**CCE-DES-FM-17**

**EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES­ DEL ESTADO – Régimen contractual – Criterio diferenciador – Actividades en competencia**

No obstante, el aparte normativo anterior, relativo al régimen contractual de las EICE, fue subrogado por el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 –modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011–, que actualmente regula el régimen contractual general aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado. Para estos efectos, la disposición vigente diferencia entre las empresas industriales y comerciales que desarrollan sus actividades en competencia o en mercados regulados y las que no: mientras los contratos de estas últimas se rigen por las normas de la Ley 80 de 1993, los de aquellas se sujetan a la normativa que regula su actividad económica y comercial, lo que implicaría regirse por el Código Civil y el Código de Comercio y las normas particulares de su sector.

**EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO – Actividades en competencia – Derecho privado – Justificación – Principios – Función administrativa – Gestión fiscal**

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 el 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.

[…]

[…] 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.

**CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Autorización legal – Inaplicación – Entidades de régimen especial – Entidades exceptuadas – Imposición unilateral – Multa – Cláusula penal**

De la clasificación anterior de los contratos donde aplican las cláusulas exorbitantes de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, desarrollada ampliamente por la jurisprudencia, como se indicó previamente, se desprende una idea importante: solo en los supuestos donde exista una autorización normativa para usar estas cláusulas o potestades es posible utilizarlas.

Lo anterior, también se extiende a las multas y la cláusula penal, en lo que se refiere a la potestad exorbitante o cláusula excepcional de imposición unilateral, cuyo fundamento normativo está en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, autorizado únicamente para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En efecto, aunque las entidades sometidas al derecho privado pueden pactar las cláusulas de multas y penal pecuniaria, con fundamento en las disposiciones civiles y comerciales, y en su autonomía de la voluntad, tal como pueden hacerlo los particulares, la facultad de imposición unilateral, contenida en el artículo 17, se reservó para las entidades sujetas al EGCAP.

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO – Inaplicación – Entidades de régimen especial – Juez del contrato**

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, a la Ley 80 de 1993 y a la Ley 1150 de 2007 […] De ahí que, solo por esta razón, sea fácil concluir que las entidades de régimen especial –entre ellas las empresas industriales y comerciales en competencia con el sector privado y/o público o en mercados regulados, y los canales regionales de televisión, en los términos que se desarrollarán en el acápite siguiente– no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por no ser entidades sometidas al EGCAP, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este.

[…]

Por tanto, las entidades de régimen especial pueden pactar en el contrato que, ante el incumplimiento del contratista, se activará el derecho al pago de sanciones, como la multa o la cláusula penal pecuniaria, pero para hacerlas efectivas deben acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, que, como lo ha indicado la jurisprudencia, es un medio de control «pluripretensional» , pues admite canalizar a través de él múltiples pretensiones, como la solicitud de declaratoria de incumplimiento y consecuencialmente la imposición de las sanciones estipuladas en el contrato.

**CANALES REGIONALES DE TELEVISIÓN – Régimen contractual – Ley 182 de 1995 – Entidades de régimen especial**

Teniendo en cuenta que los canales regionales de televisión, que tienen la naturaleza jurídica de sociedades entre entidades públicas, con régimen de empresas industriales y comerciales del Estado, desarrollan su actividad comercial bajo un esquema de competencia, el régimen contractual que complementaría la normativa aplicable a los contratos que no están incluidos en el numeral 3 –inciso 3– del artículo 37 de la Ley 182 de 1995, sería igualmente el derecho privado. Es decir, que los canales regionales de televisión tendrían, en términos generales, un régimen especial, distinto al contemplado en el EGCAP que se conformaría por las disposiciones que regulan dicho sector y por el derecho privado; sin perjuicio de lo indicado respecto a la utilización de la licitación pública para adjudicar algunos contratos y la obligación de observar el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, en relación con la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, al igual que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

**CANALES REGIONALES DE TELEVISIÓN – Régimen contractual – Ley 1978 de 2019 – Entidades de régimen especial – Derecho privado**

El parágrafo, adicionado por la Ley 1978, tiene gran importancia, pues constituye la norma principal que actualmente define el régimen contractual de los canales regionales de televisión. Respecto a su contenido es necesario hacer las siguientes precisiones: […] este parágrafo no aplicaría en los supuestos en que se preste este tipo específico de servicio de televisión –abierta radiodifundida–, debido a que el parágrafo no específico que aplicaría en tal caso, por lo que el régimen contractual para este tipo de servicio de televisión –abierta radiodifundida– se continúa rigiendo bajo el esquema previamente expuesto respecto al artículo 37 de la Ley 182 de 1995. […] ii) Sin perjuicio de lo problemático que resulta la excepción anterior, en términos generales, esta es la norma actual que regula el régimen contractual de los canales regionales que prestan el servicio de televisión. Se dice que es la regla general, pues como se desprende de lo anterior, este parágrafo no aplica para el supuesto en que se preste el servicio de televisión abierta radiodifundida. […] iii) Esta regulación no difiere sustancialmente de lo establecido en el inciso tercero del numeral 3 del artículo 37 de la Ley 182 de 1995; incluso, el parágrafo estudiado reproduce literalmente una parte de dicho inciso, por lo que no existe una variación significativamente grande respecto al esquema estudiado. Sin embargo, en la regulación actual, es decir, en los casos en que aplique el parágrafo –que se excepciona para los servicios de televisión abierta radiodifundida–, no sería necesario adelantar «licitaciones públicas» para adjudicar ciertos contratos de los canales regionales de televisión, toda vez que este subrogaría la regulación anterior que contenía dicha exigencia. […] iv) Con base en la regulación del parágrafo, se llega a la misma conclusión expuesta en torno a que el régimen contractual de los canales regionales de televisión es el derecho privado y las disposiciones que regulen su actividad económica, por lo que se trata de entidades de régimen especial, que no se rigen por el EGCAP. Sin perjuicio de la obligación de observar el artículo 13 de la Ley 1150, esto es, que en desarrollo de su actividad contractual deben observar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, al igual que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Bogotá D.C., **06/07/2020 Hora 14:55:26s**

