los recursos administrados opera como vínculo con el interés general, con independencia del instrumento jurídico que discipline la relación contractual.
2. En los contratos celebrados por entidades del régimen exceptuado, el pacto de multas encuentra sustento en la autonomía de la voluntad. A diferencia de las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 —cuya fuente es el *ius imperium* del Estado—, la multa tiene origen convencional, esto es, la facultad de pactar poderes unilaterales derivados del clausulado del contrato. La cláusula penal con función de apremio opera como mecanismo de coacción para inducir al cumplimiento, y requiere pacto expreso en tal sentido. Su consecuencia es exclusivamente económica puesto que constriñe al deudor, pero no produce efectos jurídicos en futuros procesos contractuales del incumplido, lo que constituye el vacío que el presente trabajo identifica y propone corregir.
3. El marco normativo vigente genera una asimetría injustificada. Las multas impuestas por entidades sometidas al EGCAP producen consecuencias jurídicas adicionales a las económicas: reducción de puntaje en futuros procesos (artículo 58, Ley 2195 de 2022), inhabilidad por incumplimiento reiterado (artículo 90, Ley 1474 de 2011) e inscripción en el RUP (artículo 6, Ley 1150 de 2007). Las multas declaradas por entidades del régimen exceptuado que administran recursos públicos no producen ninguna de estas consecuencias, lo que permite que contratistas con antecedentes de incumplimiento participen en nuevos procesos sin que esa historia sea conocida ni valorada. Ello contradice los principios de moralidad, eficacia, transparencia y buena

fe del artículo 209 de la Constitución Política puesto que, cuando el Estado contrata con personas con tradición de incumplimiento, envía la señal que no hay consecuencias negativas para ellos, lo que implica que los recursos públicos no están protegidos realmente.

4. El interés general como causa del contrato estatal, acorde con las previsiones de los artículos 1.º, 2.º y 209 de la Constitución Política— impone a los servidores públicos una exigencia de diligencia reforzada en la gestión contractual, que por mandato del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 se extiende también a las entidades del régimen exceptuado. Aunque en Colombia el principio de debida diligencia está restringido normativamente a la prevención del lavado de activos por el artículo 12 de la Ley 2195 de 2022, en materia de contratación estatal constituye un estándar de conducta integral que obliga a actuar bajo una buena fe, agotando todos los medios disponibles para verificar la idoneidad y los antecedentes de cumplimiento de los contratistas.
5. Los principios de la función administrativa se materializan también mediante normas de derecho indicativo (soft law) incorporadas en los manuales internos de contratación. Estos manuales son actos de gestión contractual que, sin ser expresión del poder de imperio del Estado, vinculan a las partes y orientan el proceso de selección. El soft law, entendido como disposición que carece de fuerza vinculante, pero goza de legitimidad entre sus destinatarios, es el instrumento idóneo para que las entidades del régimen exceptuado incorporen en sus manuales reglas orientadas a proteger el patrimonio público, sin requerir habilitación legal previa. Esta capacidad normativa interna, fundada en el principio de autonomía dispositiva y acotada por los principios constitucionales de la función administrativa, es el presupuesto jurídico sobre el que descansa la primera propuesta del presente trabajo.
6. Así, la solución al vacío normativo exige la articulación de dos instrumentos que operan en niveles distintos y se refuerzan mutuamente. En el nivel del derecho indicativo, Colombia Compra Eficiente debe expedir una directriz que establezca como buena práctica la incorporación en los manuales de contratación de las entidades exceptuadas de una regla de reducción de un porcentaje del puntaje total en procesos competitivos, aplicable a proponentes a quienes se haya impuesto una o más multas durante el último año. Esta medida opera dentro del margen de autonomía del régimen exceptuado y permite que el historial de cumplimiento del contratista incida en la selección sin necesidad de reforma legal. En el nivel del derecho positivo, la consideración de antecedentes de multa del régimen exceptuado en procesos regidos por el EGCAP requiere una habilitación legal expresa consistente en la adición de un numeral al artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, que incorpore como criterio de desempate la ausencia de multas impuestas por entidades del régimen exceptuado que administren recursos públicos durante el año anterior al cierre del proceso. La articulación de ambos instrumentos introduce un incentivo al cumplimiento, reduce riesgos contractuales predecibles y articula en un sistema único la información generada por ambos regímenes, en desarrollo de los principios de transparencia, responsabilidad y selección objetiva.
7. Se puede concluir de igual forma, que con la Constitución Política de 1991, el Estado y los particulares, asumen un nuevo rol en el marco de la prestación eficiente y eficaz de los servicios públicos, especialmente los domiciliarios, en cuanto se permite que en el marco de la libertad de competencia, la titularidad de dichos servicios este en

cabeza de aquel que se encuentren en mejor capacidad de prestarlo, con el fin de materializar de esa forma los fines para los cuales el Estado ha sido creado.

