



REVISTA

PERSPECTIVAS

UFPS

Original Article

<https://doi.org/10.22463/25909215.5541>

Análisis constitucional del régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en Colombia

Constitutional Analysis of the Contractual Regime of State-Owned Industrial and Commercial Enterprises in Colombia

Javier Andrés Perozo Hernández^{1*}, Eduardo Gabriel Osorio Sánchez²

¹Especialista en Contratación Estatal de la Universidad de Medellín, javierandres@perozoabogados.com.co, <https://orcid.org/0000-0002-4792-4468>, Universidad de Medellín, Cúcuta, Colombia.

²Doctor en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona, eduardogabrielos@ufps.edu.co, <https://orcid.org/0000-0003-1977-085X>, Universidad Francisco de Paula Santander, Cúcuta, Colombia.

Como citar: perozo hernandez, javier andres, y Osorio Sanchez, E. G. (2025). Análisis constitucional del régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en Colombia. *Revista Perspectivas*, 10(S1), 396–415. <https://doi.org/10.22463/25909215.5541>

Received: Agosto 22, 2025; Approved: Diciembre 19, 2025

RESUMEN

Palabras Clave:

Contratación estatal, empresas industriales y comerciales, intervención económica, régimen jurídico especial.

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuentan con régimen de contratación especial. La doctrina y la jurisprudencia partieron en un primer momento del reconocimiento de un régimen jurídico de derecho privado, teniendo en cuenta que así lo dispuso expresamente el ordenamiento jurídico vigente previo a la Ley 80 de 1993, sin comprender que el mismo obedeció al régimen de los contratos de la actividad. Este artículo estudia de forma explicativa el origen constitucional de las EICE en vigencia de la Constitución de 1886 y de la Constitución de 1991, encontrando que existen profundas diferencias en los elementos que definen la razón de ser del régimen contractual que aplican estas entidades industriales, a partir de metodologías de línea jurisprudencial y depuración doctrinal que permitieran establecer las respuestas a los objetivos propuestos. De la investigación realizada se concluyó que no existe en el ordenamiento interno una motivación clara respecto de la existencia de este tipo de empresas o de su régimen jurídico, pues si bien el Consejo de Estado lo ha reconocido a partir del criterio orgánico y funcional (actividad industrial), lo cierto es que esta no satisface la integración del Estado como agente económico en el marco de una economía social de mercado.

ABSTRACT

Keywords:

State contracting, Industrial and Commercial Companies, economic intervention, special legal regime.

Abstract: State-Owned Industrial and Commercial Enterprises are governed by a special contractual regime. Legal doctrine and case law initially characterized these entities as subject to private law, since such a framework was expressly established by the legal order in force prior to Law 80 of 1993. However, this interpretation failed to recognize that the applicable framework corresponded to the contractual regime inherent to their economic activities. This article provides an explanatory analysis of the constitutional origins of State-Owned Industrial and Commercial Enterprises under both the 1886 and 1991 Constitutions. It identifies significant differences in the elements that define the rationale underlying the contractual regime applicable to these industrial entities. The study employs methodologies of jurisprudential line-tracing and doctrinal refinement to address the proposed research objectives. Findings indicate that the domestic legal system lacks a clear rationale concerning the existence of this type of enterprise and its legal regime. Although the Council of State has recognized their nature based on organic and functional criteria (industrial activity), such recognition does not fully account for the State's integration as an economic actor within the framework of a social market economy.

*Corresponding author.

E-mail address: javierandres@perozoabogados.com.co (Javier Andrés Perozo Hernández)



Peer review is the responsibility of the Universidad Francisco de Paula Santander.
This is an article under the license CC BY 4.0

Introducción

El contrato del Estado no fue ajeno a la variación del epicentro de análisis del derecho amén de la promulgación de la Constitución de 1991, pues, aunque no se le privó de su condición de acto bilateral - o negocial- dotado de un sin número de *puissance publique*, fue inequívoca la voluntad del legislador de condicionar el ejercicio de los poderes públicos (y sus instrumentos) a los principios, reglas y una arquitectura constitucional garante de las libertades individuales. De esta forma, el Estado Colombiano asumió el reto de incorporar en el marco de sus obligaciones, la intervención económica como función constitucional, pública y administrativa. En el marco de un derecho constitucional construido sobre los cimientos de la globalización y el desarrollo, el contrato del Estado como instrumento del derecho, adquiere un papel preponderante en la medida que materializa la intervención del sujeto de derecho público -desde el panóptico de la igualdad de negociación- en el mercado económico, pero desconociendo la tradicional aplicación de las prerrogativas que aplican al Estado y reconociendo su faceta de competidor de mercado en igualdad de condiciones de los particulares.

Es con esta ruptura del concepto clásico de contrato del Estado -ergo, de las funciones del Estado de la comprensión laxa del ejercicio de las funciones administrativas - que se nutre este nuevo paradigma, el de la gestión económica del sujeto de derecho público, y con este, la acción directa que amén de lo previsto en la Ley 489 de 1998, se atribuye a las EICE. Dicha comprensión supone un reto no menor de la contratación estatal en el marco constitucional moderno, en la medida que su conceptualización, características y principalmente, el fundamento de su existencia, no se adapta del todo al arquetipo de administración pública concentrado que propugna el ordenamiento jurídico moderno, especialmente, el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007. Estos nuevos paradigmas derivados de la comprensión del Estado y sus roles en el marco de la Constitución de 1991, proponen serias dudas respecto de la comprensión

del régimen de los contratos de las EICE, pues ni el legislador ni la jurisprudencia han logrado definir cuál es la razón de ser, más allá de una lectura clásica del derecho administrativo, esto es,

la diferenciación entre las funciones administrativas propiamente y las que no son funciones administrativas. De ahí el objetivo del presente artículo sea comprender el fundamento constitucional del régimen contractual especial de las Empresas Industriales y Comerciales en Colombia a partir de la determinación de los fundamentos de su existencia como órgano y de los fundamentos de su existencia como función, para así arribar a la conclusión que responda a la siguiente pregunta de investigación ¿cuál es el fundamento constitucional del régimen contractual especial de las EICE en el ordenamiento jurídico Colombiano?

Para tal fin, a lo largo del presente artículo se abordará un análisis respecto de las obligaciones del Estado de Derecho y el acaecimiento de unas nuevas necesidades a la par del Estado Social de Derecho que motivó al legislador colombiano a incorporar dentro del organigrama estatal interno, una estructura institucional que permitiera cumplir con nuevas funciones y cometidos estatales. Luego de ello, se analizará la transición entre este Estado de Derecho, al Estado Post Moderno y el Constitucional Colombiano a raíz de la Carta de 1991 y cómo la determinación de nuevos objetivos y fines públicos encaminó las normas contractuales de las Empresas del Estado. Finalmente, se realizará el estudio del componente de economía pública a partir de lo prescrito en los artículos 334 y siguientes de la Carta Política, para encontrarnos con la necesaria conclusión que el fundamento constitucional del régimen jurídico especial de estas empresas no es otro que la resolución de las fallas del sistema económico y la participación como agente de mercado para lograr la redistribución, el fomento y la estabilización de la economía. Esta investigación es de naturaleza teórico jurídica, por cuanto acude a la revisión de fuentes bibliográficas que se encuentran en la Constitución Política, la Ley, la jurisprudencia

y la doctrina, en el ámbito nacional e internacional. Los insumos que de esta revisión puedan extraerse, permitirán sentar una posición frente a la realidad jurídica del régimen contractual especial de las EICE.

La existencia de las EICE en Colombia durante el Siglo XX

Referirse al origen del sistema contractual de las EICE obliga examinar desde un panóptico necesariamente orgánico, el fundamento de existencia de esta tipología de entidades para que, una vez superadas las discusiones respecto de la razón de ser de estas, sea posible arribar a la materia que es objeto de investigación, esto es, el fundamento constitucional de los contratos que esta tipología de entidades aplica, así como los fines de intervención económica que persiguen.

La estructura administrativa del Estado Colombiano ha sido no pocas veces un anatema para los teóricos del derecho administrativo, habida cuenta la influencia de corrientes teórico – políticas foráneas que adaptadas a nuestra legislación, imbricaron las instituciones nativas creadas para resolver necesidades locales (Vandelli, 2020), de ahí que, el tema de la administración pública, la adaptación de los modelos de Estado y la implementación de sistemas normativos (Schmidt Assmann, 2021) sea las más de las veces producto de un extranjerismo no comprendido en nuestro territorio. Dicho fenómeno no es ajeno en la contratación estatal y mucho menos en la arquitectura administrativa del Estado como lo advierte (Ospina Garzon, 2009) al evidenciar las facetas por las que ha transitado la jurisdicción de lo contencioso administrativo en nuestro ordenamiento.

