CCE-DES-FM-17

**EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES­ DEL ESTADO – Régimen contractual – Ley 80 de 1993 – Derecho privado**

[…] el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado que estén en competencia o desarrollen su actividad en mercados regulados es el propio de tal actividad, esto es, por regla general, el derecho privado, salvo las excepciones legales o las contenidas en el acto de creación o en los estatutos de la respectiva empresa industrial o comercial del Estado. Aunque estos contratos están excluidos de la Ley 80 de 1993, no se rigen exclusivamente por el derecho civil y comercial, pues –conforme al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007– aplican tanto los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Por el contrario, aquellas empresas industriales y comerciales del Estado que no estén en competencia ni desarrollen su actividad en mercados regulados están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas que lo complementan, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007.

**EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO – Contrato de Concesión­ – Monopolio estatal – Potestades exorbitantes**

De acuerdo con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, el régimen de las cláusulas exorbitantes de los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal corresponde al *primer grupo*. Si bien el parágrafo dispone que se prescindirá de estas facultades «[…] en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2° […]», la prohibición aplica para tipologías diferentes a las del *primer* y *segundo grupo*. En otras palabras, no rige en aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra; tampoco aplica a los contratos de obra ni de suministro, pues forman parte del numeral 2 el artículo 14 del Estatuto General. Por tanto, en los contratos de concesión de las empresas industriales y comerciales que no actúan en competencia con los particulares ni desarrollan sus actividades en mercados regulados, las cláusulas exorbitantes son elementos de la naturaleza que forman parte del negocio en virtud de la ley, especialmente, cuando implican actividades que constituyen un monopolio del Estado.

**JUEGOS DE SUERTE Y AZAR – Contrato de Concesión – Lotería – Apuestas permanentes – Inclusión – Potestades exorbitantes – Régimen jurídico**

[…] los contratos de concesión de los juegos de suerte y azar objeto de esta consulta se rigen por las normas de la Ley 80 de 1993. La conclusión es válida respecto al procedimiento de selección, extendiéndose a la aplicación de los poderes exorbitantes, razón por la que es necesario hacer dos (2) precisiones. Por un lado, aunque el artículo 51 del Decreto 3034 de 2013 obliga a pactar expresamente las cláusulas excepcionales de caducidad, modificación, interpretación y terminación unilateral en los *contratos de concesión para operar juegos de lotería*, la omisión de este deber no significa que pierdan su naturaleza jurídica como elementos de la naturaleza de esta tipología, sin perjuicio de la eventual responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de los deberes previstos en el reglamento. En esta medida, podrán utilizarlas ya que –en los casos previstos en el numeral 2 del artículo 14 del Estatuto General, incluidos los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal– las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se estipulen expresamente, lo cual se extiende también a facultades como la liquidación unilateral y la imposición unilateral de las sanciones pecuniarias.

Por otra parte, aunque la Ley 643 de 2001 no contiene una regulación expresa sobre la utilización de las cláusulas exorbitantes en los *contratos de concesión para explotar juegos de apuestas permanentes*, si el concedente es una empresa industrial y comercial del Estado que no está en competencia ni desarrolla su objeto social en mercados regulados, son entidades sometidas al Estatuto General conforme al artículo 14 de la Ley 1150 de 2007. Esta conclusión concuerda con el inciso final del artículo 7 de la Ley 643, pues si la concesión de juegos de suerte y azar se rige por las normas generales de la contratación pública, aplican las cláusulas exorbitantes de la Ley 80 de 1993, ya que constituye un monopolio rentístico de la Nación que excluye la competencia con los particulares.

Bogotá D.C., **27/05/2020 Hora 14:55:1s**

**N° Radicado: 2202013000004236**

Señora

**Gloria Milena Orjuela García**

Bogotá D.C., Cundinamarca

**Concepto C – 251 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES – Régimen contractual – Ley 80 de 1993 – Derecho privado / EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES – Contrato de Concesión – Monopolio Estatal – Potestades exorbitantes / JUEGOS DE SUERTE Y AZAR – Contrato de Concesión – Lotería – Apuestas permanentes – Potestades exorbitantes – Régimen jurídico |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta 4202013000002405  |
|  |  |

Estimada señora Orjuela:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 3 de abril de 2020.