**N° Radicado: 2202013000005840**

Señora

**Gina Alejandra Albarracín Barrera**

Gerente Teveandina Ltda.

Bogotá D.C., Cundinamarca

**Concepto C – 280 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES­ – Régimen contractual – Criterio diferenciador – Actividades en competencia / EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES – Actividades en competencia – Derecho privado – Justificación – Principios – Función administrativa y gestión fiscal / CLÁUSULAS EXCEPCIONALES – Autorización legal – Inaplicación – Entidades de régimen especial – Entidades exceptuadas – Imposición unilateral – Multa – Cláusula penal / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO – Inaplicación – Entidades de régimen especial – Juez del contrato / CANALES REGIONALES DE TELEVISIÓN – Régimen contractual – Ley 182 de 1995 – Entidades de régimen especial / CANALES REGIONALES DE TELEVISIÓN – Régimen contractual – Ley 1978 de 2019 – Entidades de régimen especial – Derecho privado |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta 4202013000002535 |
|  |  |

Estimada señora Albarracín:

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 8 de abril de 2020.

1. **Problemas planteados**

Sin perjuicio de que las preguntas específicas de la peticionaria se refieren al régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado –en adelante EICE–, en las consideraciones de la solicitud se hace la precisión que la petición se realiza frente al régimen de los *canales regionales de televisión*, toda vez que la solicitante suscribe la petición en calidad de gerente de una de estas entidades, las cuales se organizan como EICE. En este sentido, las siguientes preguntas se entenderán realizadas frente a los canales regionales de televisión, particularmente, sin perjuicio de que las consideraciones de este concepto se extiendan a otras empresas industriales y comerciales del Estado:

«a. Los contratos celebrados por las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, cuyo objeto no se encuentre relacionado con su actividad misional, a saber: los suscritos para el funcionamiento de la Entidad, tales como: vigilancia, aseo, insumos de papelería, prestación de servicios de revisoría fiscal, entre otros, ¿se rigen por el Estatuto Público de Contratación?

»b. En caso afirmativo, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuando adelanten contratos regidos por el Estatuto Público de Contratación, ¿están legitimadas para iniciar el procedimiento de incumplimiento contractual con el fin de determinar la imposición de sanciones, multas y/o hacer efectivas la cláusula penal correspondiente?

»c. Si eventualmente las Empresas Industriales y Comerciales del Estado carecen de la facultad para iniciar el procedimiento de incumplimiento contractual, para acudir al Juez del Contrato ¿es necesario surtir el procedimiento de incumplimiento contractual?

»d. En los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del estado, en desarrollo de un servicio público, no obstante, estar regidos por el derecho privado, ¿pueden incluir las cláusulas excepcionales previstas en los artículos 14 y subsiguientes de la Ley 80 de 1993?»

1. **Consideraciones**

Para responder las preguntas planteadas se analizarán los siguientes temas: i) régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado; ii) cláusulas exorbitantes en los contratos estatales: imposibilidad de utilizarlas en los contratos regidos por el derecho privado; iii) procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 e inaplicabilidad, por regla general, para entidades de régimen especial; y iv) régimen contractual de los canales regionales de televisión.

Esta Subdirección expidió los conceptos 2201913000009314 del 17 de diciembre de 2019 –dentro del radicado 4201913000001662– y C–251 del 27 de mayo de 2020, donde se explicó el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, según desarrollen o no sus actividades en competencia con el sector privado o en mercados regulados. La tesis propuesta en estos conceptos se reitera y amplía 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 EICE 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 original de la Ley 80 de 1993 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 de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP– 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).

Lo anterior guardó concordancia con el artículo 93 de la Ley 489 de 1998, que reguló el régimen de los actos y de los contratos de estas entidades, al prescribir: «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*» (Cursiva fuera de texto). En el aparte en cursiva se reiteró el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, señalando que se regirían por el EGCAP.

No obstante, el aparte normativo anterior, relativo al régimen contractual de las EICE, fue subrogado por el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 –modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011–, que actualmente regula el régimen contractual general aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado. Para estos efectos, la disposición vigente diferencia entre las empresas industriales y comerciales que desarrollan sus actividades en competencia o en mercados regulados y las que no: mientras los contratos de estas últimas se rigen por las normas de la Ley 80 de 1993, los de aquellas se sujetan a la normativa que regula su actividad económica y comercial, lo que implicaría regirse por el Código Civil y el Código de Comercio y las normas particulares de su sector. La norma comentada prescribe:

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 (Cursiva fuera de texto).