Este destino, el de suponer un cortapisa respecto de la comprensión lineal del derecho administrativo, encuentra los fundamentos de la existencia y de la estipulación de un régimen jurídico especial para las EICE no menos que paradigmático, en razón de las particulares dificultades que comprender dicho régimen supone al concepto decimonónico de las

normas de derecho que rigen la administración y más aún, frente al concepto tradicional del contrato de la administración en virtud de la teoría de los actos de poder y actos de gestión (teoría alemana) suponiendo una dificultad en la comprensión homogénea del concepto de función administrativa que rige en el derecho colombiano desde la vigencia de la Ley 130 de 1913. Ahora bien, no es menos curioso que se hayan encontrado limitaciones naturales que incidan en la precaria, a nuestro juicio, definición de los fundamentos de existencia de un régimen jurídico especial en materia contractual respecto de estas entidades, en la medida que el legislador se ha enfocado en fortalecer criterios como el orgánico y no necesariamente profundizar en los análisis requeridos para responder a los cuestionamientos que sugieren doctrinantes, académicos y órganos de control, respecto de la aplicación de un régimen jurídico diferente al de derecho público para estas entidades, de ahí que sea pertinente ofrecer a la ciencia del derecho un estudio juicioso respecto del fundamento del régimen contractual que aplican las EICE en Colombia.

Las aproximaciones al régimen contractual de las EICE se ha venido equiparando a la evolución del derecho constitucional en la medida que ha seguido su norte de cerca, tomando distancia de la concepción de un derecho administrativo anclado a instituciones jurídicas paquidérmicas, para asumir una dinámica propia en razón de las necesidades de la administración, sea del caso decirlo, como el resto de las actividades del Estado (Rincon Cordoba, 2004). No ha sido muy atrás que el régimen jurídico que definía a las actividades industriales del Estado se subordinaba al derecho administrativo en el sentido de concebirlas como actos del soberano, tal como lo identifica la doctrina germánica (Mayer, 1895) al estudiar el proceso de la Compañía ferroviaria del Ouest Suisse contra la Confederación Alemana a propósito de una injonction de que había sido objeto, en la que terminó definiéndose que “Las concesiones son actos de soberanía” en la medida que el “El Estado no pacta con la sociedad ferroviaria acerca del ejercicio de su soberanía, así como tampoco lo

hace con los posaderos, farmacéuticos, carniceros, etc., a los cuales otorga concesiones”. Tal decisión evidencia que, la definición del contrato del Estado y, por ende, de la actividad comercial o industrial del Estado, más allá de ser un acto definido por la naturaleza industrial y comercial desarrollada por el Estado se erigía como un acto de estricto poder o soberanía y en ese sentido, subordinado también al ejercicio de las *puissance publique*.

El ordenamiento jurídico Colombiano no ha sido distante a la comprensión del contrato administrativo como un instrumento de poder público, pues de forma tradicional reconoció su condición de ser un acto deliberadamente de gobierno (Bercaitz, 1980) -y no dependiente de la gestión comercial del Estado- que apunta al cumplimiento de sus metas, de los programas de gobierno y de la soberanía de los poderes que le están atribuidos (Escola, 1977), v.gr., los contratos necesarios para ejecutar las funciones de administrar, las de ejercer el poder militar y el poder político (publicación) (Dromi, 2002) . Es en este sentido, el contrato del Estado se ha comprendido como un acto necesariamente de poder administrativo y no de gestión comercial del Estado (Monedero Gil, 1976) .

La Ley 110 de 1912, norma que contiene el Código Fiscal Colombiano, incluyó diversas disposiciones de las que se evidencia que el foco de la acción contractual pública era la satisfacción de las obligaciones a cargo del Estado y no la posibilidad de explorar su rol como inversor, gestor económico o agente de mercado – naturalmente dicho concepto no era propio de 1910 pues el concepto de economía social de mercado solo se afianzó cerca de la década de los 80 (Greiffenhagen, 2002) en el mundo y con la Constitución de 1991 en Colombia-, siendo claramente un acto de explícito control del Gobierno tal como se evidencia del artículo 12, 20, 30 o 137 de la misma codificación respecto del servicio de correos y telégrafos, del cual dispone que dicho servicio – el de telégrafos- solo puede ser prestado por el Estado o con su autorización expresa.

Tales poderes se mantuvieron en la legislación de 1941, en la que, a través de una reforma sobre la organización de la jurisdicción contenciosa administrativa se materializó el criterio definitorio del contrato estatal al atribuírsele al Consejo de Estado, entre otras funciones, la función administrativa de revisar los contratos, licencias o permisos celebrados por el Gobierno, evidenciando que, a juicio del legislador de 1941, el Contrato estatal era aquel mediante el cual se ejercía la función administrativa. Dicha legislación, por ejemplo, se refirió expresamente al control del que en su vigencia, gozaban los contratos públicos sin referirse en modo alguno, al marco normativo de los mismos, supeditando dicha definición, como lo hemos de ver, al Decreto 351 de 1955, aunque si refiriéndose a los contratos en los que la *essentia negotia* resultaba ser una actividad industrial o comercial, como se advierte del artículo 243 de la misma disposición, a cuyo tenor literal se destaca el control judicial automático.

No fue sino hasta la década de los años 50, que el sistema normativo colombiano empezó a concebir el fundamento de las actividades industriales y comerciales como eje definitorio del contrato estatal industrial y comercial (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 1974), con la publicación del informe técnico presentado por Lauchlin Currie a cargo del Banco Mundial, en el que se indicó que la excesiva rigidez resultaba contradictoria a los fines de desarrollo ya que eliminaba “... esencialmente toda oportunidad de disponer de una organización capaz de adaptarse permanentemente a las necesidades y de lograr así el máximo de eficiencia y economía.” (Currie, 1952), y con ello, encontrar formas organizativas que gestionaran con mayor agilidad las necesidades públicas, a través de entidades públicas semi-autónomas: “(...) *Cuando se trata de las actividades tradicionales, tales como la guarda del orden civil, la higiene y la educación, el Gobierno puede decidir por anticipado la cantidad que debe invertirse en un programa*

determinado; pero las necesidades financieras de una empresa comercial no pueden estar sujetas a rígidas limitaciones anuales sobre gastos, si es que, naturalmente, se ha de prestar un servicio sobre una base comercial. (...)” (Currie, 1952)

En ese interregno de tiempo, el Gobierno expidió el Decreto 351 de 1955, por el cual se adoptó lo que algún sector de la doctrina denomina Primer Estatuto Nacional de Compras, norma que si bien nada refiere al régimen industrial y comercial de las empresas públicas, si demarca un hito en los contratos de las administraciones públicas en la medida que se aparta de la definición del contrato público la noción del régimen jurídico que lo define, que hasta la fecha se encontraba asociado al de la naturaleza de la entidad en el entendido que se incorporaban conceptos de contratación estatal en las normas que delimitaban la competencia del Juez de lo Contencioso Administrativo. Dicha variación, como no podía ser lo menos, se produce en el contexto de un Estado (Hauriou, 1900) prestador de servicios públicos (Jeze, 2011) que interviene en el intercambio de bienes y servicios con los particulares, siguiendo, como lo hemos dicho, el derrotero trazado por el incipiente (Keynes, 1998) concepto de administración pública constitucional y administración pública industrial que para la década de los 50's se vislumbraba entronizar en el derecho público.

Hasta este punto, el Estado de Derecho resultó ser suficiente tanto en el derecho local como en el derecho comparado para proscribir el concepto de empresas públicas que brindaran un servicio industrial y comercial guiado por un criterio diferente al poder público (Exposito Velez J. , 2023), pues no se puede obviar que la dinámica de la evolución de necesidades y a la par de estas, de las estructuras administrativas del Estado no fue un proceso aislado que sufrió nuestra legislación nacional como lo evidencia la doctrina nacional (Montaña Plata, 2023) sino que, por contrario, obedeció a los retos que supuso para la organización administrativa el reconocimiento de

nuevas competencias demandadas por la sociedad al Estado que eclosionaron con el decaimiento del Estado liberal clásico y por secuencia, el Estado de Derecho (Chevalier, 2015).