1. **Problemas planteados**

Considerando que «[…] Las entidades concedentes de apuestas permanentes (chance) en los diferentes entes territoriales denominadas Loterías, en su mayoría, son empresas industriales y comerciales del Estado, que por su naturaleza y por disposición del artículo 93 de la Ley 1474 de 2011 contratan mediante un régimen de derecho privado con aplicación de los principios de la función pública y de la gestión fiscal […]», usted realiza las siguientes preguntas: i) «¿Pueden válidamente las empresas industriales y comerciales del estado incorporar y aplicar clausulas exorbitantes (las expresamente establecidas en la Ley 80 de 1993), multas y/o clausula penal, en los contratos de concesión de apuestas permanentes -monopolio rentístico del estado-, aun cuando su régimen de contratación es de derecho privado?», ii) «¿Si en un contrato de concesión de apuestas permanentes -monopolio rentístico del estado- no se pactan clausulas exorbitantes, estas se entienden incorporadas según el mandato del artículo 14, Numeral 2 de la Ley 80 de 1993?» y iii) «¿Las empresas industriales y comerciales del estado tienen la auto tutela declarativa y ejecutiva del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007?».

1. **Consideraciones**

Para responder las preguntas planteadas, se analizarán los siguientes temas: i) régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, ii) potestades exorbitantes en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal y iii) régimen jurídico de los juegos de apuestas permanentes y loterías.

 Recientemente esta Subdirección expidió el Concepto 2201913000009314 del 17 de diciembre de 2019, donde se explicó el régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales según desarrollen o no sus actividades en competencia con el sector privado o en mercados regulados. La tesis propuesta en este concepto se expone a continuación:

**2.1. Régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado**

Dentro de la estructura de la Administración pública se encuentran las entidades descentralizadas por servicios, y dentro de dicha categoría se ubican las empresas industriales y comerciales del Estado, las cuales –sin perjuicio del control de tutela– tienen personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.Estas entidades, como su nombre lo indica, se caracterizan por desarrollar actividades de carácter industrial o comercial. Así, por ejemplo, son empresas industriales y comerciales del Estado la Imprenta Nacional de Colombia, Coljuegos, Indumil, la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, Colpensiones, entre otras.

 Considerando la actividad desarrollada, se itera, de carácter industrial o comercial, el régimen jurídico aplicable a estas empresas difiere del que corresponde a otras entidades descentralizadas funcionalmente o por servicios, como las superintendencias con personería jurídica, los establecimientos públicos o las unidades administrativas especiales, pues la regla general es el derecho privado, salvo excepciones legales y las contenidas en el acto de creación o en los estatutos de la respectiva empresa industrial o comercial del Estado.

 Sobre el régimen de contratación, el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 –en concordancia con el artículo 93 de la Ley 489 de 1998– incorporó a las empresas industriales y comerciales del Estado dentro de la categoría de entidades estatales[[1]](#footnote-1). Para estos efectos, el numeral 1, literal m), del artículo 24 del Estatuto General –derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007– permitía la contratación directa de los bienes y servicios requeridos para el desarrollo de su objeto social, exceptuado los contratos de obra, consultoría, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública[[2]](#footnote-2).

 Actualmente, el artículo 14 de Ley 1150 de 2007 distingue entre las empresas industriales y comerciales del Estado que desarrollan sus actividades en competencia con los particulares y las que no: mientras los contratos de estas últimas regresan a las normas de la Ley 80 de 1993, los de aquellas permanecen dentro del Código Civil y de Comercio, lo que –respecto al contenido del artículo 85 de la Ley 489 de 1998– implica un retorno parcial del derecho administrativo. De esta manera, la norma anteriormente citada dispone lo siguiente:

Artículo 14. Modificado por la Ley 1474 de 2011, artículo 93. 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%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

 En esta medida, las empresas industriales y comerciales del Estado que no estén en competencia ni desarrollen su actividad en mercados regulados están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas que lo complementan. Conforme al literal g) del artículo 2.2 de la Ley 1150 de 2007, estos contratos siguen las reglas del procedimiento de selección abreviada, exceptuados los del artículo 32 de la Ley 80 de 1993[[3]](#footnote-3). En contraste, el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado que se encuentren en competencia o en mercados regulados es el propio de tales actividades, esto es, por regla general, el derecho privado. De acuerdo con la jurisprudencia, la exclusión de estas últimas se justifica en el principio de igualdad, ya que si Estado desarrolla actividades de los particulares, debe actuar no solo desprovisto de poderes exorbitantes sino también con la misma eficacia y eficiencia que los sujetos de derecho privado. No en vano:

La razón de ser de la aplicación del régimen de derecho privado a estas entidades radica en la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores.

