Bucaramanga, 16 de julio de 2019

Doctora

**KRISTEL PIERINA ARIZA PACHON**

Jueza Catorce Oral Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga

Ciudad

*ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO*

RADICADO: 2019- 0182

DEMANDANTE: JAIRO ORTIZ RICO

DEMANDADO: TELEVISIÓN REGIONAL DEL ORIENTE LTDA

ESPERANZA BLANCA DILIA FARFAN FARFAN en mi condición de Procuradora 212 Judicial I para Asuntos Administrativos, me permito presentar ante su Despacho concepto de fondo dentro de la acción de la referencia, en los siguientes términos:

1. **Antecedentes**
2. **La demanda**

Se expresa en la demandada que se pretende el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 223 del decreto ley 019 de 2012, artículo 11 literal g de la ley 1712 de 2014; artículo 211217 del decreto 1081 de 2015 (art. 8 decreto 103 de 2015); artículos 211218 y 2211171 del Decreto 1082 de 2015 (art. 7 decreto 103 de 2015) y Circular Externa Única expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, relacionado con la publicación en la página web de la entidad y en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública todos los documentos de los procesos de concesión de espacios de televisión celebrados durante el año 2019 por el canal TRO.

El actor expresa como fundamento de las pretensiones que la prestación del servicio público de televisión se encuentra relacionado con el uso de un bien público que es el espacio electromagnético, por lo que en su criterio, la concesión de espacios de televisión son verdaderos contratos de concesión, de conformidad con lo previsto en la ley 80 de 1993 y, por consiguiente, la demandada está obligada a cumplir las publicaciones requeridas.

1. **La contestación**

El canal TRO contesta la demanda, oponiéndose a las pretensiones. Explica que de conformidad con lo previsto en el artículo 85 de la ley 498 de 1998, la petición de publicidad elevada por el actor hace parte de la reserva especial; agrega que el canal TRO se rige por el derecho privado en su actividad industrial y comercial. Indica que en Colombia Compra Eficiente, en la circular actualizada a 2019, exceptúa de la publicación en SECOP a las empresas industriales y comerciales que desarrollen su actividad en condiciones de competencia con el sector privado, como es el caso del canal TRO.

Alega que la acción de cumplimiento no es procedente porque la entidad no está obligada a cumplir las normas referidas, según lo dispone el decreto 1082 de 2015.

1. **Consideraciones del Ministerio Público**
2. **Problema Jurídico**

Se busca establecer si la entidad demandada está obligada a cumplir con la obligación de publicidad de información de la contratación referida en la demanda.

1. **Análisis jurídico**

**Naturaleza y presupuestos de la Acción de Cumplimiento**

El artículo 87 de la Constitución Política de Colombia, consagra la acción de cumplimiento como un mecanismo de protección y aplicación material de los derechos, caracterizada por permitir que por vía judicial se exija el cumplimiento o realización de un deber omitido por las autoridades públicas, el cual debe estar claramente previsto en una norma o acto administrativo.

La acción de cumplimiento fue desarrollada por la ley 393 de 1997, a través de la cual se establecieron los requisitos para su prosperidad, así:

• Que el deber jurídico que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de Ley o actos administrativos.

• Que el mandato sea imperativo, inobjetable y que esté el cumplimiento radicado en cabeza de la autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, frente a los que se reclama su cumplimiento.

• Que se pruebe la renuencia al cumplimiento del deber, ocurrida ya sea por acción u omisión o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento.

• No procederá la acción cuando exista otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico, salvo el riesgo de producirse un perjuicio grave e inminente.

• La acción de cumplimiento no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos.

En lo referente a la claridad del mandato a cumplir por parte de la entidad administrativa, éste debe ser claro y preciso, pues en esta acción no es factible discutir la legalidad del acto que se invoca a cumplir, y que no ofrezca discusión en ningún contexto y que este sea inmodificable, porque recuérdese que lo pretendido en esta acción es el cumplimiento de un deber omitido, en este sentido ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado:

*(…)*

*La finalidad de la acción de cumplimiento es que toda persona pueda acudir ante la autoridad judicial competente para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, como lo dispone el artículo 87 constitucional. Sin embargo, a través de esta acción no es posible ordenar ejecutar toda clase de disposiciones, sino aquellas que contienen prescripciones que se caracterizan como deberes legales o administrativos que pueden ser cumplidos a través de las órdenes del juez constitucional, que albergan un mandato perentorio, claro y directo a cargo de determinada autoridad, un mandato “imperativo e inobjetable” en los términos de los artículos 5, 7, 15, 21 y 25 de la Ley 393 de 1997.*

*Ello significa que los preceptos que se dicen incumplidos deben ser lo suficientemente precisos, y no puede generar ningún tipo de incertidumbre en cuanto a su objeto, vigencia y exigibilidad[[1]](#footnote-1).*

 **c. Caso concreto**

**1.- De las normas cuyo cumplimiento se demanda.**

Las normas cuyo cumplimiento se pide tienen el siguiente contenido:

