

Una mirada histórico – crítica al régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del estado: a propósito de las necesidades de la administración pública frente a la apertura económica y la globalización

Legal and administrative Modulations the general social security system in health Colombia December 1993 to February 2011

Santiago Escalante Gómez*

*Abogado y candidato a magíster en derecho de la Universidad de Medellín. Correo electrónico: sescalante@udem.edu.co

Recibido: 29 de noviembre de 2012

| Aprobado: 9 de diciembre de 2012

“Adoptar nuevos modelos de organización implica transformar los diferentes procesos de funcionamiento de dichas instituciones y obligarlas a adaptar sus estructuras jurídicas a las nuevas necesidades económicas y políticas globales” (Restrepo, Escobar, Rincón, & Rodríguez, 2010)”

Resumen

Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado fueron creadas en la Reforma Constitucional de 1968, que las concibió como organismos que desarrollarían actividades de naturaleza industrial o comercial. En tal sentido, se les asignó un régimen contractual especial propio del derecho privado. No obstante lo anterior, y como consecuencia de los cambios que en materia de contratación pública se han producido en nuestra legislación, actualmente estas entidades cuentan con un régimen contractual mixto que, consideramos, dificulta la realización efectiva y eficaz del objeto social para el cual estas fueron creadas, más aún hoy, cuando nos encontramos en un mundo globalizado que requiere del Estado la asunción de políticas antiformalistas que permitan alcanzar plenamente los fines para los cuales éste está instituido.

Palabras Claves

Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Reforma Constitucional de 1968, Régimen Contractual, Derecho Privado, Contratación Pública, Estatuto Único de Contratación, Estado Intervencionista, Globalización.

Abstract

The Industrial and Commercial State enterprises were created in the constitutional reform of 1968, which was conceived as organizations that develop industrial or commercial activities. In this sense, they are assigned a special contractual arrangements in private law.

Nevertheless, as a result of changes in government procurement have occurred in our legislation, currently these entities have mixed contractual arrangements, we believe, makes the effective and efficient corporate purpose for which these were created, especially today, when we are in a globalized world that requires the state taking anti-formalist policies that achieve the purposes for which it is instituted.

Keywords

Industrial and Commercial State enterprises, Constitutional Reform of 1968, Contractual Arrangements, Private Law, Public Procurement, Procurement single status, interventionist state, Globalization.

Introducción

El presente artículo constituye el primer avance del proyecto de investigación denominado "Diagnóstico de la relación entre el Régimen Contractual y el cumplimiento del objeto social de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en Colombia", que se ejecuta en el marco de la Maestría en Derecho de la Universidad de Medellín. En consecuencia, lo que aquí se pretende desarrollar es el primer objetivo del citado proyecto, que consiste en identificar las características relevantes del Régimen Contractual vigente en Colombia para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de esta manera poder realizar las observaciones y críticas respectivas a dicho régimen.

Lo anterior sólo es posible lograrlo si se tienen en cuenta las variaciones que en la materia se han producido a lo largo de la historia de estas entidades, desde su creación en 1968 hasta la actualidad. Por ello es que en primer lugar nos ocuparemos de describir cada uno de los regímenes al que estuvieron sometidas las Empresa Industriales y Comerciales del Estado, de conformidad con la legislación que estuvo vigente en materia contractual en diferentes momentos históricos (I)

Por otra parte, y en segundo lugar, esbozaremos

unas cortas consideraciones sobre lo que estimamos, debería empezar a tenerse en cuenta por parte de los gobiernos y el órgano legislativo a la hora de contemplar una posible reforma al actual "Estatuto" de contratación pública, para que efectivamente se puedan lograr los propósitos para los cuales estas entidades fueron creadas (II). Estas consideraciones se fundamentan en los notables cambios que se han surtido en el mundo occidental como resultado de la globalización y la apertura económica, y que también, inevitablemente, han permeado las estructuras jurídicas y administrativas del Estado.

Así las cosas, hay que tener en cuenta que el Estado fue concebido para cumplir los fines que constitucionalmente tiene previstos, pues al fin y al cabo están de por medio temas como la educación, la salud, la seguridad, y en general los servicios públicos esenciales y no esenciales (Younes, 2004).

Sin embargo, el cómo lograrlo tiene distintas respuestas, dependiendo de cuál sea la entidad que deba asumirlos, puesto que se han previsto diferentes regímenes contractuales, unos con carácter general y otros con carácter especial.