El derecho interno trató de comprender en sus diversas reformas administrativas los nuevos fines del Estado, tal como se evidencia principalmente con la expedición del Decreto 3130 de 1968 y del Decreto 1050 de la misma anualidad, mediante el cual se expidieron normas orgánicas respecto del funcionamiento de las entidades. Dichas normas, si bien se encuentran actualmente derogadas, contribuyeron a la identificación de una administración post moderna que apostó por el reconocimiento de entidades no propiamente administrativas (García de Enterría, La actividad industrial y mercantil de los municipios, 1955) (o de gobierno) cuyas funciones y régimen jurídico no se enmarca exclusivamente en las normas administrativas ni las de derecho público, sino que por contrario reconoce normas que rigen la naturaleza de los fines que persiguen esta tipología de entidades, esto es, las normas que bajo la égida de la igualdad aplican a los particulares que desarrollan actividades industriales, comerciales, entre otras (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 1980)

La reforma administrativa contenida en la Ley 19 de 1958 sentó las bases de las modificaciones administrativas que compilaron el Acto Legislativo 01 de 1968 y la contenida en el Decreto 1050 de 1968 en la medida que introdujo al ordenamiento nacional las “Empresas Públicas” o las “Corporaciones Públicas” que luego recibirían la denominación de EICE y que se crearon como tal con el fin de generar la intervención de la persona jurídica pública en la economía (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Anales del Consejo de Estado, 1975) a través de la prestación de servicios públicos, como se puede ver en el acto reformativo constitucional en cuanto a las competencias de las entidades territoriales (Henao Hidron, 1971) contenido en la mencionada

reforma de 1958. Entre los avances a los que apostó este régimen normativo de la década de los 60's, se incluyen el reconocimiento de entidades públicas con fines industriales, comerciales y de servicios como lo son las industriales y comerciales o las sociedades de economía mixta (Consejo de Estado, 1971), que no ocupan nuestra atención en el desarrollo del presente artículo; su sujeción a la dirección y control administrativo, según el ramo; la subordinación de estas al régimen jurídico de las actividades industriales y comerciales que desarrollen, esto es, el derecho privado (artículo 6 D. 1050/68); y por tal actividad, su autonomía administrativa y financiera.

Importante resaltar que para el ejecutivo de la época fue determinante, como se extrae de la lectura de los artículos 6° y 7° de la mencionada disposición de 1968, reiterar que el marco normativo que nutriría de contenido la actividad industrial y comercial desarrollada por esta tipología de entidades públicas sería indiscutiblemente el que gobernar la actividad que ejercieran, esto es, el derecho privado. Todo esto sin tener en consideración, como más adelante ocurriría con las posteriores reformas al régimen contractual del Estado, el fundamento de su existencia, las normas que las crean o la necesidad de armonizarlas con una constitución prestacional como lo es la Carta Política de 1991. De manera que, aunque la legislación de 1968 supuso un avance en el reconocimiento de las nuevas condiciones en las que el Estado Colombiano ejercería sus funciones administrativas, nada abordó la razón de ser de las EICE (Consejo de Estado, 1971), dejando a la suerte de la interpretación doctrinal y jurisprudencial la definición de tales particularidades e inclusive, motivando interrogantes que a la fecha continúan provocando discusiones entre académicos y estudiosos del derecho respecto del porqué de esta tipología de entidades, tal como lo pone de presente la doctrina autorizada en materia de derecho administrativo nacional (Montaña Plata, 2006)

Así, en nada aportó el ordenamiento jurídico vigente hasta 1998, fecha en que se produjo la

derogatoria del Decreto 1050 de 1968 y del Decreto 3130 de la misma anualidad, en la construcción del criterio definitorio que llevara a comprender la finalidad, los propósitos, objetivos o razones por las cuales existen en el ordenamiento interno Colombiano las Empresas Industriales y Comerciales Públicas (del Estado), más allá de las precarias definiciones que procuró el Consejo de Estado frente a la materia al tratar de definir la responsabilidad extracontractual del Estado o al comprender la naturaleza de los actos comerciales que estas desarrollaban para definir el Juez competente de los mismos, bien si fueren actos ejercidos en el marco de la relación de poder (administración o de soberano como lo señalaba Mayer) serían del resorte de la Contenciosa Administrativa, o en su defecto, de no considerarlo así, del resorte del Juez Ordinario.

En ese sentido, hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 se puede observar que el camino que fundamentó la creación de estas Empresas en Colombia fue tenue, misterioso y muy difuso, en la medida que no se definió más allá de la autonomía que corresponde al Estado -particularmente al legislador derivado de lo previsto en la Ley 65 de 1967, por medio de la cual se facultó al Presidente de la República para que modificara la administración nacional. De esto da cuenta el concepto del Procurador General de la Nación N° 080 del 9 de agosto de 1972 al pronunciarse respecto de la solicitud de inexequibilidad del Decreto extraordinario 3130 de 1968: *“Ya se vio que la Constitución no asigna expresa y concretamente a la ley la regulación del régimen del personal de la administración descentralizada, con los detalles previstos en el precepto legal acusado, que incluyen las condiciones para la creación, supresión y fusión de empleos, pues en esta materia se limita a darle una autorización general para expedir los estatutos básicos de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta, con el alcance que quedó examinado y que se resume en que el legislador puede realizar directamente aquella*

regulación, o bien atribuírsela a cualquiera de los órganos de las entidades descentralizadas.” (Corte Suprema de Justicia, 1972)

Paralelamente con la conceptualización emanada de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia – respecto de las facultades del ejecutivo de incorporar a la administración pública del orden nacional entidades no propiamente administrativas (Corte Suprema de Justicia, Salvamento, 1972), el Consejo de Estado en nada se refirió a la razón de ser del reconocimiento y existencia de las actividades industriales y comerciales del Estado o de la naturaleza jurídica de las entidades cuya actividad tuviese esta condición de industrial y comercial, empero, si al régimen jurídico de las mismas (Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, 2004) cómo se adujo en la sentencia del 04 de abril de 1974: “Generalizando, se puede decir que la naturaleza de los contratos que celebran las empresas industriales y comerciales del Estado no depende del carácter de tales entes, ni del régimen de derecho regula sus actos que, en este caso, es de derecho privado, sino de las estipulaciones mismas que contengan, según sean ellas las de libre estipulación que se emplean entre particulares, o por el contrario, las especiales que por disposición legal deben incorporarse forzosamente en los contratos administrativos, incorporación que, aunque es opcional para las empresas, los tipifica como administrativos. (...)” (Consejo de Estado, 1974)

Con todo lo expuesto, se pudiere concluir que si bien no existen razones explícitas que motiven la existencia y creación de las EICE en Colombia durante el Siglo XX, si se puede colegir que estas obedecen a un fenómeno de cambiantes necesidades hacia el Estado Social de Derecho en el que las demandas de la sociedad reclaman del Estado una mayor intervención en actividades no necesariamente gubernativas (Exposito Velez J. , 2023) sino que más económicas, luego su existencia se puede inferir desde la aplicación analógica de las fuentes de derecho administrativo francés (Jojoa Bolaños,

2024) su paralelo con las corporaciones industriales y comerciales o los establecimientos públicos industriales de aquella legislación franca. De ahí que la ausencia de fundamento aparente que incide en la determinación de las razones por las cuales las EICE tienen un régimen jurídico diferente al de las entidades públicas a pesar de gozar de naturaleza pública, pasa por considerar que además del criterio orgánico, la iudicatura (Consejo de Estado, 1980) les atribuyó diferentes condiciones y características tales como (i) su condición de resultar instrumentos orgánicos óptimos para canalizar las nuevas actividades del Estado en el marco de un estado prestador de servicios - (ii) a través del actor Estatal que emuló a los establecimientos públicos de carácter industriales y comerciales franceses (Montaña Plata, 2006), (iii) para proveer de mayor eficiencia y eficacia el gasto y la prestación de servicios, a través de una actividad (iv) no necesariamente gubernamental, esto es, que permitiera distanciar las funciones políticas y administrativas de la satisfacción de necesidades mediante una actividad esencialmente especializada o tecnificada: necesariamente industrial y comercial.