Decreto Ley 019 de 2012,

***ART. 223. ELIMINACIÓN DEL DIARIO ÚNICO DE CONTRATACIÓN****. A partir del primero de junio de 2012, los contratos estatales sólo se publicaran en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP- que administra la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente. En consecuencia, a partir de dicha fecha los contratos estatales no requerirán de publicación en el Diario Único de Contratación y quedarán derogados el parágrafo 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los artículos 59, 60, 61 y 62 de la ley 190 de 1995 y el parágrafo 2 del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007.*

Ley 1712 de 2014:

***ARTÍCULO 11. INFORMACIÓN MÍNIMA OBLIGATORIA RESPECTO A SERVICIOS, PROCEDIMIENTOS Y FUNCIONAMIENTO DEL SUJETO OBLIGADO.****Todo sujeto obligado deberá publicar la siguiente información mínima obligatoria de manera proactiva:*

*a) (…)*

*g) Sus procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de contratos, incluidos concursos y licitaciones;*

Decreto 1081 de 2015:

*Artículo 2.1.1.2.1.7. Publicación de la información contractual. De conformidad con el literal (c) del artículo 3° de la Ley 1150 de 2007, el sistema de información del Estado en el cual los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben cumplir la obligación de publicar la información de su gestión contractual es el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP).*

*Los sujetos obligados que contratan con cargo a recursos públicos deben publicar la información de su gestión contractual en el plazo previsto en el artículo 19 del Decreto 1510 de 2013, o el que lo modifique, sustituya o adicione.*

*Los sujetos obligados que contratan con recursos públicos y recursos privados, deben publicar la información de su gestión contractual con cargo a recursos públicos en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP).*

*Artículo 2.1.1.2.1.8. Publicación de la ejecución de contratos. Para efectos del cumplimiento de la obligación contenida en el literal g) del artículo 11 de la Ley 1712 de 2014, relativa a la información sobre la ejecución de contratos, el sujeto obligado debe publicar las aprobaciones, autorizaciones, requerimientos o informes del supervisor o del interventor, que prueben la ejecución del contrato.*

Decreto 1082 de 2015:

***Artículo 2.2.1.1.1.7.1.*Publicidad en el SECOP.** *La Entidad Estatal está obligada a publicar en el SECOP los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el SECOP.*

*La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los Procesos de Contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliegos de condiciones en el SECOP para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para el efecto en el artículo 2.2.1.1.2.1.4**del presente decreto.*

De acuerdo con lo anterior, se constata que los preceptos que se pide hacer cumplir, se encuentran contenidos en leyes o decretos con fuerza de ley, por lo que este presupuesto se estima acreditado.

**2) De la existencia de un mandato imperativo e inobjetable radicado en cabeza de la autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, frente a los que se reclama su cumplimiento.**

Se considera que el punto objeto de discusión es si el canal TRO debe cumplir con las obligaciones de publicidad contenidas en las normas señaladas, dado que es en este aspecto en el que las partes tienen posiciones contrarias.

Ahora, en concreto el tema a dilucidar es si los contratos que el canal TRO suscribe para la concesión de espacios de televisión hacen parte de la actividad industrial y comercial en la que el demandado compite con los privados o si por el contrario, esta actividad está sometida al régimen de contratación estatal.

Inicialmente, conforme a la escritura 875 del 22 de junio de 1975, la demandada fue constituida como una Entidad Asociativa, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado. En ese mismo instrumento en el artículo 5 numeral f, como una de las actividades que puede realizar en cumplimiento del objeto social, la de “*celebrar mediante licitación pública o contratación directa según el caso, los contratos de producción, coproducción y cesión de derechos de emisión de programas de televisión, (…).* En cuanto al régimen jurídico de los actos, en el artículo 27 se determina que los “*actos jurídicos que la entidad realice en desarrollo de las actividades industriales o comerciales estarán sujetos al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, conforme a las normas de competencia sobre la materia”*. Y en cuanto al régimen de los contratos, se indica en el artículo 29: “*De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la ley 80 de 1993, los contratos que celebre esta sociedad se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo, en materias particulares reguladas en la ley”*

De acuerdo con los documentos allegados por el accionante con posterioridad a la presentación de la demanda, se puede constatar que hoy la naturaleza jurídica de la demandada no ha variado, comoquiera que se trata de una entidad asociativa de carácter público del orden departamental, organizada como empresa industrial y comercial del Estado.

El artículo 14 de la ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 94 de la ley 1474 de 2011 dispone respecto al régimen legal de contratación aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado:

*ARTÍCULO 14. DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO, LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA, SUS FILIALES Y EMPRESAS CON PARTICIPACIÓN MAYORITARIA DEL ESTADO. 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*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html#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.*

Según lo estipulado en esta norma, a las empresas industriales y comerciales del Estado no se les aplica el régimen de contratación estatal, cuando éstas desarrollan actividades comerciales en competencia con el sector privado o público o en mercados regulados.