Así por ejemplo, el denominado Estatuto General de Contratación de la administración pública (Ley 80 de 1993, 1993), en realidad terminará siendo apenas un "Estatuto" General de contratación de las instituciones que el mismo denomina "entidades estatales", de conformidad con el listado taxativo que su artículo 2 efectúa:

Para los solos efectos de esta Ley:

I. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, **las empresas industriales y comerciales del Estado**, las sociedades de economía mixta en las

que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

Esta primera advertencia hace forzosas dos (2) consideraciones especiales: la primera, consistente en que para ser destinatario de la ley 80 de 1993, es indispensable tener el carácter de entidad estatal (Rico, 2009) y, la segunda, según la cual, quien no esté incorporado como tal, goza de un régimen especial, dada su particular naturaleza, función o finalidad.

Cabe señalar entonces que, entre las entidades que se enlistan por el citado artículo 2 (Ley 80 de 1993, 1993), están las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las sociedades

de economía mixta en las que aquél tenga más del 50%, siendo ésta, en ese tipo de sociedades, la condición sine qua non para que su régimen negocial sea el de la ley 80 de 1993, pues de lo contrario, según se dice frecuentemente, la contratación deberá efectuarse conforme a las normas del derecho privado.

Así las cosas, se podría afirmar, en principio, que el régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado es el propio de la ley 80 de 1993 citada, es decir, el correspondiente al derecho público, pero ello no pareciera ser exacto por varias razones:

- La primera, porque las mismas se encuentran integrando el listado de entidades estatales de que trata el artículo 2 (Ley 80 de 1993, 1993);
- La segunda, porque la propia ley 80 de 1993 en su artículo 13¹, ha advertido que en lo no previsto en ella se deberán aplicarse las disposiciones civiles y comerciales pertinentes y;
- La tercera, porque el artículo 40² de la mencionada ley (Ley 80 de 1993, 1993), permite el ejercicio de la autonomía de la voluntad, que es una nota propia del derecho privado, no del público.

Conforme a ello, cabe afirmar que en realidad el régimen jurídico contractual de las Empresas

¹ Artículo 13. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

² Artículo 40. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

de Industriales y Comerciales del Estado, no corresponde exactamente al derecho público, sino que, por el contrario, es mixto, máxime que la ley 1150 de 2007, modificada en lo pertinente por la ley 1474 de 2011, exige que en toda contratación en la que haya dineros públicos, es forzoso observar la totalidad de los principios de la función administrativa, que, como es apenas obvio, son reglas del derecho constitucional y por lo mismo de orden público y obligatorio cumplimiento.

Pero no sólo por ello, sino que además, como la ley 80 de 1993 utilizó la técnica del reenvío, es evidente que sus vacíos y deficiencias han de llenarse con las normas que expresamente indica.

Así entonces, ese marco normativo es el que demanda examinar y resolver la dualidad formalismo – informalidad que corresponde y caracteriza al derecho público contractual y al derecho privado negocial respectivamente, máxime en estos momentos cuando a raíz del fenómeno cultural conocido como globalización (Restrepo, Escobar, Rincón, & Rodríguez, 2010), se han producido notables cambios en los ordenamientos jurídicos de los países del hemisferio occidental. Esos cambios, han influido notablemente en las políticas públicas que asumen los gobiernos para hacer frente a la demanda de los ciudadanos en cuanto al cumplimiento de los fines del Estado se refiere y la administración pública no debe ni puede ser ajena a los mismos. La postura que asuma frente a éstos, determinará en gran medida el éxito en la consecución de los objetivos propuestos en esas políticas.

1. El actual régimen jurídico - contractual

Retomando el concepto prescrito en el decreto 1050 de 1968, la ley 489 de 1998, define a Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado como "Organismos creados por la ley o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica, conforme a las reglas del derecho

privado, salvo las excepciones que consagra la ley..." (Ley 489 de 1998, 1998, art. 89). Este tipo de empresas fueron concebidas durante la reforma constitucional que se llevó a cabo en Colombia en el año de 1968 llevada a cabo por el gobierno de Carlos Lleras Restrepo, quien pretendió modernizar en ese momento la Administración Pública de Colombia (Vidal, Jaime, 2004). Y es que no se pueden desconocer las implicaciones que en esta materia y en materia económica trajo dicha reforma; en efecto:

Fue una de las reformas administrativas más importantes... acentuó la preponderancia del poder ejecutivo, no sólo al diferenciar el estado de sitio del estado de emergencia económica, sino al atribuirle la dirección general de la economía al Estado, de tal manera que éste tendría dentro de sus responsabilidades aquella de racionalizar y planificar el gasto para lograr un desarrollo integral; todo lo anterior a la luz de los pilares del Estado social, es decir, orientado a lograr el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad en general, y de las clases proletarias en particular. Para el efecto, el Estado asumiría de manera directa, aunque no exclusiva, la producción, la distribución y el uso de algunos bienes y servicios" (Morelli, 1998).