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 EGCAP 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 el 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. En este sentido, el Consejo de Estado expresó:

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.

Cabe aclarar, en último lugar, que el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, para efectos de asignar el régimen aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado que desarrollen sus actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, no distingue en torno al tipo de contratos que se someterán a este régimen, por lo cual todos sus contratos tendrán un régimen idéntico, que por regla general sería el derecho privado; sin perjuicio de alguna disposición concreta establezca alguna distinción o una regulación en particular.

**2.2. Cláusulas exorbitantes en los contratos** **estatales: imposibilidad de utilizarlas en los contratos regidos por el derecho privado**

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 EGCAP. 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.

Parágrafo. 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 «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).

En este sentido, las cláusulas de caducidad, interpretación unilateral, *imposición unilateral* de las multas e *imposición unilateral* de la cláusula penal[[7]](#footnote-7), etc. están prohibidas en contratos sometidos al derecho privado, ya que se deben observar las normas 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, su inclusión en un contrato en que no exista autorización legal implicaría que estarían 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, para los contratos sometidos a la Ley 80 de 1993, el artículo 14 establece cuatro (4) grupos de contratos en los cuales es diferente el régimen de estas facultades[[8]](#footnote-8). 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 la naturaleza, es decir, aquellas que –frente al silencio del pliego de condiciones o del contrato– forman parte del negocio en virtud de la ley[[9]](#footnote-9). 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 donde 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 comentados. Dado que la ley autoriza su ejercicio, no es posible fundamentar estos poderes en la autonomía de la voluntad. Por tanto, se entiende que 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[[10]](#footnote-10).

De la clasificación anterior de los contratos donde aplican las cláusulas exorbitantes de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, desarrollada ampliamente por la jurisprudencia, como se indicó previamente, se desprende una idea importante: solo en los supuestos donde exista una autorización normativa para usar estas cláusulas o potestades es posible utilizarlas.

Lo anterior, también se extiende a las multas y la cláusula penal, en lo que se refiere a la potestad exorbitante o cláusula excepcional de imposición unilateral, cuyo fundamento normativo está en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, autorizado únicamente para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[11]](#footnote-11). En efecto, aunque las entidades sometidas al derecho privado pueden pactar las cláusulas de multas y penal pecuniaria, con fundamento en las disposiciones civiles y comerciales, y en su autonomía de la voluntad, tal como pueden hacerlo los particulares, la facultad de imposición unilateral, contenida en el artículo 17, se reservó para las entidades sujetas al EGCAP[[12]](#footnote-12).

En este sentido, las entidades estatales que por disposición legal se rigen por el derecho privado –conocidas el medio como entidades de régimen especial, por no someterse al EGCAP–, no pueden usar las cláusulas excepcionales; salvo que una norma particular les atribuya la potestad, como se evidenciará al desarrollar el procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Por otra parte, la utilización de cláusulas exorbitantes en los contratos excluidos del EGCAP 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[[13]](#footnote-13).

Con fundamento en una argumentación similar a la precedente, se analizará la posibilidad de que las entidades de régimen especial utilicen el procedimiento administrativo sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por lo que se reiterarán las consideraciones realizadas por esta Agencia en el concepto C–147 del 17 de marzo de 2020.

**2.3. Procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Inaplicabilidad, por regla general, para entidades de régimen especial**

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 regula un procedimiento administrativo sancionatorio dirigido a sujetos específicos: las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es decir, a la Ley 80 de 1993 y a la Ley 1150 de 2007[[14]](#footnote-14). Así se desprende del primer inciso de aquel artículo, que establece: «*Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública* podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento […]». De ahí que, solo por esta razón, sea fácil concluir que las entidades de régimen especial –entre ellas las empresas industriales y comerciales en competencia con el sector privado y/o público o en mercados regulados, y los canales regionales de televisión, en los términos que se desarrollarán en el acápite siguiente– no pueden aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por no ser entidades sometidas al EGCAP, sino, por el contrario, entidades exceptuadas de este.

Si bien en los últimos años se ha presentado un intenso debate al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, acerca de la posibilidad de las entidades con régimen especial de contratación de ejercer autotutela declarativa, imponiendo las sanciones pactadas en el contrato[[15]](#footnote-15), esta Subdirección considera que la potestad sancionatoria debe consagrarse expresamente en la ley, para que sea viable su ejercicio; además, es necesario que se regule previamente y a nivel legal el procedimiento aplicable para la imposición de las sanciones. Ambas condiciones son la materialización de los principios de competencia y de legalidad de las formas propias de cada juicio, contenidas en el derecho fundamental al debido proceso, que rige también en las actuaciones administrativas, según lo indica el primer inciso del artículo 29 de la Constitución[[16]](#footnote-16) y el artículo 3, numeral 1 de la Ley 1437 de 2011[[17]](#footnote-17).