Se trata pues, de que sus actividades de explotación industrial o comercial se desarrollen con las mismas oportunidades y las mismas ventajas o desventajas que las adelantadas por aquellos, sin que influya para nada su investidura de entidad estatal; que puedan actuar como particulares, frente a las exigencias de la economía y del mercado.

Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado, salvo en cuanto a sus relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes[[4]](#footnote-4).

Por lo tanto, el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado que estén en competencia o desarrollen su actividad en mercados regulados es el propio de tal actividad, esto es, por regla general, el derecho privado, salvo las excepciones legales o las contenidas en el acto de creación o en los estatutos de la respectiva empresa industrial o comercial del Estado. Aunque estos contratos están excluidos de la Ley 80 de 1993, no se rigen exclusivamente por el derecho civil y comercial, pues –conforme al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007– aplican tanto los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Por el contrario, aquellas empresas industriales y comerciales del Estado que no estén en competencia ni desarrollen su actividad en mercados regulados están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas que lo complementan, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007.

**2.2. Potestades exorbitantes en los contratos** **que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal**

La reflexión del apartado anterior es importante, porque la distinción del artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 influye en el régimen contractual aplicable y, por tanto, en el ejercicio de poderes excepcionales. En efecto, si las empresas industriales y comerciales del Estado no actúan en competencia con los particulares o desarrollan sus actividades en mercados regulados, los contratos se rigen por la Ley 80 de 1993, razón por la que se permite tanto la liquidación unilateral del contrato y la imposición unilateral de las multas y la cláusula penal pecuniaria –arts. 11 y 17 de la Ley 1150 de 2007, respectivamente– como el ejercicio de las facultades previstas en el artículo 14 del Estatuto General. En lo pertinente, esta norma dispone que:

Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

[…]

2°. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.

PARAGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2°. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

A estas cláusulas también se les denomina como «exorbitantes». Etimológicamente, esta palabra viene del latín: se compone del prefijo *ex*, que indica separación o movimiento de salida, y la raíz de la palabra *orbita*, relacionado con el curso de los astros, un derivado de la palabra *orbis*, que significa circunferencia. En esta medida, lo exorbitante es lo que se sale excesivamente de su ritmo o medida habitual[[5]](#footnote-5). Para la doctrina, estas cláusulas son exorbitantes bien porque son poco habituales en los contratos entre particulares o porque, pactadas en los mismos, están viciadas de nulidad[[6]](#footnote-6). Por ser poco habituales, cláusulas como las de supervisión e interventoría tendrían esta naturaleza, las cuales –pese a la definición– pueden pactarse en los contratos entre particulares, pues no están expresamente prohibidas.

En contraste, las cláusulas de caducidad, interpretación unilateral, imposición unilateral de las multas, etc. están prohibidas en contratos sometidos al derecho privado, ya que no derogan las leyes de orden público –art. 16 del Código Civil–, existe objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación –art. 1519 del Código Civil– y, por tanto, están viciadas de nulidad absoluta –art. 1741 del Código Civil–. En este sentido, las cláusulas exorbitantes se reservan a los contratos autorizados por la ley, pues son poderes derogatorios del derecho común y requieren una norma excepcional como la citada *ut supra*.

Como explica la jurisprudencia, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 dispone cuatro (4) grupos de contratos en los cuales es diferente el régimen de estas facultades[[7]](#footnote-7). El *primer grupo* corresponde a aquellos en los que es obligatorio incluir poderes exorbitantes, formado por aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En estas tipologías, conforme a la clasificación del artículo 1501 del Código Civil, los poderes corresponden a cláusulas de naturaleza, es decir, aquellas que –frente al silencio del pliego de condiciones o del contrato– forman parte del negocio en virtud de la ley[[8]](#footnote-8). Considerando la relación directa de estos contratos con la eficiente prestación de los servicios públicos, los poderes exorbitantes de este grupo son irrenunciables.