Igualmente, y tal como lo establece la citada ley de 1998 (Ley 489 de 1998, 1998), estas entidades gozan de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y un capital independiente, que se constituye con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

Por su parte, la Constitución colombiana de 1991 determinó en su artículo 115, que estas empresas formarían parte de la rama ejecutiva del poder público. En tal sentido también se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia cuando en el año 2007 manifestó que:

Las empresas industriales y comerciales del Estado (i) son organismos que desarrollan actividades de naturale-



za industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley; (ii) deben tener personería jurídica y autonomía administrativa y financiera conforme a los actos que las rigen; (iii) deben tener capital independiente, constituido totalmente por fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución; (iv) en el acto de creación debe definirse su vinculación a un ministerio o un departamento administrativo; (v) en el cumplimiento de sus actividades se ceñirán a las ley o norma que las creó o autorizó y a sus estatutos internos; (vi) gozan de los privilegios y prerrogativas que la Constitución y las leyes confieren a la Nación y a las entidades territoriales según el caso, pero no podrán ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas; (vii) su dirección estará a cargo de una Junta Directiva y de un Gerente o Presidente agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción, y será el representante legal de la correspondiente entidad; (viii) los actos que expidan para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado; (ix) los contratos que celebren se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales, con excepción de aquellos que celebren las empresas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-691 de 2007, 2007).

Esa definición legal y jurisprudencial, implica, necesariamente, que este tipo de empresas desarrollen funciones de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica, que no son tradicionalmente propias del Estado sino pro-

pias de los particulares (Rodríguez, 2001). Asimismo, esa naturaleza comercial e industrial es la que precisamente importa al momento de concebir un régimen contractual para este tipo de Empresas, pues el mismo debe permitir mantener vigentes los principios de la función administrativa y garantizar la eficiencia y la eficacia que éstas deben ofrecer en la prestación de los servicios para los que hayan sido concebidas.

No obstante, esta es una dualidad que, al parecer, no es fácil de conseguir, pues la doctrina³ ha reconocido que es en virtud de la Administración reglada y para efectos de efectivizar esos mismos principios, que los procedimientos hacen que la actividad contractual pública sea lenta y pesada, lo que en el caso de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado se constituye en un verdadero obstáculo para una adecuada competitividad con el sector privado o particular⁴.

En consecuencia, esta situación constituye un verdadero problema en la vida económica de las empresas públicas de esta naturaleza, pues a la par que se les afirma, desde la reforma Constitucional de Colombia de 1968, como comerciantes e industriales públicos, y de allí el nombre, *Empresas industriales y comerciales del estado*, lo que reclama de suyo las herramientas normativas que le permitan competir en pie de igualdad con una economía globalizada y ponerse a tono con las realidades normativas de supresión de trámites, de manera que pueda ganar el mercado, al mismo tiempo se les hace destinatarias de un estatuto contractual, que como la ley 80 de 1993, establece etapas, procedimientos, tiempos, formas, etc., que van en contravía de eso que su propia naturaleza reclama.

³ Cfr. García de Enterría y Fernández (1993), Troncoso (1997) y Rivero (1998).

⁴ Al respecto puede consultarse a Troncoso (Troncoso, 1997, pág. 50), quien sostiene que "Se piensa que los procedimientos administrativos ordinarios son rígidos e inadecuados para regular determinadas actividades de la Administración, que los continuos controles e intervenciones que implica el Derecho Público restan eficacia a la acción administrativa, que el régimen administrativo y retributivo del personal al servicio de las Administraciones Públicas facilita la fuga de las mejores cabezas hacia la empresa privada"

En consideración a lo anterior, y tal y como se planteó en la introducción, pasaremos a describir ahora, de manera muy breve, el régimen contractual que según la normativa y la jurisprudencia actual, le es aplicable a estas entidades.