Por tanto, las entidades de régimen especial pueden pactar en el contrato que, ante el incumplimiento del contratista, se activará el derecho al pago de sanciones, como la multa o la cláusula penal pecuniaria, pero para hacerlas efectivas deben acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, que, como lo ha indicado la jurisprudencia, es un medio de control «pluripretensional»[[18]](#footnote-18), pues admite canalizar a través de él múltiples pretensiones, como la solicitud de declaratoria de incumplimiento y consecuencialmente la imposición de las sanciones estipuladas en el contrato. En efecto, dicho artículo establece que en la demanda se puede pedir «[…] que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas […]».

No considera entonces esta Subdirección que las entidades de régimen especial, que se exceptúan de la aplicación del EGCAP, tengan competencia para imponer unilateralmente sanciones contractuales. Pero si en gracia de discusión gozaran de ella, el procedimiento administrativo que deberían adelantar para imponerlas no podría ser el del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, porque, como se explicó, el primer inciso de dicha norma establece que rige para las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Entonces, si se admitiera que estas entidades pueden declarar el incumplimiento mediante acto administrativo, para hacer efectivas las sanciones contractuales, al no existir un procedimiento especial tendrían que cumplir con el procedimiento administrativo regulado en los artículos 47 al 52 de la Ley 1437 de 2011, pues la primera de las referidas disposiciones establece, en armonía con el artículo 2 dicho Código –consagratorio del principio de subsidiariedad–, que «Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes». Sin embargo, se reitera que esto solo sería en el evento de aceptarse que dichos órganos del Estado tienen competencia para imponer sanciones contractuales; lo que en realidad no sucede.

Sin perjuicio de la anterior, hay entidades de régimen especial que tienen la competencia para declarar la caducidad –que, como se sabe, es una cláusula excepcional, que consiste en una sanción contractual por incumplimiento grave del contratista[[19]](#footnote-19)–, pues la ley las sujeta a las normas de derecho privado, pero les permite ejercer tales exorbitancias. Tal es el caso de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios[[20]](#footnote-20) y de las empresas sociales del Estado[[21]](#footnote-21). En tales eventos, las entidades de régimen especial deben aplicar el procedimiento administrativo sancionatorio del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ya que en el pacto e imposición de la caducidad se consideran entidades sometidas al EGCAP. Sin embargo, una posibilidad como la anterior se restringe a los supuestos donde, pese a tratarse de entidades de régimen especial, existe una atribución particular de potestades excepcionales, cuya regulación las remita particularmente al EGCAP.

**2.4. Régimen contractual de los canales regionales de televisión**

El numeral 3 del artículo 37 de la Ley 182 de 1995 reguló la naturaleza jurídica de los canales regionales de televisión, además de definir su régimen contractual:

3. Nivel Regional: El servicio público de televisión también será reserva del Estado y será prestado por las organizaciones o Canales Regionales de Televisión existentes al entrar en vigencia la presente Ley y por los nuevos operadores que se constituyan con la previa autorización de la Comisión Nacional de Televisión, mediante la asociación de al menos dos departamentos contiguos, o en su nombre, de entidades descentralizadas del orden departamental o empresas estatales de telecomunicaciones de cualquier orden o bien del Distrito Capital, o entidades descentralizadas del orden distrital, salvo aquellos que estén funcionando a la fecha de la vigencia de la presente Ley. Los municipios y sus entidades descentralizadas también podrán participar como socios de estos canales.

*Los canales regionales de televisión serán sociedades entre entidades públicas organizadas como empresas industriales y comerciales del Estado*, vinculadas a la Comisión Nacional de Televisión, y podrán pertenecer al orden nacional o departamental, según lo determinen las Juntas Administradoras regionales en sus estatutos.

*Los actos y contratos de los canales regionales de televisión, en materia de producción, programación, comercialización y en general sus actividades comerciales, en cumplimiento de su objeto social se regirán por las normas del derecho privado. Los canales regionales estarán obligados a celebrar licitaciones públicas para la adjudicación de los programas informativos, noticieros y de opinión y el acto de adjudicación siempre se llevará a cabo en audiencia pública*. Estos canales podrán celebrar contratos de asociación bajo la modalidad de riesgo compartido. Los contratos estatales de producción, coproducción y cesión de derechos de emisión que se encuentren en ejecución o estén debidamente adjudicados a la fecha de promulgación de esta Ley, se ejecutarán hasta su terminación de acuerdo con las normas bajo las cuales fueron celebrados.

[…][[22]](#footnote-22).

Este numeral, además de establecer que los canales regionales de televisión serían sociedades entre entidades públicas, organizadas como EICE, en el inciso tercero definió su régimen jurídico contractual, respecto al cual es necesario explicar los siguientes aspectos: i) estableció que para la producción, programación, comercialización y *en general el cumplimiento de sus actividades comerciales*, se regirían por el derecho privado. Respecto a este primer aspecto, son posibles dos interpretaciones: primero, que la norma al referirse en general a las actividades comerciales de los canales regionales de televisión reguló el régimen contractual en los aspectos que no tuvieran una regulación particular en este mismo numeral, dada la generalidad del concepto *actividades comerciales*; o, segundo, que dicho aparte normativo, pese a comprender varios negocios de los canales regionales de televisión, dejó contratos que no se enmarcaran en las «actividades comerciales» de estas entidades, donde se enmarcarían, por ejemplo, contratos que no tuvieran una relación directa con sus actividades comerciales, como serían contratos relacionados con el aseo, cafetería y otros posibles objetos contractuales que no tuvieran relación directa con la prestación de servicios de televisión, que constituye su actividad comercial, contratos frente a los cuales no estableció un régimen específico. En relación con este aspecto, la última parece ser la interpretación más adecuada, al referirse este numeral, de forma particular a ciertos objetos contractuales, dejando un vacío frente a los demás, que se completa en los términos que se expondrán más adelante.