De ello, que la doctrina señale que *“el artículo 365 ya mencionado, con toda claridad establece que los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, directa o “indirectamente”, por “los particulares”, o por comunidades organizadas. Esta consagración indica de manera inequívoca que la titularidad de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, antes en cabeza del Estado, según la nueva Carta se radica también en los particulares. Adicionalmente, establece que el Estado puede prestarlos no sólo de manera directa, por medio de sus propias entidades, sino “Indirectamente”, vale decir, a través de la contratación estatal, haciendo de ella un medio idóneo para lograr sus fines”*⁶¹, con lo cual estamos ante la imperante necesidad de dotar de herramientas a aquellas figuras jurídicas que en nombre del Estado compiten en el mercado con privados, y cuya actividad contractual se orienta por un régimen excepcional, para que en virtud de su deber de proteger no solo el patrimonio público, sino también, las garantías constitucionales inmersas en los fines estatales, que le permitan salvaguardar el principio de la buena fe, transparencia, selección objetiva y moralidad pública, frente al contratista retrasado.

Esto pues si bien, la Ley 80 de 1993, se erige como la norma llamada a regular la actuación contractual de la administración pública, la misma entiende que ante la necesidad de garantizar los derechos de todos los actores de un mercado determinado, existirán regímenes especiales que observaran las normas civiles y mercantiles para el desarrollo de sus actividades misionales, teniendo la obligación de cumplir lo dispuesto en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la mencionada Ley, como también observar los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y el de gestión fiscal.

No podemos olvidar, como lo explica Palacio Jaramillo (2002) que *“El conjunto de normas aplicables a la contratación del Estado, ya sean las contenidas en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, las establecidas en regímenes especiales o las prescritas en las leyes civiles y comerciales, buscan, frente a la nueva perspectiva y orientación del Estado colombiano, que éste, como gran gerente y administrador de la cosa pública y del interés general, pueda lograr una gestión contractual exitosa, útil, transparente, moral e igualitaria”*⁶², lo que reafirma nuestra idea de dotar de mayores instrumentos a las entidades de régimen contractual especial para que salvaguarden una selección objetiva de la oferta más favorable a los intereses de la administración y con ello los principios constitucionales de la función administrativa.

⁶¹ Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia. María Teresa Palacio Jaramillo, página 6

⁶² Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia. María Teresa Palacio Jaramillo, página 8.

12. Bibliografía

- Barreto Moreno, Antonio Alejandro. (2019). El derecho a la compra pública. Editorial Legis – Universidad de La Sabana.
- Bello, Andrés. (1955). Código Civil de la República de Chile (Tomo II). Comisión Editora de las Obras Completas de Andrés Bello, Ministerio de Educación, Biblioteca Nacional.
- Bénoit, Francis Paul. (1977). El derecho administrativo francés (R. Gil Cremades, Trad.). Instituto de Estudios Administrativos.
- Bonnitcha, Jonathan & McCorquodale, Robert. (2017). The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. The European Journal of International Law, 28(3). Oxford University Press.
- Código Civil colombiano. Código Civil. Artículo 63.
- Código Civil francés. (2005). Código Civil francés (edición bilingüe; Á. Núñez Iglesias, Trad.; F. J. Andrés Santos & Á. Núñez Iglesias, notas; A. Garrigues Walker, pról.; R. Domingo, Coord.). Marcial Pons. Recuperado el 13 de julio de 2025 de Academia.edu
- Colombia Compra Eficiente. (2023). Concepto C-034 de 2023.
- Colombia Compra Eficiente. (2023). Concepto C-442 de 2023.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 80 de 1993. Diario Oficial No. 41.094.
- Congreso de la República de Colombia. (2007). Ley 1150 de 2007. Diario Oficial No. 46.691.
- Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1474 de 2011. Diario Oficial No. 48.128.
- Congreso de la República de Colombia. (2022). Ley 2195 de 2022.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (2016, 26 de julio). Concepto 2257 de 2016.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (2021, 13 de mayo). Radicación No. 11001-03-06-000-2020-00212-00(2456). C. P. Álvaro Namén Vargas.