Fue entonces el decreto 1050 de 1968, en su artículo 6⁵ el que al crear este tipo de organismos en la Administración Pública determinó que, salvo las excepciones que la misma ley consagra, el régimen contractual aplicable a estas empresas era el régimen del derecho privado. Esta situación fue luego confirmada por el decreto ley 150 de 1976, que estableció, en su artículo 1 que solamente en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y en las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación poseyera más del noventa por ciento (90%) de su capital social eran aplicables las normas sobre contratación pública cuando éstas celebraran contratos de empréstito y obras públicas. Esto significaba que cuando se tratara de otro tipo de figuras contractuales diferentes a las mencionadas, la normatividad aplicable era la propia del derecho privado.

Posteriormente, en el año 1983, con la expedición del decreto 222 – que constituyó un importante avance en materia de Estatuto Contractual Público - se confirmó la disposición de 1968 y 1976 y, en consecuencia, se determinó que, tal y como lo han afirmado algunos doctrinantes

(Herrera, 2001), las Empresas Industriales y Comerciales del Estado se debían regir, por regla general, por las normas civiles y comerciales que regulaban los contratos entre particulares. Sólo se exceptuaron de dicho régimen, nuevamente, los contratos de obra pública y los de empréstito.

Al efecto, disponía el decreto 222 de 1983 en el artículo 254 que:

Salvo lo dispuesto en este estatuto, los requisitos y las cláusulas de los contratos que celebren las empresas industriales o comerciales del Estado, no serán los previstos en este Decreto sino las usuales para los contratos entre particulares.

Sin embargo, cuando a ello hubiere lugar, incluirán lo relativo a renuncia a reclamación diplomática por parte del contratista extranjero.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991 y la puesta en funcionamiento de un nuevo modelo político, económico, territorial y social, se evidenció la necesidad de modernizar el estatuto contractual (Rico, 2009) que tenía que ponerse a tono con los cambios que implicaba la adopción por parte de los constituyentes de un Estado Social de Derecho⁶. Atendiendo entonces esos cambios, se expidió, en 1993, el mal llamado "Estatuto único de la Contratación Estatal"⁷ (Ley

⁵ Artículo 6. Son organismos creados por la ley, o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley

⁶ Esto es, un Estado que se preocupa por las problemáticas sociales y por corregir las desigualdades de la población y por la orientación de la economía hacia el logro de fines sociales (Younes, 2004). Lo anterior significa que Colombia, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, es un Estado que está sujeto tanto formal como materialmente al derecho (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-449 de 1992, 1992)

⁷ Al respecto se afirma que el mal llamado código contractual no es más que una simple recopilación de normas que regulan de manera especial la contratación entre el Estado y los particulares. En tal sentido, no puede decirse que la ley 80 de 1993 obedezca a un proceso de codificación en sentido material, es decir, a un proceso reflexivo por medio del cual se establecen una serie de principios generales que regulan una o varias materias determinadas (Molina C. M., 2009). Igualmente, se hace necesario señalar que no es procedente adoptar un Estatuto único de contratación, puesto que a pesar de que este es uno sólo, la gama de actividades, de servicios, de bienes o de obras que debe atender, reclaman una especial matización que impide, precisamente, la existencia de un único código negocial público. Por esa razón, por ejemplo, las universidades, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, las telecomunicaciones, etc., gozan de plena autonomía para adoptar sus propias reglas negociales, la cual no fue extendida por la Constitución a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y sin que la ley, por su parte, cumpliera esa labor, no obstante corresponderle la potestad de configuración legislativa.

80 de 1993, 1993), que en su momento se advirtió como un “estatuto” “modernista y ágil en la totalidad de sus regulaciones, con elementos participativos de la comunidad en el proceso contractual y como una herramienta eficaz para combatir la corrupción...” (Rico, 2009).

Como consecuencia de la promulgación de esa norma, el régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales sufrió grandes cambios, pues el artículo 81 del expedido “Estatuto” contractual (Ley 80 de 1993, 1993) derogó en su totalidad las disposiciones contenidas en el decreto 222 de 1983 (Decreto 222 de 1983, 1983) relativas a estas entidades.

Así, el panorama ofrecido con esa “moderna y ágil regulación”, no fue del todo favorable para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. En efecto, el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 determinó que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en principio, son entidades destinatarias de las reglas sobre contratación pública que en virtud de ésta se estaban expidiendo. Sin embargo, el artículo 13 (Ley 80 de 1993, 1993), dispuso que en lo no previsto en esa ley, en tratándose de los contratos que celebren las entidades enlistadas en el artículo 2, se deberán aplicar las disposiciones civiles y comerciales pertinentes, autorizando con ello la utilización de la técnica del reenvío, lo que hace evidente que sus vacíos y deficiencias han de llenarse con las normas que expresamente indica.