ii) No obstante señalar que el régimen aplicable a las actividades descritas en el párrafo anterior sería el derecho privado, estableció que estas entidades estarían obligadas a «celebrar licitaciones públicas para la adjudicación de los programas informativos, noticieros y de opinión y el acto de adjudicación siempre se llevará a cabo en audiencia pública». En relación con esta prescripción, teniendo en cuenta que dicha ley no regula el procedimiento para estas «licitaciones públicas», y que solo el EGCAP lo desarrolla, la interpretación más adecuada consiste en entender que el procedimiento aplicable para *adjudicar* estos contratos es el de la licitación pública, establecida en el Estatuto indicado. Ahora bien, de lo anterior, adicionalmente, se derivan dos posibilidades: primero, entender que de dicha prescripción se desprende que los contratos relacionados con estos objetos, al celebrarse en desarrollo de una licitación pública, se rigen en su integridad por el estatuto contractual público; o, segundo, que dicha prescripción se limita al procedimiento para la adjudicación del contrato, es decir, que allí solo se establece la regulación aplicable al procedimiento para adjudicar, más no, en términos generales, al régimen contractual general aplicable al contrato.

La segunda interpretación se considera la más adecuada, debido a que si la intención del legislador fuera que dichos contratos se rigieran por el EGCAP así lo habría indicado; sin embargo, se limitó a señalar que dichas entidades «debían celebrar licitaciones» para adjudicar esos contratos. Además, como se señaló en el numeral i) anterior, la norma previamente prescribió específicamente que el régimen de los contratos para la *programación* sería el derecho privado.

Partiendo del esquema anterior, es necesario definir cuál es el régimen contractual aplicable a los contratos de los canales regionales de televisión que no quedaron comprendidos en el inciso tercero del numeral 3 del artículo 37. Esta Agencia considera que el método adecuado para complementar el régimen contractual de estas entidades, consiste en utilizar el general que resultaría aplicable, atendiendo a la naturaleza jurídica de los canales regionales de televisión que, como se desprende del inciso segundo del numeral 3, son empresas industriales y comerciales del Estado, como es el caso del peticionario de que se ocupa este concepto.

En este sentido, nos remitimos a las consideraciones expresadas en el numeral 2.1. de este concepto, donde se desarrolló el régimen contractual de las EICE, por lo que, de forma resumida, se tiene que *entre el periodo comprendido entre la expedición de la Ley 182 de 1995, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007*, el régimen contractual que aplicaba a los demás contratos de los canales regionales de televisión era del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, pues las EICE se regían por la Ley 80 de 1993 desde que se expidió dicha ley, incluso con la aparición del artículo 93 de la Ley 489 de 1998, que mantuvo este mismo régimen contractual. Sin embargo, como se señaló en el numeral 2.1., al que remitimos, *la Ley 1150 de 2007 estableció un nuevo esquema para definir el régimen contractual de las EICE*.

Teniendo en cuenta que los canales regionales de televisión, que tienen la naturaleza jurídica de sociedades entre entidades públicas, con régimen de empresas industriales y comerciales del Estado, desarrollan su actividad comercial bajo un esquema de competencia, el régimen contractual que complementaría la normativa aplicable a los contratos que no están incluidos en el numeral 3 –inciso 3– del artículo 37 de la Ley 182 de 1995, sería igualmente el derecho privado[[23]](#footnote-23). Es decir, que los canales regionales de televisión tendrían, en términos generales, un *régimen especial*, distinto al contemplado en el EGCAP que se conformaría por las disposiciones que regulan dicho sector y por el derecho privado; sin perjuicio de lo indicado respecto a la utilización de la licitación pública para adjudicar algunos contratos y la obligación de observar el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, en relación con la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, al igual que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario estudiar algunas disposiciones especiales relacionadas con el servicio público de televisión, que si bien mantienen, en general, el esquema anterior, contienen algunas modificaciones relevantes, que inciden en el régimen contractual de los canales regionales de televisión. En este sentido, se estudiará la Ley 1341 de 2009 «Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones». Esta ley, en su versión inicial –antes de las modificaciones posteriores–, no varió el régimen contractual descrito hasta este momento. En efecto, el parágrafo *original* del artículo primero de dicha ley prescribió que: «El servicio de televisión y el servicio postal continuarán rigiéndose por las normas especiales pertinentes, con las excepciones específicas que contenga la presente ley. // Sin perjuicio de la aplicación de los principios generales del derecho». Como se observa, esta ley, salvo modificaciones específicas, mantuvo el régimen aplicable al servicio de televisión.