El *segundo grupo* está conformado por los contratos en que estas facultades son potestativas, lo cual aplica a los contratos de suministro y de prestación de servicios. Si bien todas las entidades deben cumplir con los fines del artículo 3 de la Ley 80 de 1993, en este caso existe una relación indirecta con la prestación de los servicios públicos, por lo que estas cláusulas no son obligatorias. En este grupo, la ley no suple el silencio del pliego de condiciones o del contrato, pues –conforme al artículo 1501 del Código Civil– son elementos accidentales que requieren pacto expreso.

El *tercer grupo* corresponde a los contratos del parágrafo del artículo 14 del Estatuto General donde la ley prohíbe pactar de estos poderes, so pena de nulidad absoluta por objeto ilícito. Finalmente, el *cuarto grupo* está conformado por las tipologías que no se encuentran en alguno de los tres (3) grupos anteriormente comentados. Dado que la ley autoriza su ejercicio, no es posible fundamentar estos poderes en la autonomía de la voluntad. Por tanto, se entiende también están prohibidos en este último grupo, ya que:

De un lado […], este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, […] el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales[[9]](#footnote-9).

De acuerdo con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, el régimen de las cláusulas exorbitantes de los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal corresponde al *primer grupo*. Si bien el parágrafo dispone que se prescindirá de estas facultades «[…] en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2° […]», la prohibición aplica para tipologías diferentes a las del *primer* y *segundo grupo*. En otras palabras, no rige en aquellos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra; tampoco aplica a los contratos de obra ni de suministro, pues forman parte del numeral 2 el artículo 14 del Estatuto General. Por tanto, en los contratos de concesión de las empresas industriales y comerciales que no actúan en competencia con los particulares ni desarrollan sus actividades en mercados regulados, las cláusulas exorbitantes son elementos de la naturaleza que forman parte del negocio en virtud de la ley, especialmente, cuando implican actividades que constituyen un monopolio del Estado.

Tratándose de empresas industriales y comerciales del Estado exceptuadas del Estatuto de Contratación por el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, los contratos de concesión no sólo son atípicos sino que excluyen la posibilidad de utilizar poderes excepcionales. Por un lado, para las entidades sometidas, la tipicidad del contrato de concesión se fundamenta en el artículo 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993[[10]](#footnote-10); sin embargo, este no se regula en el Código Civil ni en el Comercio, por lo que –fuera de los principios generales de las obligaciones– el contenido de negocio depende de lo pactado en cada caso, ya que no se asimila a la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, etc.[[11]](#footnote-11)

Por otra parte, la utilización de cláusulas exorbitantes en los contratos excluidos rompe la igualdad entre las partes. En efecto, además de que no están autorizadas con carácter general en el derecho civil o comercial, las empresas industriales y comerciales del Estado en competencia con los particulares carecen de prerrogativas y privilegios que menoscaben los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas[[12]](#footnote-12).

**2.3. Régimen jurídico de los juegos de apuestas permanentes y loterías**

Conforme al artículo 14 de la Ley 1150, la inclusión de potestades exorbitantes en los contratos de concesión depende del régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado: si es derecho público, se rigen por el artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993; si es derecho privado, los poderes excepcionales están prohibidos. Por tanto, es necesario determinar las normas aplicables a las entidades que administran los juegos de suerte y azar.

 De acuerdo con el artículo 366 de la Constitución Política, corresponden un monopolio rentístico de la Nación regulado por la Ley 643 de 2001[[13]](#footnote-13). Si bien el artículo 6 permite la *operación directa* a los departamentos y al distrito capital a través de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de capital público, el artículo 7 dispone la *operación mediante terceros* indicando lo siguiente:

La operación por intermedio de terceros es aquella que realizan personas jurídicas, en virtud de autorización, mediante contratos de concesión o contratación en términos de la Ley 80 de 1993, celebrados con las entidades territoriales, las empresas industriales y comerciales del Estado, de las entidades territoriales o con las sociedades de capital público autorizadas para la explotación del monopolio, o cualquier persona capaz en virtud de autorización otorgada en los términos de la presente ley, según el caso.

La renta del monopolio está constituida por los derechos de explotación que por la operación de cada juego debe pagar el operador.

El término establecido en los contratos de concesión para la operación de juegos de suerte y azar no podrá ser inferior de tres (3) años ni exceder de cinco (5) años.

La concesión de juegos de suerte y azar se contratará siguiendo las normas generales de la contratación pública, con independencia de la naturaleza jurídica del órgano contratante.