Finalmente, el artículo 40 (Ley 80 de 1993, 1993), permitió el ejercicio de la autonomía de la voluntad y ésta es una institución propia del derecho privado, no del público.

De esta manera podemos afirmar que ese pretendido “Estatuto Único” no reguló la totalidad

de la actividad contractual, y por lo mismo sus vacíos y deficiencias han de llenarse con las reglas civiles y comerciales pertinentes. Esta operación hace que en lugar de un régimen estrictamente público o estrictamente privado, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, tengan uno mixto, es decir, las normas propias de la Ley 80 de 1993 en lo expresamente consagrado y las del derecho privado para llenar los vacíos, como bien lo señala el artículo 13 citado (Ley 80 de 1993, 1993). Por lo que cabe reiterar, entonces, que en los contratos, en los pactos, y en general en las estipulaciones no previstas en la Ley 80 (Ley 80 de 1993, 1993), ha de estarse a las reglas del derecho privado.

Asimismo lo ha considerado el doctrinante colombiano Carlos Mario Molina Betancur, cuando afirma que “*aparte de la dispersión normativa en materia de contratación pública, nos encontramos que una gran parte está también regulada por el derecho privado, lo que convierte el régimen jurídico de los contratos estatales en un régimen de carácter mixto que mezcla estrechamente el derecho público con el privado*” (Molina C. M., 2009, pág. 730)

Así, la aplicación del régimen público tiene excepciones expresas dentro de las cuales podemos encontrar, según estudiosos del tema (Herrera, 2001) las siguientes:

a. El literal m) del artículo 24 de la ley 80 de 1993 establece que se puede prescindir del trámite licitatorio en los contratos que “*tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta⁸, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley*”

b. Se encuentran igualmente excluidos de la aplicación de trámite licitatorio los contratos que

⁸ El artículo 18 del Decreto 855 de 1994, derogado por el Decreto 066 de 2008, también derogado por el Decreto 2474 del mismo año, establecía que dichos contratos eran: La compraventa, la permuta, el suministro y el arrendamiento de bienes, así como los insumos, materias primas y bienes intermedios para la obtención de los mismos, los materiales y equipos que se empleen directamente para la producción de bienes o prestación de servicios, así como los relativos al mercadeo de sus bienes y servicios.

realicen las empresas industriales y comerciales del Estado relacionados con los productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas, evento en el cual se someterán a las reglas establecidas para éstos

c. Quedan excluidas en forma integral de la aplicación del Estatuto las empresas industriales y comerciales del Estado que tiene por objeto actividades de crédito, compañías de seguro y demás entidades financieras de carácter estatal, como lo establece el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

d. Las empresas que presten servicios de telecomunicaciones en relación con los contratos vinculados con la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen.

e. Las empresas de servicios públicos domiciliarios que tengan el carácter de empresas industriales y comerciales del Estado.

Posteriormente, en 1998, durante el gobierno de Andrés Pastrana Arango, se expidió la ley 489 (Ley 489 de 1998, 1998). Mediante esta ley se buscó "resolver la crisis institucional de la administración pública" (Molina & Cerón, 2004, pág. 147).

La idea era actualizar la legislación en la materia, pues para la época la Administración Pública seguía regida por los decretos 1050 de 1968 y 3130 del mismo año y, como se dijo, los cambios operados con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 fueron grandes, por lo que la Administración Pública tenía que modernizarse para poder responder a los retos que ya enfrentaba finalizando el Siglo XX.

En efecto, y tal y como lo consagra el artículo 1 de esta norma (Ley 489 de 1998, 1998), su objetivo se concretaba en regular el ejercicio de la función administrativa, determinar su estructura y definir los principios y reglas básicas de la or-

ganización y funcionamiento de la Administración Pública.

Pues bien, el artículo 93 de esa ley (Ley 489 de 1998, 1998) completó la tarea que había quedado inconclusa con la ley 80 de 1993 al consagrar de manera expresa cuál sería el régimen contractual aplicable a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Así, se dispuso que

Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.

De esta manera, se concretaba lo dispuesto por los artículos 1 y 2 de la ley 80 de 1993, que establecían que esa norma se aplicaba a las entidades estatales y, como se dijo, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado se encontraban en esa lista. En definitiva, estas entidades seguían gozando de un régimen mixto que, en nuestro concepto, no facilita mucho las cosas en la práctica para una debida satisfacción de las actividades y tareas que les son encomendadas.