Fundamentos del régimen de contratación de las EICE en el ordenamiento jurídico colombiano

Con el advenimiento de la Carta Política de 1991 y las profundas reformas que este texto introdujo en la arquitectura estatal y jurídica colombiana (Corte Constitucional, 1994), en materia económica (Corredor, 1993) se produjeron una serie de circunstancias que motivaron que la intervención del Estado en esta materia mutase radicalmente: se desarticularon monopolios (Corte Constitucional, Sentencia C-1108, 2001) con el fin de garantizar la calidad a través de la libre competencia (Pizarro & Bejarano, 1994). Así, por ejemplo, en cuanto a la prestación de servicios públicos domiciliarios el artículo 365 de la Carta permitió que estos fueran suministrados por el Estado directa o indirectamente, y en este último caso, a través del sistema de libre competencia. De esta forma, el nuevo texto constitucional supuso un cambio en el

paradigma funcional que amparó la proliferación de las entidades industriales y comerciales del Estado surgidas a mediados del siglo XX. Esto, habida cuenta que, en virtud de la nueva norma fundamental, el Estado no sería prestador exclusivo y excluyente de determinados servicios (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2017) y las Empresas del Estado no ejercerían en mercados monopólicos (Lopez - Restrepo, 1994), sino que, por contrario, lo harían en un sector de competencia; y con ello, lo que fundamentó su existencia y régimen jurídico aplicable previo a 1991, resultaría insuficiente para justificar todo un sistema normativo diferente a las demás instituciones de derecho público en materias específicas, como la contratación.

Sobre la forma de entender el rol novedoso del Estado en el mercado económico se refirió la Corte Constitucional, para señalar que cuando se ocupa directamente el Estado de la actividad económica sobre la que se ejerce intervención, es de aquellas que se denomina intervención de gestión: *“La intervención del Estado en la economía puede ser de diferente tipo, sin que siempre pueda efectuarse una diferenciación clara entre las formas de intervención correspondientes. (...)”* (Corte Constitucional, 2003). Tal como se expuso, a raíz del viraje constitucional el Estado se permitió participar en la economía a través de intervención por vía de gestión (Corte Constitucional, Sala Plena, 1995), participando en las condiciones que participan los particulares, como agente industrial y comercial en mercados regulados monopólicos y mercados regulados no monopólicos (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 2003), caso para el cual, podría crear empresas especialmente dedicadas para tal fin, al amparo del artículo 209 de la Carta y de los artículos 150, 305 y 315 ibidem. Sobre la potestad industrial del Estado: *“El Estado en la gestión de servicios y empresas públicas no alcanza frecuentemente resultados económicos parciales, no porque ello sea imposible, sino más bien porque su actuación se liga a otras finalidades, prevalentes*

sobre las estrictamente mercantiles. (...)” (Villar Palasi, 1950)

En ese sentido, a la luz del ordenamiento descrito resulta justificado entender que el Estado moderno debe ejercer funciones de agente económico a través de sujetos especiales (Corte Constitucional, 2007) que comportan actividades heterogéneas que demandan del sujeto de derecho público participar como agente económico regulador (Corte Constitucional, 2020), agente económico de gestión o agente económico sancionador (Restrepo, 2022); y es como agente de gestión donde se soporta la creación de organismos especiales con competencia para realizar la gestión económica que se les encomienda (Corte Constitucional, 2003). De manera que, la intervención del Estado en la economía no solo se presenta con el fin que el sujeto de derecho público regule el mercado a través de la forma tradicional que representa el agente regulador, esto es, la expedición de normas legales y técnicas, estableciendo las condiciones de ejercicio que contempla el artículo 334 Constitucional, sino que también se proyecta con el fin de lograr la participación activa como agente de mercado para crear elementos propios de la dinámica del mercado, o sea, de agregación de oferta (Corte Constitucional, 2003). Así lo reconoce la Corte Constitucional al considerar el fin con el que se otorgaron prerrogativas a las EICE, fin que no es otro que el de resolver los vacíos que genera el mercado de forma eficaz (Corte Constitucional, 2000), tal como se expuso al abordar el estudio de Constitucionalidad del artículo 2° de la Ley 448 de 1998: *“En efecto, la razón primaria para que opere la escogencia de ciertas entidades estatales para el cumplimiento de alguna labor específica (...) radica, como se viene sosteniendo, en la atribución legal de una función administrativa estatal a una entidad que forma parte de la estructura del Estado, lo que en consonancia con la jurisprudencia de esta Corporación cumple con la posibilidad del Legislador (...) de conferir nuevas funciones y atribuciones a ciertos órganos estatales, pero siempre respetando la estructura*

del Estado prevista por el Constituyente” (Corte Constitucional, 1999)

Es con fundamento en esto último, la competencia, que el sector mayoritario de la doctrina autorizada (Benavides Russi, 2009) y la jurisprudencia del Consejo de Estado, en interpretación del Decreto 222 de 1983 y fundamentalmente, del criterio definitorio consignado en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, ha definido la competencia como el rasero definitivo para fundamentar el régimen jurídico de derecho privado que aplican las entidades públicas de naturaleza especial como lo es para el caso el de las EICE: *“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” (...)*” (Consejo de Estado, 2009)

Los contratos del Estado como instrumentos de gestión económica y administrativa

Tradicionalmente la doctrina se ha planteado múltiples cuestionamientos acerca de aspectos trascendentales en la contratación de la Administración, partiendo desde la justificación y la existencia del contrato de la Administración hasta la definición de situaciones específicas que lo influyen, como la aplicación de distintos regímenes jurídicos dependiendo de las entidades que lo celebren, los efectos de dichos regímenes en el contrato de la Administración y particularmente los que atañen las limitaciones, competencias y facultades que puede ejercer la administración con la intención de encausar el ejercicio de la actividad contractual en el

marco del Estado Social y Democrático de Derecho. Identificar la esencia del contrato administrativo, sus limitaciones, fundamentos y justificaciones no ha sido una discusión de poca monta (Ariño Ortiz, 2007), pues ha supuesto dificultades propias del acto bilateral que encarna en relación con el poder público que ejerce el Estado, de ahí que la contratación estatal se ha demarcado históricamente por las tensiones existentes entre los conceptos de poder público, poder político, administración y las denominadas teorías justificativas del concepto propio de derecho administrativo y del contrato estatal – como bien son los actos de gestión, o la teoría de les prerrogativé de puissance publique (Hauriou, 1900)

En ese sentido, entender el concepto del contrato del Estado o simplemente del contrato administrativo más allá de una noción eminentemente formal, implica comprender que la *“administración actúa en el mercado de bienes y servicios intercambiando prestaciones con los administrados y con empresas especializadas”* (García de Enterria, 2017), por lo que, pensar en el contrato administrativo como una institución jurídica aislada de los fines del Estado equivaldría desconocer la dimensión real y material del ejercicio de las funciones del Estado. Surge de ahí que la noción tradicional de contrato estatal se vea imbuida también en la dinámica del derecho público y constitucional, principalmente de los fines del Estado contenidos en los artículos 2 y siguientes de la Carta, por lo que se dota a este instrumento de elementos que permiten concebirlo como un insumo del desarrollo y promotor de la armónica interacción entre los agentes del mercado (García Rubio, 2011), el Estado y el derecho. Todas estas discusiones han venido de la mano de la evolución de nuestro derecho interno amén del reconocimiento que ha venido desarrollando el Consejo de Estado (Consejo de Estado, 2011).

Los artículos 333 y 334 de la Carta política Colombia delimitaron las finalidades de la intervención económica del Estado, con el objeto

de lograr la racionalización de los servicios, la mejor distribución, redistribución, provisión y utilización de los servicios públicos y privados y con ello, evitar los abusos del mercado, lo que en el marco del artículo 209 Constitucional se debe realizar necesariamente a través de los instrumentos jurídicos -de gestión administrativa- y políticos -artículo 150 Constitucional-. El contrato del Estado se ha consolidado como un instrumento más para la gestión de los intereses del Estado (Santofimio Gamboa, Compendio de Derecho Administrativo, 2017) y como tal, se vale de la integración de diversas normas de derecho que permitan la apropiación material de los principios que nutren la función administrativa, tales como los de eficacia, moralidad, transparencia, celeridad; gestión que realiza bien como agente económico, a través de la prestación directa del servicio que se le encarga o bien como agente regulador.

Así lo advierte la redacción del artículo 3° de la Ley 80 de 1993 cuando indica que los fines de la contratación pública son los mismos fines del Estado. Esto supone que el acto bilateral que celebre la administración, en esencia, debe perseguir la prestación de servicios públicos, pues conforme al artículo 2° y el artículo 365, la competencia en la prestación de estos (bajo una noción de servicio público entendida integralmente) es exclusiva del Estado, luego, pensar que el concepto de contrato estatal se desliga - como ocurre teóricamente con el concepto del acto administrativo- de los fines del Estado, tergiversa la noción finalista que persigue la posibilidad que la administración, a través de la descentralización por colaboración, participe de la gestión de los intereses generales (Dabin, 1955).