 Los particulares operan y explotan este monopolio i) a través de contratos de concesión celebrados con personas jurídicas o ii) por medio de autorizaciones concedidas a cualquier persona capaz. En el primer caso, la norma citada dispone que los contratos no serán inferiores a tres (3) ni superiores a cinco (5) años, además prescribe que, con independencia de la naturaleza jurídica del órgano, se rigen por las normas generales de la contratación pública. Adicionalmente, el artículo 10 de la Ley 643 de 2010 dispone inhabilidades especiales para la celebración de contratos o la obtención de las autorizaciones.

 La *operación* *mediante terceros* supone distinguir entre las diferentes modalidades de juego de suerte y azar de la Ley 643 de 2001, ya que mientras algunas requieren la autorización, otras necesitan el contrato de concesión. Por ejemplo, la primera es necesaria para los particulares que realicen rifas –art. 29–, juegos promocionales –art. 31–, juegos novedosos diferentes a los operados por internet –par. 2 del art. 38–, entre otros. Por otra parte, aquellos requieren contratos de concesión para explotar juegos localizados –art. 33–, apuestas en eventos hípicos –art. 37–, juegos novedosos operados por internet –par. 1 del art. 38– apuestas en eventos deportivos, gallísticos, caninos y similares –art. 2 del Decreto 2482 de 2003–, entre otros.

 Particularmente, la peticionaria se refiere las «[…] apuestas permanentes (chance) […] denominadas Loterías […]», tratándolos como sinónimos o equivalentes. Sin embargo, se aclara que las apuestas permanentes y las loterías son dos modalidades de juego y azar distintas. Las últimas se definen en el artículo 11 de la Ley 643 de 2001[[14]](#footnote-14). Incluso, aunque la norma no define la operación de terceros como en los ejemplos del párrafo precedente, el artículo 51, inciso primero, del Decreto 3034 de 2013 dispone que:

Cuando la operación del juego de lotería tradicional o de billetes se realice a través de terceros, la persona jurídica contratista será seleccionada mediante un proceso de licitación pública, con arreglo a la Ley del Régimen Propio del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar y el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas que los adicionen, modifiquen o sustituyan. Tales contratos serán celebrados por un término improrrogable no inferior de tres (3) años ni superior a cinco (5) años y en estos se pactarán las cláusulas excepcionales de caducidad, modificación, interpretación y terminación unilateral, y su inclusión será expresa en los respectivos contratos. Así mismo se deberá pactar la constitución de las garantías de cumplimiento del contrato y del pago de los premios a los apostadores.

Igualmente, las normas del Estatuto General aplican a los contratos para la explotación de los juegos de apuestas permanentes o chances de finidos en el artículo 21 de la Ley 643 de 2001, pues el inciso 2 del artículo 22 –en concordancia con el citado artículo 7– prescribe que «Sólo se podrán operar […] a través de terceros seleccionados mediante licitación pública, y por un plazo de cinco (5) años»[[15]](#footnote-15).

De esto se infiere que los contratos de concesión de los juegos de suerte y azar objeto de esta consulta se rigen por las normas de la Ley 80 de 1993. La conclusión es válida respecto al procedimiento de selección, extendiéndose a la aplicación de los poderes exorbitantes, razón por la que es necesario hacer dos (2) precisiones. Por un lado, aunque el artículo 51 del Decreto 3034 de 2013 obliga a pactar expresamente las cláusulas excepcionales de caducidad, modificación, interpretación y terminación unilateral en los *contratos de concesión para operar juegos de lotería*, la omisión de este deber no significa que pierdan su naturaleza jurídica como elementos de la naturaleza de esta tipología, sin perjuicio de la eventual responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de los deberes previstos en el reglamento. En esta medida, podrán utilizarlas ya que –en los casos previstos en el numeral 2 del artículo 14 del Estatuto General, incluidos los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal– las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se estipulen expresamente, lo cual se extiende también a facultades como la liquidación unilateral y la imposición unilateral de las sanciones pecuniarias.

Por otra parte, aunque la Ley 643 de 2001 no contiene una regulación expresa sobre la utilización de las cláusulas exorbitantes en los *contratos de concesión para explotar juegos de apuestas permanentes*, si el concedente es una empresa industrial y comercial del Estado que no está en competencia ni desarrolla su objeto social en mercados regulados, son entidades sometidas al Estatuto General conforme al artículo 14 de la Ley 1150 de 2007. Esta conclusión concuerda con el inciso final del artículo 7 de la Ley 643, pues si la concesión de juegos de suerte y azar se rige por las normas generales de la contratación pública, aplican las cláusulas exorbitantes de la Ley 80 de 1993, ya que constituye un monopolio rentístico de la Nación que excluye la competencia con los particulares.