Incluso, luego de la expedición de la Ley 1507 de 2012, que modificó varias disposiciones de la Ley 1341 de 2009, el esquema se mantuvo idéntico; sin embargo, el año pasado entró en vigencia la Ley 1978 de 2019 «Por la cual se moderniza el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se distribuyen competencias, se crea un regulador único y se dictan otras disposiciones». Esta ley, entre otras cosas, derogó la Ley 1507 de 2012 y modificó aspectos relevantes de la Ley 1341 de 2009, que inciden en el tema objeto de análisis. En este sentido, se destacan dos disposiciones. En primer lugar, se modificó el parágrafo del artículo 1 de la Ley 1341 de 2009, quedando de la siguiente manera:

Parágrafo. El servicio postal continuará rigiéndose por las normas especiales pertinentes, en particular la Ley 1369 de 2009, con las excepciones específicas que contenga la presente Ley.

El servicio de radiodifusión sonora continuará rigiéndose por las disposiciones específicas expresamente señaladas para ese servicio en la presente Ley.

*Para todos los efectos de la presente Ley, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones incluye la provisión de redes y servicios de televisión. El servicio de televisión abierta radiodifundida continuará rigiéndose por las normas especiales pertinentes, en particular la Ley 182 de 1995, la Ley 335 de 1996, la Ley 680 de 2001 y demás normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan.*

Al servicio de radiodifusión sonora y *al de televisión abierta radiodifundida les será aplicable la presente Ley en las disposiciones específicas expresamente señaladas para estos servicios.*

Sin perjuicio de la aplicación de los principios generales del derecho (Cursivas fuera del original).

Como se observa, la Ley 1978 de 2019: i) incluyó, en términos generales, el servicio de televisión dentro del ámbito de aplicación de la Ley 1341 de 2009, al señalar que la «provisión de redes y servicios de comunicaciones», concepto al que se alude de forma recurrente en dicha ley, contiene los servicios de televisión; ii) sin embargo, el inciso tercero del parágrafo citado, respecto al «servicio de televisión abierta radiodifundida» mantuvo el régimen anterior, contenido, entre otras cosas, en la Ley 182 de 1995; iii) además, el inciso cuarto estableció que las normas de la Ley 1341 de 2009 solo le serían aplicables a la televisión abierta radiodifundida las disposiciones específicas expresamente señaladas para estos servicios, aspecto que resulta relevante, como se evidenciará adelante.

Para entender de mejor manera el contenido anterior, es necesario apoyarse en el artículo 19 de la Ley 182 de 1995, que clasifica el servicio de televisión, entre otros criterios, de acuerdo a la tecnología de la transmisión, para establecer que habrá: i) televisión radiodifundida, ii) televisión cableada y cerrada, y iii) televisión satelital[[24]](#footnote-24). En tal sentido, de acuerdo a las prescripciones anteriores, existen diferencias respecto al régimen aplicable a algunos servicios de televisión, concretamente, a la televisión abierta radiodifundida.

Partiendo del esquema anterior, la segunda disposición que se destaca de la Ley 1978 de 2019 consiste en la inclusión de un parágrafo en el artículo 55 de la ley 1341 de 2009, que quedó de la siguiente manera:

Artículo 55. Régimen jurídico de los proveedores de redes y servicios de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado.

Parágrafo. [Parágrafo adicionado por el artículo 30 de la Ley 1978 de 2019] *Los actos y contratos de los canales regionales de televisión, en materia de producción, programación, comercialización y en general sus actividades comerciales, en cumplimiento de su objeto social, se regirá por las normas del derecho privado*, y mantendrán su autonomía en la creación y emisión de contenidos, en el marco de las disposiciones constitucionales y legales aplicables a la entrada en vigencia de la presente ley (Cursiva fuera de texto).

El parágrafo, adicionado por la Ley 1978, tiene gran importancia, pues constituye la norma principal que actualmente define el régimen contractual de los canales regionales de televisión. Respecto a su contenido es necesario hacer las siguientes precisiones: i) lo primero, que tiene relación con lo estudiado anteriormente respecto al parágrafo 1 del artículo 1 de la Ley 1341, según el cual las disposiciones de dicha ley solo serían aplicables a la *televisión abierta radiodifundida*, cuando específicamente se señalara su aplicación para dichos servicios de televisión. Interpretada estrictamente dicha disposición, este parágrafo no aplicaría en los supuestos en que se preste este tipo específico de servicio de televisión –abierta radiodifundida–, debido a que el parágrafo no específico que aplicaría en tal caso, por lo que el régimen contractual para este tipo de servicio de televisión –abierta radiodifundida– se continúa rigiendo bajo el esquema previamente expuesto respecto al artículo 37 de la Ley 182 de 1995.

ii) Sin perjuicio de lo problemático que resulta la excepción anterior, en términos generales, esta es la norma actual que regula el régimen contractual de los canales regionales que prestan el servicio de televisión. Se dice que es la regla general, pues como se desprende de lo anterior, este parágrafo no aplica para el supuesto en que se preste el servicio de televisión abierta radiodifundida.

iii) Esta regulación no difiere sustancialmente de lo establecido en el inciso tercero del numeral 3 del artículo 37 de la Ley 182 de 1995; incluso, el parágrafo estudiado reproduce literalmente una parte de dicho inciso, por lo que no existe una variación significativamente grande respecto al esquema estudiado. Sin embargo, en la regulación actual, es decir, en los casos en que aplique el parágrafo –que se excepciona para los servicios de televisión abierta radiodifundida–, no sería necesario adelantar «licitaciones públicas» para adjudicar ciertos contratos de los canales regionales de televisión, toda vez que este subrogaría la regulación anterior que contenía dicha exigencia.