Así, el concepto de contrato administrativo (estatal) guarda una íntima relación con los fines del Estado y con ellos se materializa la prestación de servicios públicos (pues los fines del Estado son esencialmente enfocados a la prestación del servicio público), por lo que, en esencia, el contrato estatal se ha configurado como un instrumento del

cumplimiento de los fines públicos (Chavez Marin, 2012). De ahí que los contratos celebrados por esta categoría de entidades públicas sigan la lógica de un sistema de normas especiales en la medida que estas sirven como instrumento para el cumplimiento de sus propios cometidos, los industriales y comerciales de la entidad, y adicional, generan condiciones de garantía a los derechos de las personas y por contera, también la satisfacción de las obligaciones del sujeto de derecho público (Corte Constitucional, 2020).

No se puede perder de vista que, el ordenamiento constitucional ha reconocido en esa calidad dual en materia de economía pública -agente regulador y agente de mercado – un mecanismo de flexibilidad que permite que el Estado oriente la actividad contractual en procura del fin común, en armonía con la necesidad de establecer un orden social justo (Corte Constitucional, 2007), por medio de actividades de redistribución, estabilización y regulación: “la intervención gubernamental en la economía responde al cumplimiento de diversos objetivos previstos directamente en la Constitución (...)” (Corte Constitucional, 2007)

Ahora bien, es connatural al contrato que suscriben los sujetos de derecho público el cumplimiento de los fines del Estado pues de la estructura de la norma que los desarrolla se desprende que su propósito es satisfacer de manera directa intereses generales, esto es, proteger los derechos consagrados en la Constitución, luego, prima facie se puede afirmar que el contrato estatal que suscriben las entidades cuyo objeto es industrial y comercial en nada se diferencia del que suscriben las entidades públicas ordinarias. No obstante, el régimen especial del que gozan esta tipología de entidades ha sido jurisprudencialmente justificada desde la necesidad de dotarlos de mayor agilidad (Corte Constitucional, 2007) y no desde la comprensión constitucional que implica entender que la participación del Estado en actividades económicas también satisface los fines del Estado al permitir resolver, corregir o remediar falencias propias de mercado económico (Corte

Constitucional, 2013) y en ese sentido, “*conciliar los intereses privados presentes en la actividad empresarial, con el interés general involucrado en el buen funcionamiento de los mercados para lograr la satisfacción de las necesidades de toda la población en condiciones de equidad*” (Corte Constitucional, 2012).

De ahí que algún sector de la doctrina se plantea (Vasquez Santamaria, 2018) la necesidad de reformular las políticas públicas en materia de contratación estatal, ante la rampante ineficacia -y las naturales críticas de la función desarrollada por el contrato estatal o por los contratistas del Estado- ya que se ha desdibujado su finalidad, esto es, lograr su mayor eficacia para examinar el instrumento, vehículo o mecanismo a través del cual se materializa, es decir las formas que sigue su ejecución tal como lo planteo la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 (Corte Constitucional, 2012). En definitiva, aunque el contrato del Estado ha sido definido por Expósito Vélez, y otros autores, como el vehículo idóneo del que se sirve la Administración para el cumplimiento de las finalidades impuestas al Estado, como cualquier otro medio de acción (u ejercicio de derechos y deberes), cabría preguntarse si es suficiente concentrar la acción de la administración bajo la prisma de lo formal o si debe reformularse el contrato estatal para dotarlos de mayores elementos de eficacia que permitan el mayor cumplimiento de los fines que teóricamente le son atribuidos.

Fundamento constitucional del régimen jurídico especial en materia contractual de las EICE

Sea lo primero precisar que conforme la vasta jurisprudencia constitucional, el ordenamiento jurídico colombiano privilegia la aplicación de principios de forma superlativa a las reglas. Así lo dejó saber de forma pretérita la Corte Constitucional al expresar que los principios son una “...pauta de interpretación ineludible...” (Corte Constitucional,

1992) en la medida que, al estar dotados de fuerza propia, otorgan sentido y razón de ser al ordenamiento jurídico. En ese sentido, no se puede obviar la naturaleza del contrato estatal como un instrumento de gestión pública (Santofimio Gamboa, 2017) también se ve subordinado a la jerarquía constitucional (Matallana Camacho, 2018), al punto que autores en la materia han concebido las normas de contratación pública como normas de carácter principialistas (Davila Vinueza, 2003), en la medida que orientan la labor del operador hacia el cumplimiento de los fines del Estado.

Ahora, si bien son reiterativos también los pronunciamientos que en la materia han realizado las autoridades jurisdiccionales (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2018, 2018), en los que se indica que a pesar del régimen jurídico, toda entidad pública estaba en la obligación de aplicar los principios consagrados en el artículo 209 de la Carta Política, con lo que subordinó el régimen jurídico de derecho privado de este tipo de entidades, al derecho público. Por cuestionable que parezca, el régimen normativo de este tipo de entidades como señala Montaña Plata, es en perjuicio de su autonomía normativa -para confeccionar sus normas de contratación- cada vez más imbuido al derecho público (Montaña Plata, Las actividades industriales y comerciales del Estado: un régimen jurídico de excepción que no responde a su naturaleza jurídica, 2023). Lo anterior, en razón a que existe el deber de observar los principios que el legislador confeccionó, amén que así fue dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007-. lo cierto es que dicha disposición nada se refirió acerca de los consagrados en la Ley 80 de 1993 y en ese sentido, para resolver el interrogante bien podría tomarse como norma de aplicación preponderante la prevista en el Manual de Contratación de cada entidad, siempre que esta no contraríe directa o indirectamente un principio de la función pública prevista en el artículo 209 Constitucional o de la gestión fiscal del artículo 267 Constitucional.

Para abordar la cuestión es imperativo recordar que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 establece

que las entidades a las cuales no les aplique el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deberán aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal a los que aluden los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, entre ellos, los de economía, moralidad, igualdad, e imparcialidad, así como el de eficacia. En ese sentido, es claro que como ha señalado la jurisprudencia, aun cuando las entidades destinatarias del artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 cuenten con sus respectivos manuales de contratación, dichos manuales no pueden entenderse absolutos, sino que deben apegarse al régimen de la función fiscal y la función administrativa: “...en la contratación de las entidades excluidas de la Ley 80 se distinguen perfectamente dos ordenamientos jurídicos: uno prevalente, el derecho privado, que aporta todas sus instituciones, reglas y principios y las pone al servicio de los contratos de dichas entidades; y otro, secundario, referido a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal —(...)—, que inspiran al régimen anterior con valores propios del derecho público.” (Consejo de Estado, 2016)

Si bien es cierto, en el decálogo de principios aplicable a las entidades exceptuadas de la Ley 80 de 1993 no se encuentran el principio de selección objetiva y el de transparencia, lo cierto es que dado su carácter unívoco cuentan con un núcleo rígido que les aproximan a los principios de moralidad, eficiencia e imparcialidad, que permiten que, de forma indirecta, repercutan en las actividades contractuales de esta categoría de entidades. Y así, es posible que el manual de contratación de una entidad no contemple estudios previos y se podría contratar aun cuando dicha etapa, instrumento o mecanismo no se encuentre expresamente previsto (Colombia Compra Eficiente, 2023), siempre que se garanticen los mencionados principios. Cómo bien dispuso el legislador en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, a las entidades con régimen especial les resultan aplicables los principios que gobiernan los actos de la administración pública previstos en la Constitución, la Ley 489 de 1998 y los de la Ley 80 de 1993:

1. A pesar que la Ley lo contempla expresamente, luego la respuesta podría ser fundamentada exclusivamente bajo el principio de legalidad, taxatividad o bajo el contexto de una interpretación literal habida cuenta que el artículo citado dispone expresamente que estos se regirán por los principios del artículo 209, 267 y las inhabilidades e incompatibilidades previstos por el ECAP, lo cierto es que la respuesta va más allá de la simple expresión literal del legislador.

