

Facultades unilaterales de las entidades sometidas al EGCAP



Los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 habilitan expresamente a las entidades públicas para declarar el incumplimiento, imponer multas o hacer efectiva cláusula penal, mediante un acto administrativo motivado que esté precedido de un trámite en el que se le hayan garantizado al contratista los derechos de defensa y contradicción.

Son facultades otorgadas por el legislador a las entidades públicas sometidas al EGCAP para pronunciarse por sí y ante sí frente al incumplimiento de sus contratistas.

Es un **mecanismo de apremio o sanción** ante el incumplimiento de obligaciones por parte del contratista y contribuye a la correcta ejecución de los contratos.

De esta manera, no hay duda de que las entidades sometidas al EGCAP pueden declarar el incumplimiento del contratista e imponerle las sanciones previstas en el contrato de manera directa y unilateral.



¿Las entidades exceptuadas del EGCAP pueden hacer uso de las facultades unilaterales?

En principio, las relaciones regidas por el Derecho civil y comercial están orientadas por el principio de igualdad absoluta, lo que implica que ninguna de las partes de un contrato tiene una condición de superioridad frente a la otra, por lo que no es posible conferirle a alguna la condición de juez y parte.

Otorgar a una de las partes la facultad de declarar el incumplimiento de su co-contratante e imponerle, de manera unilateral y directa, las sanciones pactadas por ese incumplimiento (multas o cláusula penal) riñe con la relación de equivalencia y reciprocidad de las prestaciones de un negocio jurídico regido por las normas del Derecho privado.



El Consejo de Estado ha asumido dos posiciones sobre la posibilidad de que las entidades exceptuadas del EGCAP puedan hacer uso de las facultades unilaterales. Una de naturaleza **restrictiva** y otro de carácter **permisiva** o extensivo.

Posición restrictiva



Las entidades públicas que celebran contratos regidos por el Derecho privado no pueden declarar el incumplimiento, imponer multas ni hacer efectiva la cláusula penal de manera unilateral, salvo que exista una habilitación expresa en la ley.

El sólo pacto contractual no es suficiente para facultar a la entidad pública, pues el ámbito funcional de los servidores públicos se guía por el principio de legalidad estricta, es decir, aquellos sólo pueden hacer lo que la ley y el reglamento les permite.

Considera que la declaratoria de incumplimiento y la imposición de sanciones contractuales rompe la simetría propia de las relaciones contractuales de Derecho privado y confiere a la entidad pública una condición de superioridad que no está autorizada por el ordenamiento jurídico.



- Consejo de Estado. Sentencia del 30 de julio de 2008. Exp. 21574. C.P. Enrique Gil Botero
- Consejo de Estado. Sentencia del 23 de septiembre de 2009. Exp. 24639. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.
- Consejo de Estado. Sentencia del 14 de junio de 2012. Exp. 22223. C.P. Danilo Rojas Betancourth.
- Consejo de Estado. Sentencia del 3 de diciembre de 2015. Exp. 36807. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.



Posición permisiva

Las cláusulas de imposición de multas *no clasifican dentro de las denominadas cláusulas excepcionales porque se sustentan en la autonomía negocial de las partes y no en la ley**.

Su finalidad es asignar mecanismos eficaces para la consecución del interés negocial.

*Consejo de Estado. Sentencia del 20 de febrero de 2017. Exp. 56562. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Los pactos de las facultades unilaterales son válidos en razón a que las cláusulas contractuales que los incorporan no desconocen normas imperativas, ni las buenas costumbres.

Las figuras de la multa y la cláusula penal son herramientas propias del Derecho privado, por esa razón, su inclusión no es ilegal.

Es válido, siempre que el pacto contractual que así lo autorice sea expreso y claro.

Esa posibilidad tiene como fundamento:

- El reconocimiento de la autonomía de la voluntad, como principio rector de las relaciones contractuales.
- La necesidad de dotar a las entidades públicas de mecanismos eficaces para asegurar el cumplimiento del contrato, en protección de los intereses públicos involucrados en los contratos estatales con independencia de su régimen jurídico.



- Consejo de Estado. Sentencia del 19 de julio de 2017. Exp. 57394. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Consejo de Estado. Sentencia del 19 de junio de 2019. Exp. 39800. C.P. Alberto Montaña Plata.
- Consejo de Estado. Sentencia del 18 de agosto de 2020. Exp. 36875. C.P. Guillermo Sánchez Luque.
- Consejo de Estado. Sentencia del 23 de noviembre de 2022. Exp. 66700. C.P. Alberto Montaña Plata.



En ese sentido y conforme con la más reciente postura del Consejo de Estado, puede entenderse que las entidades exceptuadas del EGCAP pueden hacer uso de las facultades unilaterales para declarar incumplimientos, imponer multas y hacer efectiva la cláusula penal, siempre y cuando estén previstas de manera clara y expresa en el contrato. No obstante, hoy no podemos asegurar que exista una posición pacífica y uniforme sobre este importante aspecto de la actividad contractual de las entidades exceptuadas del EGCAP.