Ahora, de acuerdo a lo indicado en la escritura de constitución de la Asociación, la cesión de derechos de emisión de programas de televisión, se puede hacer a través de licitación pública o de contratación directa y también expresa que el régimen de los contratos suscritos será el régimen civil y comercial y que los actos jurídicos que la entidad realice en desarrollo de la actividad industrial y comercial estará sujeto al derecho privado. Por lo que una interpretación sistemática de este instrumento permite sostener que los contratos que la entidad suscriba en virtud de la actividad comercial son contratos de carácter privado, cuya modalidad puede escoger la entidad, esto es a través de licitación o de contratación directa.

Teniendo en cuenta que el objeto de la Asociación es la operación del servicio de televisión y estando organizada como empresa industrial y comercial del Estado, la prestación del servicio de televisión en sus distintas modalidades, es la actividad económica en la cual el canal TRO precisamente compite con otras empresas del sector en condiciones de mercado; por tanto, se considera que es en este punto en el cual esta empresa está exenta de la aplicación del régimen de contratación estatal.

Frente al tema, ha indicado el Consejo de Estado:

*En ese mismo sentido, sobre el régimen aplicable a los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado y a manera de ilustración, sin que ello signifique que en el caso concreto se esté dando aplicación a la ley 1150 de 2007[[2]](#footnote-2), vale la pena poner de presente que, el régimen contractual aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado es el previsto por la ley 80 de 1993, salvo dos excepciones i) cuando se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o ii) cuando desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, pero en todo caso la gestión adelantada por estas empresas estará sometida a los principios de la función administrativa.*

*Así las cosas, se reitera que los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado se deben someter al Estatuto de Contratación Estatal y aquellos que celebren en desarrollo de su objeto o de sus actividades de industria y comercio lo pueden ser mediante el proceso de selección de contratación directa. En lo no regulado en la ley 80 de 1993, le son aplicables las normas comerciales y civiles pertinentes (artículo 13).*

*(…)*

*El sometimiento de las empresas industriales y comerciales del Estado al régimen de derecho privado se justifica, según lo ha determinado la jurisprudencia de la Sala , 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”, de tal manera 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; (sic) 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...”.*

*Así las cosas, se encuentra que los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado se deben someter a las formalidades y exigencias precontractuales previstas en la ley 80, salvo que exista una excepción legal, y en lo no regulado se le dará aplicación al derecho privado, como sería el caso de los contratos no previstos en el Estatuto de Contratación Estatal. Con ese marco normativo procederá la Sala a determinar qué clase de relación existió entre las partes y el cumplimiento a la ley 80 de 1993 en el desarrollo de la misma.[[3]](#footnote-3)*

Ahora, el decreto 1510 de 2013 indica:

*Entidad Estatal es cada una de las entidades: (a) a las que se refiere el artículo*[*2*](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304#2)*° de la Ley 80 de 1993; (b) a las que se refieren los artículos*[*10*](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678#10)*,*[*14*](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678#14)*y*[*24*](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678#24)*de la Ley 1150 de 2007 y (c) aquellas entidades que por disposición de la ley deban aplicar la Ley*[*80*](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304#0)*de 1993 y la Ley*[*1150*](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=25678#0)*de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan.*

*(…)*

*Artículo 19. Publicidad en el Secop. La Entidad Estatal está obligada a publicar en el Secop los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el Secop.*

*La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los Procesos de Contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliegos de condiciones en el Secop para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para el efecto en el artículo 23 del presente decreto.*

De conformidad con la norma trascrita, se puede verificar que las obligadas a publicar en el SECOP son las entidades públicas; sin embargo, también es claro que se trata de publicaciones en relación con procesos de contratación estatal y como el artículo 14 de la ley 1150 de 2007 consagra una excepción en relación con el régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado, en relación con las actividades industriales y comerciales, en este caso la entidad accionada no estaría obligada a cumplir con las especificaciones contenidas en la normatividad aludida.

En suma, se estima que en este caso la entidad accionada no está obligada a cumplir con las publicaciones pedidas por el actor y en tal medida, no se cumple con este requisito para la prosperidad de la acción de cumplimiento.

 **III.- Concepto del Ministerio Público**

Así las cosas, en criterio del Ministerio Público, no se dan los presupuestos de prosperidad de la acción de cumplimiento.

Cordialmente,

**ESPERANZA BLANCA DILIA FARFAN FARFAN**

**Procuradora 212 Judicial I Administrativa**

1. CE, SCA, Sección Quinta, sentencia del 15 de octubre de 2015, exp. : 08001-23-33-000-2014-00835-01(ACU), CP ALBERTO YEPES BARREIRO (E). [↑](#footnote-ref-1)
2. Ya que esa ley no se encontraba vigente para la fecha en que ocurrieron los hechos que se debaten en este proceso. [↑](#footnote-ref-2)
3. CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio de 2015, exp 76001-23-31-000-2001-01009-01(31683)A. [↑](#footnote-ref-3)