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (1997, 20 de febrero). Auto, Exp. 12.669.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A. (2022, 12 de diciembre). Radicación No. 85001-23-33-000-2017-00074-02 (66.729). C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.
- Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. (2011, 13 de abril). Sentencia, Exp. 37.423. C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. (1998, 4 de junio). Sentencia, Exp. 13.988. C. P. Ricardo Hoyos Duque.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. (2002, 20 de junio). Auto, Exp. 19.488. C. P. Ricardo Hoyos Duque.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. (2005, 20 de octubre). Sentencia, Exp. 14.579. C. P. Germán Rodríguez Villamizar.
- Corte Constitucional. (1999). Sentencia C-953 de 1999. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Suprema de Justicia. (1949, 9 de mayo). Gaceta Judicial, LXXVI, 65.
- Corte Suprema de Justicia. (1976, 7 de octubre). Gaceta Judicial, 152(2393), 446–447.
- Corte Suprema de Justicia. (2024, 12 de enero). Sentencia SC507-2023, Radicación No. 11001-31-03-041-2020-00020-01. M. P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.
- Decreto 1082 de 2015. (2015, 26 de mayo). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional.
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (2020). Concepto No. 090001 de 2020.
- Dnas de Clément, Zlata. La diligencia debida en la opinión consultiva del Tribunal Internacional de Derecho del Mar de 21 de mayo de 2024 / Due Diligence in the Advisory Opinion of the International Tribunal of the Law of the Sea of 21 May 2024. Recuperado de IHLADI
- Emiliani Román, Rodrigo. (1980). Conferencias de obligaciones: Fuentes voluntarias de las obligaciones. Editorial Temis.
- Expósito Vélez, Juan Carlos. (2026). Dogmática y efectos prácticos de los regímenes excepcionales en la contratación pública. U. Externado de Colombia – Tirant lo Blanch.
- Expósito Vélez, Juan Carlos. Dogmática y efectos prácticos de los regímenes excepcionales en la contratación pública en Colombia. U. Externado de Colombia – Tirant lo Blanch.

International Court of Justice. Judgment, Case No. 135. Recuperado de International Court of Justice PDF

Josserand, Louis. (1950). Derecho civil: Teoría general de las obligaciones (Tomo II, Vol. I; A. Brun, Rev. y compl.; S. Cunchillos y Manterola, Trad.). Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. (Obra original publicada en 1939).

Ley 489 de 1998. (1998, 29 de diciembre). Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 43.464.

Mantilla, Fabricio & Oñate, Tatiana. (2022). Contratos estatales (M. T. Palacio Jaramillo, Dir. Acad., Tomo 1). Editorial Ibáñez – Universidad del Rosario. Biblioteca Universidad Católica

Montaña Plata, Alberto & Zapata García, Pedro. (2022). La necesaria claridad conceptual y teórica sobre los contratos estatales que se rigen por el derecho privado como presupuesto para su control judicial efectivo. Revista Digital de Derecho Administrativo, (27).

Palacio Jaramillo. (2002). Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia. Revista de Derecho Público N°14. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho.

Petit, Eugène. (1995). Tratado elemental de Derecho Romano (J. Fernández González, Trad. y notas). Editorial Porrúa. (12.^a ed., reimpresión).

Pothier, Robert Joseph. (1961). Tratado de las obligaciones. Editorial Bibliográfica Argentina.

Préfecture d'Eure-et-Loir. SPIC et SPA. Recuperado de Préfecture d'Eure-et-Loir

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando & Briceño Chaves, Andrés Mauricio. (2022). Buenas prácticas en la contratación estatal en el escenario de la responsabilidad fiscal. Contraloría General de la República, Centro de Estudios Fiscales. Recuperado el 9 de marzo de 2026 de Beltrán Pardo Abogados

Soto Kloss, Eduardo. (2014). Notas sobre el Tribunal de Conflictos Francés. Revista de Derecho Público. Universidad de Chile. Recuperado de Semantic Scholar

Tribunal des conflits. (1955, 22 de enero). Naliato c. État, No. 1511. Recuperado de Revue Générale du Droit

Rodríguez, Libardo. (2020). Estructura del Poder Público en Colombia. 15^a ed. Temis, (ISBN 9789583510427).

United States Code, 15 U.S.C. § 77k. Civil liabilities on account of false registration statement. Recuperado el 3 de marzo de 2026 de Legal Information Institute - Cornell Law School

Veltani, J. Darío. (2014, 5 de agosto). El Acuerdo de Niveles de Servicio (“SLA”). La Ley, Suplemento Actualidad.