iv) Con base en la regulación del parágrafo, se llega a la misma conclusión expuesta en torno a que el régimen contractual de los canales regionales de televisión es el derecho privado y las disposiciones que regulen su actividad económica, por lo que se trata de entidades de *régimen especial*, que no se rigen por el EGCAP. Sin perjuicio de la obligación de observar el artículo 13 de la Ley 1150, esto es, que en desarrollo de su actividad contractual deben observar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, al igual que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

v) En efecto, con fundamento en el parágrafo estudiado, es posible aplicar el mismo criterio hermenéutico expuesto respecto al artículo 37 de la Ley 182 de 1995, en el sentido de que en caso de que se considere que existen contratos que no se enmarcan en las «actividades comerciales» de los canales regionales de televisión, entendiendo, entonces, que allí solo se regula parte de su régimen contractual, para los demás contratos el régimen aplicable sería el general que regula a estas entidades, de acuerdo a su naturaleza jurídica que, al ser empresas industriales y comerciales del Estado bajo régimen de competencia, correspondería al artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, cuyo contenido se analizó a profundidad.

De conformidad con lo anterior, y sin perjuicio de las distinciones expresadas en este numeral, los canales regionales de televisión, que son empresas industriales y comerciales del Estado, son entidades de *régimen especial*, por contar con un régimen distinto al del EGCAP y regirse por el derecho privado, y las normas que regulan su actividad económica y comercial; sin perjuicio de la obligación de observar el artículo 13 de la Ley 1150, esto es, que en desarrollo de su actividad contractual deben observar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, al igual que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

1. **Respuesta**

Con fundamento en las consideraciones anteriores, se responderá cada una de las preguntas planteadas por la peticionaria, conforme a la precisión realizada al inicio de las consideraciones, en el sentido de que estas se entienden dirigidas en particular a los canales regionales de televisión y no en general a las EICE.

«a. Los contratos celebrados por las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, cuyo objeto no se encuentre relacionado con su actividad misional, a saber: los suscritos para el funcionamiento de la Entidad, tales como: vigilancia, aseo, insumos de papelería, prestación de servicios de revisoría fiscal, entre otros, ¿se rigen por el Estatuto Público de Contratación?».

Los contratos celebrados por los canales regionales de televisión, que son empresas industriales y comerciales del Estado, tienen un *régimen especial*, por contar con un régimen distinto al del EGCAP y regirse por el derecho privado y las normas que regulan su actividad económica y comercial; sin perjuicio de la obligación de observar el artículo 13 de la Ley 1150, esto es, que en desarrollo de su actividad contractual deben observar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, al igual que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. En tal sentido, sus contratos no se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por lo que no se distingue el régimen frente a ese tipo de objetos contractuales.

«b. En caso afirmativo, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuando adelanten contratos regidos por el Estatuto Público de Contratación, ¿están legitimadas para iniciar el procedimiento de incumplimiento contractual con el fin de determinar la imposición de sanciones, multas y/o hacer efectivas la cláusula penal correspondiente?».

Teniendo en cuenta que la respuesta anterior fue negativa, se remite a la anterior. En todo caso, la peticionaria se puede dirigir a las consideraciones del numeral 2.3. de este concepto.

«c. Si eventualmente las Empresas Industriales y Comerciales del Estado carecen de la facultad para iniciar el procedimiento de incumplimiento contractual, para acudir al Juez del Contrato ¿es necesario surtir el procedimiento de incumplimiento contractual?»

Para responder satisfactoriamente este interrogante, por «procedimiento de incumplimiento contractual» se entenderá el establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En tal sentido, de conformidad con las consideraciones expresadas en el numeral 2.3. de este concepto, solo las entidades sometidas al EGCAP pueden aplicar este procedimiento y, en los casos en que carezcan de competencia para utilizarlo, lógicamente, no será necesario realizarlo para acudir al juez del contrato.

«d. En los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del estado, en desarrollo de un servicio público, no obstante, estar regidos por el derecho privado, ¿pueden incluir las cláusulas excepcionales previstas en los artículos 14 y subsiguientes de la Ley 80 de 1993?».

En los contratos regidos por el derecho privado, respecto a los cuales no exista alguna norma específica que autorice la aplicación de las cláusulas excepciones, como ocurre en algunos contratos celebrados por las empresas de servicios públicos domiciliarios y las empresas sociales del Estado, no es posible incluir estas cláusulas.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Sebastián Ramírez Grisales  Contratista – Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector 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). [↑](#footnote-ref-1)
2. El numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, 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. La exorbitancia de las dos cláusulas transcritas –cláusula penal y multas– se refiere a su *imposición unilateral*; no a su pacto que es posible en virtud de las normas civiles y comerciales. [↑](#footnote-ref-7)
8. 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-8)
9. 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-9)
10. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Exp. 30.832. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-10)
11. «Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

    »En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a *las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones*. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. *Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato*.