2. Tal como lo ha expresado la jurisprudencia, el régimen normativo de un contrato (bien sea público o de derecho privado) no altera su condición de ser contrato estatal ni mucho menos el deber indiscutible de acatamiento que tiene la entidad que lo aplica, respecto de los principios, normas y contenidos reglados dispuestos en la Constitución o la Ley que les sean aplicables en su condición de sujetos del derecho público pues en esencia, su régimen jurídico en materia contractual o inclusive laboral, no altera per se su condición de entidad pública, tal como lo reconoció la jurisprudencia del Consejo de Estado al identificar la diferenciación entre contratos estatales propiamente dichos y contratos estatales con régimen especial (Consejo de Estado, 1998)

3. La jurisprudencia del Consejo de Estado desde 1998 señala que el régimen jurídico en nada altera la condición de entidad pública y en ese sentido, no altera el deber de cumplimiento de los principios constitucionales en virtud de lo normado en el artículo 2° de la Carta misma. Sobre esto mismo se puede destacar lo señalado por el Consejo de Estado: “aquellos contratos que celebren las entidades de derecho público cuyo régimen jurídico aplicable son las normas de derecho privado, las partes actúan en una relación de igualdad, no obstante que estos negocios jurídicos detentan la naturaleza de contratos estatales. (...)” (Consejo de Estado, 2020). Así pues, aun cuando su régimen sea de derecho privado no dejan de ser entidades públicas, luego deben atender las condiciones propias de las entidades públicas y

entre ellas, la garantía del ordenamiento superior y de los principios de igualdad, moralidad y eficacia.

4. El procedimiento contractual, tal como lo indica el profesor Santofimio Gamboa, es un procedimiento administrativo especial que se encuentra enmarcado dentro de las funciones administrativas que desarrolla el Estado, de ahí que de no resultar aplicable la Ley 80 de 1993 en cuanto a principios o régimen de inhabilidades, lo más plausible sería pensar que igualmente como función administrativa (Montaña Plata, Fundamentos de Derecho administrativo, 2006) tendría que subordinarse a los principios que le aplican a esta que están contenidos entre otras disposiciones en la

Ley 1437 de 2011, la Ley 1952 de 2019 y no podríamos olvidar la muy valiosa Ley 190 de 1995 y la Ley 1474 de 2011. El contrato estatal, independientemente del régimen con el que se celebre, es un instrumento propio de la función administrativa ya que el legislador lo describió cómo un instrumento de ejecución de recursos y de distribución de necesidades sometido al cumplimiento de los principios normativos del Estado (Matallana Camacho, 2018) tales como el de eficacia, eficiencia y satisfacción general (Exposito Velez J. C., 2003) principios que igualmente fueron consagrados en el artículo 3° de la Ley 80 de 1993. Por ende, aun cuando se trata de entidades a las que no resultara aplicable ninguna de las disposiciones consagradas en la Ley 80 de 1993, el marco normativo ius publicista se ha motivado cada vez más en desarrollar los principios, entre ellos el de igualdad e imparcialidad que se desarrollan con un régimen de inhabilidades rígido, que permitan que el acceso a los empleos (contratos) públicos se produzca en condiciones de igualdad, tal como denota los derechos, fines y reglas contenidas entre otros, en los artículos 13, 38 y 127 Constitucional. Así pues, es claro que la disposición del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 resulta ser, la más de las veces, complementaria a las demás disposiciones con mayor jerarquía normativa que abordan la aplicación de principios, normas y valores constitucionales

similares a las conceptualizadas en la Ley 80 de 1993.

5. El contrato estatal, como función típicamente administrativa (Rodríguez, 2021) tiene como objeto satisfacer el interés general y es por ello que su deontología impone que deba ser restringido, limitado, en esencia, al criterio finalista que define a la administración pública (Santofimio Gamboa, 2017) y sus actos, y es con ocasión de estas limitaciones que el ordenamiento jurídico impone el deber de garantizar, asegurar y en todo caso, gestionar de forma adecuada el cumplimiento del objeto del contrato como mecanismo para la plena satisfacción de los fines públicos. De manera que, como se dijo anteriormente, el concepto de estatal que se le otorga al contrato -aun cuando sea el celebrado por una entidad con régimen especial – es lo que hará siempre extensivo el cuerpo normativo que protege los fines esenciales del Estado o el interés común, por lo que desde la gnoseología del contrato de derecho público resultará siempre regido por las normas que protejan los recursos públicos y los bienes públicos, no obstante, esto no define esencialmente su régimen jurídico ni su razón de ser (Jojoa Bolaños, 2024).

En Colombia, las EICE son concebidas para desempeñar un papel crucial en la economía, pues representan un mecanismo mediante el cual el Estado interviene en el mercado (Corte Constitucional, 2010). Esta intervención se realiza ofreciendo bienes y servicios, operando bajo un modelo empresarial y con el objetivo primordial de generar utilidades, e intervenir de forma directa en la agregación de oferta que contribuya a corregir las fallas del sistema económico (Corte Constitucional, 2013). Esta particularidad de actuar como agentes del mercado es la piedra angular para entender la razón por la cual su régimen de contratación no puede ser idéntico al de otras entidades estatales que se enfocan exclusivamente en el cumplimiento de los fines públicos tradicionales.

La dualidad de roles: ánimo de lucro y fines estatales

La figura de las EICE visibiliza una interesante concepción donde el aparato estatal interviene directamente en la economía para cumplir con ciertos fines superiores. Sin embargo, esta participación activa en el mercado trae consigo una dualidad que es paradigmática y controversial, al punto de ser vista por parte de la doctrina como un "oxímoron" jurídico al conciliar nociones supuestamente antagónicas: las finalidades estatales y las empresariales. Cuando el Estado participa en el mercado a través de las EICE, su actuación no puede apartarse de los fines constitucionales, buscando el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la distribución equitativa de oportunidades. Sin embargo, la lógica de un sujeto activo dentro del mercado implica por regla general una finalidad de lucro. Esta confluencia entre la visión empresarial con ánimo de lucro y los objetivos enmarcados en el cumplimiento de los mandatos superiores del Estado, y la correspondiente ejecución de recursos públicos, exige necesariamente una regulación especial.

El Estado comerciante no está llamado a participar en el mercado para incurrir en pérdidas. Por el contrario, su existencia y operación están justificadas en la necesidad de obtener lucro para impulsar los fines esenciales a su cargo. Debe producir mayores ganancias que le permitan alcanzar, de manera progresiva, los objetivos del Estado Social de Derecho. Por lo tanto, su régimen de compras públicas debe permitir la competencia en situación de igualdad con los demás agentes del mercado, reflejándose en mecanismos menos agravados de adquisición de bienes y servicios que los planteados en el Estatuto General de Contratación.

El marco normativo creado por la Ley 80 de 1993 está concebido para la actuación pública estatal propiamente dicha que no considera el ánimo de lucro ni la situación de competencia, pues su esencia es cumplir funciones sociales del Estado que se traducen en la satisfacción del bien común a través de los principios de transparencia, igualdad, concurrencia, legalidad, eficacia, moralidad, etc. Por

ello, aplicar las reglas ordinarias de contratación a las EICE genera una dificultad evidente, ya que su inserción en el mercado como proveedor de bienes o servicios requiere operar con la velocidad y eficiencia del sector privado, en igualdad de condiciones de los demás agentes económicos, so pena de tornarse incompetente su participación bajo las reglas del mercado. De esta manera, para que las EICE puedan actuar en actividades de generación económica (competir en el mercado económico), se requiere un régimen flexibilizado de contratación. Este régimen exceptuado, en aplicación de la Ley 1150 de 2007, implica amplias facultades de configuración normativa para los órganos de dirección, usualmente mediante manuales de contratación. La razón de ser de esta flexibilización es posibilitar la asimilación al Derecho Privado y así garantizar las condiciones óptimas de participación económica.

El régimen especial de contratación se justifica porque las EICE desarrollan de forma directa el artículo 334 Constitucional en la medida que crean, las más de las veces, condiciones de mercado que permitan generar inflexiones y fluctuaciones económicas y a través de estas, el Estado ejerce de manera indirecta un control de la economía privada y pública a través de la estabilización de precios, la redistribución de bienes y servicios y la generación de valor agregado, contribuyendo indiscutiblemente al mejoramiento de la calidad de vida de las personas (Corte Constitucional, C-992, 2006), lo que se alinea sin duda alguna con los fines del Estado. En relación con el carácter económico que el legislador dotó a las EICE (Corte Constitucional, C-691, 2007) y dadas las competencias con que el constituyente les facultó para intervenir en la economía en procura de los fines del Estado (Corte Constitucional, 2010) mediante instrumentos de gestión económica -como la creación de empresas públicas-, es claro que la existencia de prerrogativas exorbitantes, la igualdad de procedimientos contractuales y administrativos de estas con las demás entidades públicas, resultan desnaturalizar las potestades de gestión –entendiendo como poder especial otorgado a estas – con las que se nutre el régimen económico del Estado Colombiano.