1. **Respuesta**

Considerando que «[…] Las entidades concedentes de apuestas permanentes (chance) en los diferentes entes territoriales denominadas Loterías, en su mayoría, son empresas industriales y comerciales del Estado, que por su naturaleza y por disposición del artículo 93 de la Ley 1474 de 2011 contratan mediante un régimen de derecho privado con aplicación de los principios de la función pública y de la gestión fiscal […]», usted realiza las siguientes preguntas: i) «¿Pueden válidamente las empresas industriales y comerciales del estado incorporar y aplicar cláusulas exorbitantes (las expresamente establecidas en la Ley 80 de 1993), multas y/o clausula penal, en los contratos de concesión de apuestas permanentes -monopolio rentístico del estado-, aun cuando su régimen de contratación es de derecho privado?».

Además de que el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 dispone que las empresas industriales y comerciales del Estado que no estén en competencia ni desarrollen su actividad en mercados regulados se someten a la Ley 80 de 1993, el inciso final del artículo 7 de la Ley 643 de 2001 dispone que los contratos de concesión de juegos de suerte y azar se rigen por las normas generales de la contratación pública.

Por lo tanto, al no tener un régimen derecho privado, en los contratos de concesión para operar juegos de apuestas permanentes y loterías se entienden pactadas las cláusulas exorbitantes del Estatuto General, y las empresas industriales y comerciales concedentes pueden aplicarlas de conformidad con el inciso 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, ya que esta actividad constituye un monopolio rentístico de la Nación.

ii) «¿Si en un contrato de concesión de apuestas permanentes -monopolio rentístico del estado- no se pactan clausulas exorbitantes, estas se entienden incorporadas según el mandato del artículo 14, Numeral 2 de la Ley 80 de 1993?».

En la medida que los contratos de concesión para operar juegos de apuestas permanentes y loterías aplican las reglas del Estatuto General de Contratación, las cláusulas exorbitantes son elementos de la naturaleza, es decir, sin necesidad de pacto expreso entre las partes, forman parte del negocio en virtud de la ley.

iii) «¿Las empresas industriales y comerciales del estado tienen la autotutela declarativa y ejecutiva del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007?».

Las empresas industriales y comerciales del Estado tienen autotutela declarativa y ejecutiva para la imposición unilateral de las multas y la cláusula penal mientras estén sometidas al Estatuto General de Contratación en los términos del artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, es decir, siempre que no desarrollen su objeto social en competencia económica con los particulares o en mercados regulados. Las empresas industriales y comerciales exceptuadas de la Ley 80 de 1993 carecen de esta facultad cuando no cumplen alguna de las condiciones anteriormente señaladas, por lo que –si bien la autonomía de la voluntad permite pactar sanciones pecuniarias– solo las harán efectivas a través de la administración de justicia.

 En todo caso, conforme al inciso final del artículo 7 de la Ley 643 de 2001, se reitera que en los contratos de concesión para operar juegos de apuestas permanentes y loterías es posible imponer unilateralmente las multas y la cláusula penal, ya que aplican los poderes exorbitantes del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Juan David Montoya PenagosContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín CortésSubdirector de Gestión Contractual |

1. Al respecto, el artículo 2, literal a) del numeral 1, del Estatuto General de Contratación denomina como entidades estatales a «La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, *las empresas industriales y comerciales del Estado*, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles» (Énfasis fuera de texto).