    »Parágrafo. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva» (Cursivas fuera de texto). [↑](#footnote-ref-11)
12. Esta postura también es defendida por la doctrina. Concretamente por el profesor David Suárez Tamayo, quien expresa: «Dado que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se refiere (sic) exclusivamente a las entidades sometidas al estatuto de contratación pública, quiere ello decir, que las demás entidades que no estén sometidas a la Ley 80 de 1993, sino a las normas del derecho privado, no están autorizadas, ni tienen la competencia para hacer uso de manera unilateral de cláusulas excepcionales, ni para imponer multas o hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, y por tanto deberán acudir al juez del contrato cuando requieran hacer uso de las mismas» (SUAREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Serie: Las cláusulas del contrato estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. y Centro de Estudios de Derecho Administrativo –CEDA—, 2014. p. 202). [↑](#footnote-ref-12)
13. 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-13)
14. En efecto, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 dispone: «*Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública* podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

    »a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

    »b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

    »c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

    »d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento» (cursivas fuera de texto). [↑](#footnote-ref-14)
15. Providencias que avalaron dicha tesis fueron las siguientes: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 20 de febrero de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expedientes: 56939 y 56562. En cambio, la consideración de que las entidades de régimen especial, por regla general, no pueden ejercer esta potestad sancionatoria, se plantea en las sentencias del Consejo de Estado. Sección Tercera. 1 de agosto de 2018. Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo. Expediente: 39277 y del 14 de febrero de 2019. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente: 38937. [↑](#footnote-ref-15)
16. «Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

    »Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

    »En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

    »Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

    »Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso». [↑](#footnote-ref-16)
17. «Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

    »Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

    »1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

    »En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no *reformatio in pejus y non bis in ídem*

    […]»*.* [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 12 de diciembre de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente: 60.477. [↑](#footnote-ref-18)
19. El artículo 18 de la Ley 80 de 1993 establece: «La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

    »En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

    »Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

    »La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento». [↑](#footnote-ref-19)
20. El artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, indica: «Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

    »Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

    »PARÁGRAFO. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993». [↑](#footnote-ref-20)
21. El artículo 195, numeral 6 de la Ley 100 de 1993 establece que las empresas sociales del Estado: «En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública». [↑](#footnote-ref-21)
22. La Ley 1507 de 2012 derogó el inciso segundo citado «en cuanto a la vinculación de los canales regionales a la Comisión Nacional de Televisión». [↑](#footnote-ref-22)
23. En efecto, se trata de una actividad en competencia como se desprende, entre otros aspectos, de las siguientes disposiciones. La Ley 14 de 1991 «Por la cual se dictan norma sobre el servicio de televisión y radiodifusión oficial», establece: «Artículo 3o. Principios de la prestación del servicio

    »[…]

    »En virtud del principio de libertad de expresión, nadie podrá ser molestado a causa de sus ideas y todas las personas tendrán derecho a investigar, recibir y difundir opiniones e informaciones, dentro del marco de la Constitución y la ley. Se impedirá la concentración del poder informativo, así como las prácticas monopolistas que tiendan a eliminar la competencia y la igualdad de oportunidades entre todas las empresas que prestan los servicios de comunicación social. Ninguna persona natural o jurídica, ni los socios de éstas, que sean concesionarias de espacios de televisión de Inravisión, podrá contratar, directamente o por interpuesta persona o en asociación de otra empresa con las organizaciones regionales de televisión. En la misma forma, un contratista en estas Organizaciones no puede, directamente o por interpuesta persona o en asociación con otra empresa, ser concesionario de espacios de televisión de Inravisión».

    El artículo 23 ibíd, prescribe: «Objeto de las organizaciones regionales de televisión. En desarrollo de su objeto corresponde a las organizaciones regionales de televisión:

    »[…]

    »e) Prestar con carácter comercial, en régimen de libre y leal competencia, servicios de valor agregado y telemáticos, soportados por los servicios de televisión y de difusión a su cargo».

    **En igual sentido, ibíd., «Artículo 46.**Libre competencia. La prestación del servicio de televisión por suscripción se realiza en régimen de libre y leal competencia».

    Además, el artículo 37 de la Ley 182 de 1995, que es objeto de estudio en este concepto prescribe: **«Artículo 37. Régimen de prestación**. En cada uno de los niveles territoriales antes señalados, el servicio público de televisión será prestado en libre y leal competencia, de conformidad con las siguientes reglas […]»  [↑](#footnote-ref-23)
24. Dicho artículo establece: «Artículo 19. Clasificación del servicio en función de la tecnología de transmisión. La clasificación en función de la tecnología atiende al medio utilizado para distribuir la señal de televisión al usuario del servicio. En tal sentido la autoridad clasificará el servicio en:

    »a) Televisión radiodifundida: es aquella en la que la señal de televisión llega al usuario desde la estación transmisora por medio del espectro electromagnético, propagándose sin guía artificial;

    »b) Televisión cableada y cerrada: es aquella en la que la señal de televisión llega al usuario a través de un medio físico de distribución, destinado exclusivamente a esta transmisión, o compartido para la prestación de otros servicios de telecomunicaciones de conformidad con las respectivas concesiones y las normas especiales que regulan la materia. No hacen parte de la televisión cableada, las redes internas de distribución colocadas en un inmueble a partir de una antena o punto de recepción;

    »c) Televisión satelital: es aquella en la que la señal de televisión llega al usuario desde un satélite de distribución directa». [↑](#footnote-ref-24)