La incursión en condiciones de igualdad en el mercado implica la aplicación del derecho privado para asegurar su operatividad. La actuación en el mercado demanda de actos comerciales inmediatos y periódicos para mantener la operación diaria y la eficiencia industrial que genere la satisfacción del cliente, y por tanto, la ausencia de un marco de regulación normativa concreta en cuanto a los parámetros aplicables a los manuales se explica en parte por la naturaleza disímil y variada de las actividades industriales y comerciales que desarrollan las distintas EICE. Mantener a las EICE bajo el régimen ordinario de las entidades públicas en aspectos no esenciales para su naturaleza, genera costos y rigideces que las sitúan en una posición de desigualdad que impiden su rol de agentes económicos directos.

Algunos de los aspectos en los que se ven reflejadas tales desventajas son los siguientes:

Cargas tributarias y sobre costos: Las EICE, al ser entidades estatales (mencionadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993), están sujetas al cobro de tributos como la Estampilla Pro Universidad Nacional a sus contratistas de obra. Aunque el Consejo de Estado ha reconocido que este tipo de imposiciones no implica una vulneración per se del principio de libre competencia, sí genera un mayor valor de los contratos. Estos sobre costos finalmente son trasladados a la entidad, encareciendo la operación y entrando en colisión directa con la idea de participar en el mercado en condiciones de igualdad.

Régimen laboral y costos de nómina: El régimen laboral de las EICE establece que sus empleados son trabajadores oficiales (salvo los de dirección y confianza). El estatuto laboral de los trabajadores oficiales es más garantista en materia prestacional (por ejemplo, en primas) que la legislación laboral ordinaria del sector privado. La consecuencia económica directa es que una EICE tendrá, por lógica, una nómina más costosa que un

competidor del sector privado, lo que representa una desigualdad sustancial en el desempeño de actividades comerciales e industriales.

Limitaciones por leyes de garantías electorales: Para una empresa que es agente del mercado, la necesidad de compras públicas es continua y permanente. Sin embargo, la aplicación de la Ley de garantías electorales a todas las entidades de la Rama Ejecutiva (incluyendo las EICE) restringe la contratación directa y la modificación de la nómina en diferentes épocas. Esta restricción altera los procedimientos habituales de compras, lo que representa otra desventaja frente a sus competidores privados, quienes pueden ejecutar sus procedimientos de selección de manera continua.

Costos de control y gestión administrativa: En su calidad de entidad estatal, las EICE están sujetas a Control Fiscal (Contraloría, Contaduría) y deben contar con un sistema de control interno. Esto exige contar con un equipo jurídico y contable más robusto y una planta de personal más compleja que la de una empresa privada, implicando mayores erogaciones presupuestales para cumplir con los requerimientos del Derecho Público.

Incremento de cargas procedimentales: Dado el carácter de entidades públicas conforme lo previsto en la Ley 489 de 1998, conservar un régimen jurídico diferente del especial con el que fueron dotadas confluiría en condiciones contractuales que ralentizarían los procesos de contratación, tales como la asunción de tiempos, etapas y condiciones para la adquisición de bienes, que impediría la posibilidad de gestionar la pronta generación de recursos y la intervención económica. En definitiva, esta serie de cargas (tributarias, laborales, administrativas y temporales) representan serias barreras que impiden la igualdad real de armas en competencia. El régimen exceptuado es una respuesta a esta realidad económica, buscando mitigar estas desventajas. Ahora bien, en el ámbito internacional, la necesidad de un régimen especial se ve reforzada por las

directrices de los organismos transnacionales en materia de gobierno corporativo y comercio. La doctrina internacional propone una "igualdad de armas" entre el agente estatal y la empresa privada, rechazando cualquier disparidad o arbitrariedad que afecte las reglas del libre mercado.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) recomienda que, aunque no niega la existencia de estas empresas, se debe flexibilizar su normatividad y asimilar su régimen a la legislación mercantil, facilitando la supervisión y evitando cualquier tipo de disparidad con los demás agentes del mercado. Por su parte, la Organización Mundial del Comercio (OMC) enfatiza la aplicación del principio de no discriminación. Su preocupación se centra en que la naturaleza pública del agente no le permita obtener privilegios en el marco de competencia, especialmente en el régimen de exportaciones e importaciones. El régimen exceptuado de contratación de las EICE es una herramienta económica diseñada para equilibrar la balanza entre la gestión de recursos públicos (que exige un estricto control) y la necesidad de actuar con la eficiencia y agilidad propias del sector privado en competencia. Sin este régimen especial, que permite regirse por normas especiales, se pudiere afirmar modulaciones del derecho privado y del derecho público, las EICE no tendrían la gobernabilidad ni la eficiencia requerida para competir y cumplir con su objetivo de generar utilidades y dinamizar la economía. El régimen especial de las EICE actúa como un mecanismo de ajuste de cuentas: si el Estado, a través de sus EICE, debe competir en el mercado, debe tener la capacidad de moverse con la misma libertad y rapidez que sus contrapartes privadas, evitando que las cargas administrativas y económicas inherentes a su naturaleza pública frustren su función empresarial. De lo contrario, se malgastaría la inversión pública sin alcanzar la eficiencia y la rentabilidad necesarias.

Conclusiones

La definición del régimen de contratación de esta tipología de entidades no es un estudio definitorio de realizar en la medida que, como el ejercicio de la función administrativa, depende en gran medida del ordenamiento jurídico y de la voluntad del legislador, de ahí que comprender la naturaleza, las características, los propósitos y sobre todo los fundamentos de este tipo de decisiones las más de las veces escapa de los instrumentos documentales que fueron objeto de estudio. No obstante, debido a la vasta cantidad de información que existe en la materia es posible abordar la investigación desde las diversas aristas que comprende la definición de un régimen jurídico diferente al de las entidades de gobierno, esto es, las que desarrollan el ejercicio de una función diferente de la industrial y comercial que ejercen este tipo de entidades. Los fundamentos de la creación de las empresas industriales y comerciales son, en el ordenamiento jurídico colombiano previo a la Constitución de 1991 una materia difusa, habida cuenta que las normas que las crean en el sistema jurídico Colombiano no advierte razón unívoca que permita inferir cual fue la intención de integrarlas al esquema de administración pública, amén de los criterios orgánico y funcional que se vio. El régimen contractual de las EICE, como instrumento de gestión económica, no se subordina esencialmente ni al derecho público o privado, es un régimen estatutario en virtud de la fundamentación constitucional, pues los objetivos que amparan la actividad industrial y comercial del Estado desarrollan la función redistributiva y de fomento atribuidas al régimen económico Constitucional.

A la fecha, el Consejo de Estado no se ha ocupado de definir las tensiones entre las actividades económicas del Estado, la función administrativa y el régimen económico de la constitución como fundamento de existencia de un sistema normativo particular o especial que les aplique a las EICE, por lo que el soporte jurisprudencial es precario en este sentido, ya que se ha limitado a justificar la aplicación del derecho privado como fuente normativa de los contratos celebrados por las EICE

a partir de la definición contenida desde el Decreto 222 de 1983 en razón de la actividad industrial y comercial, sin ahondar en el estudio respecto de su necesidad, su justificación o su finalidad. La generación de condiciones de mercado y de gestión económica del Estado son fines constitucionales y administrativos, en la medida que a través de los resultados que arrojan los actos económicos (industriales, comerciales y de gestión económica) del Estado, las entidades públicas cumplen con sus fines esenciales, tales como suministrar bienestar a las personas. Es en este punto en el que la actividad de las EICE cumple con las funciones redistributiva, estabilizadora y distributiva que corresponde al Estado en cuanto a la provisión de bienes y servicios en procura de remediar las desigualdades del mercado. Esta postura no ha sido desarrollada aún por la jurisprudencia del Consejo de Estado pues en estricto sentido, la existencia de un sistema normativo particular en materia contractual de las EICE se justifica esencialmente en la competencia de mercado, no obstante, dicha justificación aún aislada y por demás, pre constitucional, debe afianzarse estrictamente en los fines constitucionales del Estado, entre ellos, el de generación económica.