Igualmente, el artículo 93 de la Ley 489 de 1998 dispone lo siguiente: «Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. *Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales*» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-1)
2. El numeral derogado disponía que «La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: […] m) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley». [↑](#footnote-ref-2)
3. En concordancia, el artículo 2.2.1.2.1.2.24 del Decreto 1082 de 2015 prescribe 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 para los contratos que tengan como objeto su actividad comercial e industrial, 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». [↑](#footnote-ref-3)
4. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2004. Exp. 12.342. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. [↑](#footnote-ref-4)
5. Cfr. <http://etimologias.dechile.net/?exorbitante>. Consultado el 15 de mayo de 2020. [↑](#footnote-ref-5)
6. En efecto, «Se llaman así porque son evidentemente diferentes del derecho común. No se concebirían en los contratos civiles porque quedaría roto el principio de igualdad entre las partes y el de libertad contractual. Estas cláusulas exorbitantes del derecho común sobrepasan el ámbito de este derecho, ya sea porque son inusuales o porque incluidas en los contratos de derecho privado resultarían ilícitas por exceder el ámbito de la libertad contractual. Vale decir, en consecuencia, que las cláusulas exorbitantes pueden ser inusuales o ilícitas y en este caso por afectar el orden público» (DÍEZ, Manuel María. Manual de derecho administrativo. Tomo I. Décima Edición. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra. p. 293. En el mismo sentido, RIVERÓ, Jean. Derecho Administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984. pp. 128-129. VEDEL, George. Derecho administrativo. Madrid: Editorial Aguilar, 1980. p. 191). [↑](#footnote-ref-6)
7. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Exp. 30.832. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Idea reiterada en la Subsección A. Sentencia del 16 de agosto de 2012. Exp. 22.822. C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Subsección A. Sentencia del 12 de noviembre de 2014. Exp. 30.251. C.P. Hernán Andrade Rincón; Subsección C. Sentencia del 13 de mayo de 2015. Exp. 32.492. C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz (E), entre otras. [↑](#footnote-ref-7)
8. El artículo 1501 del Código Civil prescribe lo siguiente: «Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; *son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial*; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-8)
9. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Exp. 30.832. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-9)
10. El artículo 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente: «Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden». [↑](#footnote-ref-10)
11. Según la doctrina, «[…] el contrato de concesión debe ser calificado como *atípico puro*, entendiendo por éste el contrato cuyas prestaciones en conjunto aparecen combinadas de tal manera que imposibilitan la ubicación del contrato en algún tipo legal, aunque alguno o todos los elementos, individualmente considerados, puedan identificarse con similares de otros contratos típicos» (GASTALDI, José María. El contrato de concesión privada. Buenos Aires: Astrea, 1974. p. 104, énfasis dentro del texto). [↑](#footnote-ref-11)
12. La Corte Constitucional explica que a las empresas industriales y comerciales del Estado «[…] se les ha señalado un objeto comercial específico cuyo desarrollo se sujeta al derecho privado atendiendo la similitud de las actividades que cumplen con las que desarrollan los particulares, por lo que se les otorga un tratamiento igualitario respecto a la regulación, imposición de límites y condicionamiento de sus actividades, y aplicación del respectivo régimen jurídico, en esta medida el precepto constitucional que consagra la libre competencia (art. 333) debe aplicarse en forma igualitaria tanto a las empresas particulares como a las que nacen de la actuación del Estado en el campo de la actividad privada» (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-691 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández). [↑](#footnote-ref-12)
13. De acuerdo con el artículo 1, «El monopolio de que trata la presente ley se define como la facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar todas las modalidades de juegos de suerte y azar, y para establecer las condiciones en las cuales los particulares pueden operarlos, facultad que siempre se debe ejercer como actividad que debe respetar el interés público y social y con fines de arbitrio rentístico a favor de los servicios de salud, incluidos sus costos prestacionales y la investigación».

 [↑](#footnote-ref-13)
14. El artículo 11 de la Ley 643 de 2001 define la lotería tradicional como la «[…] modalidad de juego de suerte y azar realizada en forma periódica por un ente legal autorizado, el cual emite y pone en circulación billetes indivisos o fraccionados de precios fijos singularizados con una combinación numérica y de otros caracteres a la vista obligándose a otorgar un premio en dinero, fijado previamente en el correspondiente plan al tenedor del billete o fracción cuya combinación o aproximaciones preestablecidas coincidan en su orden con aquella obtenida al azar en sorteo público efectuado por la entidad gestora». [↑](#footnote-ref-14)
15. El artículo 21 de la Ley 643 de 2001 que el juego de apuestas permanentes «Es una modalidad de juego de suerte y azar en la cual el jugador, en formulario oficial, en forma manual o sistematizada, indica el valor de su apuesta y escoge un número de no más de cuatro (4) cifras, de manera que si su número coincide, según las reglas predeterminadas, con el resultado del premio mayor de la lotería o juego autorizado para el efecto, gana un premio en dinero, de acuerdo con un plan de premios predefinido y autorizado por el Gobierno Nacional mediante decreto reglamentario». [↑](#footnote-ref-15)