Referencias

- Ariño Ortiz, G. (2007). El enigma del contrato administrativo. *Revista de Administración pública*, 79-102.
- Benavides Russi, J. (2009). El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado. Bogotá: Externado.
- Bercaitz, M. A. (1980). *Teoría General del contrato administrativo*. Buenos Aires: Depalma.
- Chavez Marin, A. (2012). *Los convenios de la administración*. Entre la gestión pública y la gestión contractual. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Chevalier, J. (2015). *El Estado de Derecho*. Bogotá: Externado.
- Colombia Compra Eficiente, Concepto C-335 (Colombia Compra Eficiente 2023).
- Congreso. (28 de octubre de 1993). Congreso de la República. *Ley 80*. Bogotá, Colombia: Gaceta del Congreso.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, *Sección Tercera*, 377-CE-SEC3-1971-10-14-N1273, 14 de octubre de 1971).
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil (04 de Abril de 1974).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. *Sección Primera*. Rad. 2753. MP. Alfonso Arango Henao 25 de Junio de 1980).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, *Sección Tercera*. CE-SEC3-EXP1998-N14202. 20 de Agosto de 1998).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, *Sección Tercera* 25000-23-26-000-2001-01219-01 (24639). 23 de Septiembre de 2009).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, *Sección Tercera*. 25000-23-26-000-1994-00494- 01 (15476). 28 de Septiembre de 2011).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. *Sección Tercera*. 45607. 24 de Octubre de 2016).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, *Sección Cuarta*. 50001-23-31-000-2011-00160-01 (24639) 21 de Mayo de 2020).
- Consejo de Estado, Sala Contencioso

- Administrativo, 25000-23- 26-000-1990-6904-01 (12342). 19 de agosto de 2004).
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 867. 04 de abril de 1974).
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1488. 29 de mayo de 2003).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CE-SEC3-EXP1980-N2654 06 de marzo de 1980).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta 17001-23-31-000-2012-00191- 01(20564). 12 de octubre de 2017).
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Anales del Consejo de Estado, 2 semestre, tomo LXXXIX, números 447-448, p.489. 12 de noviembre de 1975).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, 2018, 08001-23-31-000-2010- 00177-01 (56091) 18 de julio de 2018).
- Corredor, C. (1993). *La estrategia de modernización del Estado en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional.
- Corte Constitucional, T-406 de 1992 (Corte Constitucional 05 de Junio de 1992).
- Corte Constitucional, C-265 de 1994 (Corte Constitucional 02 de Junio de 1994).
- Corte Constitucional, Sentencia C-783 de 1999 (Corte Constitucional 13 de octubre de 1999).
- Corte Constitucional, Sentencia C-1262 (Corte Constitucional 20 de septiembre de 2000).
- Corte Constitucional, C-150 de 2003 (Corte Constitucional 25 de Febrero de 2003).
- Corte Constitucional, C-150 (Corte Constitucional 25 de febrero de 2003).
- Corte Constitucional, C-736 de 2007 (Corte Constitucional 19 de Septiembre de 2007).
- Corte Constitucional, Sentencia C-692 (Corte Constitucional 05 de septiembre de 2007).
- Corte Constitucional, Sentencia C-722 (Corte Constitucional 12 de septiembre de 2007).
- Corte Constitucional, C-228 (Corte Constitucional 24 de marzo de 2010).
- Corte Constitucional, Sentencia C-197 (Corte Constitucional 14 de marzo de 2012).
- Corte Constitucional, Sentencia C-300 (Corte Constitucional 25 de abril de 2012).
- Corte Constitucional, Sentencia C-263 (Corte Constitucional 08 de mayo de 2013).
- Corte Constitucional, Sentencia C-331 (Corte Constitucional 20 de agosto de 2020).
- Corte Constitucional, Sentencia C-293 (Corte Constitucional 05 de agosto de 2020).
- Corte Constitucional, C-691, C-691 (Corte Constitucional, 5 de septiembre de 2007).
- Corte Constitucional, C-992, C-992 (Corte Constitucional 29 de noviembre de 2006).
- Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-398 (Corte Constitucional 07 de septiembre de 1995).
- Corte Constitucional, Sentencia C-1108, C-1108 (Corte Constitucional 24 de octubre de 2001).
- Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de

- Justicia, Sala Plena Inexequibilidad Decreto 3130 13 de Diciembre de 1972).
- Corte Suprema de Justicia, Salvamento, Sentencia diciembre de 1972
- (Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional 13 de diciembre de 1972).
- Currie, L. (1952). *Informe tecnico Banco Mundial*. San Jose: Banco Mundial.
- Dabin, J. (1955). La teoria de la causa. *Revista de Derecho Privado*, 17-48.
- Davila Vinueza, L. (2003). *Regimen juridico de la contratacion Estatal*. Bogota: Legis.
- Dromi, J. R. (2002). *La licitacion publica*. Buenos Aires: Astrea.
- Escola, H. J. (1977). *Tratado Integral de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Depalma.
- Exposito Velez, J. (2023). El régimen contractual de las empresas del Estado: especial mencion a los principios economicos de libertad de empresa e igualdad en cuanto a su rol en el mercado. En Santaella Quintero, H. *Balance y desafios del Estado regulador, supervisor, promotor y empresario* (págs. 245-292). Bogota: Externado.
- Exposito Velez, J. C. (2003). *La configuración del contrato de la Administracion Pública en el derecho colombiano y español. Analisis de la selección de contratistas*. Bogotá: Externado.
- Garcia de Enterria, E. (1955). La actividad industrial y mercantil de los municipios. *I Congreso Iberoamericano de Municipios*, (págs. 87-138). Madrid.
- Garcia de Enterria, E. (2017). *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas - Thomson Reuters.
- Garcia Rubio, F. (2011). *Estudio sobre empresas publicas*. Madrid: Dykinson.
- Geny, F. (2000). *Metodo de interpretacion y fuentes del derecho civil*. Granada: Comares.
- Greiffenhagen, M. & Greiffenhagen, S. (2002). *Handwörterbuch zur politischen Kultur der Bundesrepublik Deutschland*. Darmstadt: Westdeutscher Verlag.
- Hauriou, M. (1900). *Precis de Droit Administratif et de Droit Public General. A Lausage des etudiants en licence et en doctorat es sciences politiques*. Paris: Libraire de la societe du requeil general des lois & des arrêts.
- Henao Hidron, J. (1971). *Panorama del Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Temis.
- Jeze, G. (2011). *Les principes generaux du droit administratif T.III*. Paris: Dalloz.
- Jojoa Bolaños, A. (2024). *Los regimenes exceptuados en los contratos estatales*. Bogota: Ibañez.
- Keynes, J. M. (1998). *The general theory of the Employment, Interest and money*. Madrid: Ediciones Acosta.
- Lopez - Restrepo, A. (1994). *El cambio de modelo de desarrollo de la economia colombiana*. Analisis Politico, 1-40.
- Matallana Camacho, E. (2018). *Manual de contratación de la administración pública*. Bogotá: Externado.
- Mayer, O. (1895). *Deutsches Verwaltungsrecht T. I*. Leipzig.
- Monedero Gil, J. (1976). *La doctrina del contrato del Estado*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

- Montaña Plata, A. (2006). *Fundamentos de derecho administrativo*. Bogota: Externado de Colombia.
- Montaña Plata, A. (2023). Las actividades industriales y comerciales del Estado: un regimen juridico de excepcion que no responde a su naturaleza juridica. En Santaella Quintero, H. *Balance y desafios del Estado regulador, supervisor, promotor y empresario* (págs. 21-51). Bogota: Externado.
- Ospina Garzon, A. (2009). *De la jurisdiccion administrativa a la jurisdiccion de lo contencioso administrativo, ¿un viaje de ida y vuelta? T.5*. Bogota: Externado.
- Perelman, Chaim; Olbrechts-Tyteca, L. (1971). *The new rhetoric*. Indiana, US: University of Notre Dame.
- Pizarro, E., & Bejarano, A. M. (1994). Colombia. Neoliberalismo moderado y liberalismo socialdemocrata. *Nueva Sociedad*, 12-19.
- Restrepo, J. (2022). *Hacienda Publica*. Bogota: Externado.
- Rincon Cordoba, J. (2004). *Las Generaciones de los derechos fundamentales y la accion de la administracion publica*. Bogota: Externado.
- Rodriguez, L. (2021). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogota: Temis.
- Santofimio Gamboa, J. (2017). *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Externado.
- Schmidt Assmann, E. (2021). *La dogmatica del derecho administrativo*. Madrid: Global Law Press.
- Vandelli, L. (2020). *El poder local: su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*. Bogota: Temis.
- Vasquez Santamaria, J. (2018). Algunos problemas "publicos" de la contratacion estatal en Colombia como componentes del enfoque de ciclo para la formulacion de una politica publica. *Revista Prolegomenos Derechos y Valores*, 79-98.
- Villar Palasi, J. (1950). La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo. *Revista de administracion publica*, 53-130.