Ahora bien, pasado el primer quinquenio del Siglo XXI, y estando Colombia en unas condiciones económicas y políticas muy diferentes a las de la década de los años 90, el gobierno del entonces Presidente de la República, Álvaro Uribe Vélez, advirtiendo una serie de dificultades que en materia de contratación pública y del manejo de los recursos públicos se estaban presentando, como quiera que "el desempeño de la administración pública colombiana ha sido deficiente en cuanto a la provisión de los bienes y servicios públicos fundamentales para los ciudadanos" (Departamento Nacional de Planeación -DNP-, 2003), se dio a la tarea de formular un programa muy ambicioso en materia de "remodelación del Estado".

Esta iniciativa del gobierno nacional de esa época se conoció como “Programa de Renovación de la Administración Pública” y está contenida en sus aspectos generales en el Documento CONPES No. 3248 de 2003 del Departamento Nacional de Planeación y en lo que respecta específicamente al tema de la Contratación Pública, en el CONPES No. 3249 del mismo año. Lo que se buscó con esta política fue, básicamente, la construcción de un “Estado Gerencial” fundamentado en los siguientes pilares: Austeridad,

Eficacia y Eficiencia de los procesos, Gestión por resultados y Flexibilidad Administrativa. Con ello, lo que se quería era concretar las bases que se habían establecido en el Plan Nacional de Desarrollo “Hacia un Estado Comunitario”, que fue adoptado por la ley 812 de 2003, y en el que se establecía la necesidad de impulsar unas reformas transversales al Estado dentro de las cuales se encontraba la reforma a la contratación pública.

Fue así como partiendo de las experiencias del pasado y de una serie de diagnósticos que el mismo gobierno efectuó – como por ejemplo el trabajo que se hizo con el acompañamiento del Banco Mundial denominado “Corrupción, Desempeño Institucional y Gobernabilidad: Desarrollando una Estrategia Anticorrupción para Colombia” – se identificaron una serie de factores que permitieron concluir que la contratación pública había sido manejada de manera “dispersa y errática” (Departamento Nacional de Planeación -DNP-, 2003). Dentro de esos factores podemos mencionar:

“La inexistencia de una política pública que fije objetivos para la satisfacción de las necesidades de la administración a través de la contratación pública, pero que a la vez tenga en cuenta el impacto que en diversos órdenes puede tener su regulación; la desarticulación de la normatividad que incluye tanto la proliferación de regímenes especiales de contratación, como la de numerosos reglamentos que carecen de criterios unificados; la falta de coordinación en aspectos sensibles entre las normas presupuestales y las de contratación; la excesiva discrecionalidad de las entidades para diseñar los procesos de

selección; el formalismo en los controles; la ausencia de estandarización de los procesos contractuales; la carencia de medidas de eficiencia en la contratación; y la ausencia o la extrema debilidad de los sistemas de información, lo cual se traduce en la falta de información pública y a la vista de todos en materia contractual.” (Departamento Nacional de Planeación -DNP-, 2003)

En ese mismo sentido, y teniendo el gobierno nacional claridad acerca de la necesidad de modificar el Estatuto Público contractual (Ley 80 de 1993, 1993), se presentó al Consejo Nacional de Política Económica y Social, el documento número 3249 de octubre 20 de 2003, en el cual se contempló la “Política de Contratación Pública para un Estado gerencial”. Este documento tuvo como propósito “señalar unas bases que, como líneas generales de acción, habiliten un escenario institucional adecuado para la adopción de las decisiones que consideramos deben ser características fundantes de toda política pública en materia contractual: eficiencia y transparencia.” (Departamento Nacional de Planeación - DNP -, 2003)

Lo anterior, en consecuencia, suponía una reforma de tipo legal mediante la cual se buscaría formular una ley de aplicación general y que estuviera fundamentada en unos principios generales para toda la contratación que requiriera recursos públicos. Con ello, el gobierno estaba tratando de devolverle al Estatuto General su vocación de generalidad pero al mismo tiempo reconocía el papel fundamental que le correspondería a la reglamentación de la ley para efectos de definir “*todos aquellos aspectos que por su carácter dinámico requieren de un manejo flexible y adecuado desde el punto de vista técnico y práctico a las necesidades de las entidades por razón del sector al que pertenecen y a la naturaleza del objeto contractual que requieran...*” (Departamento Nacional de Planeación - DNP -, 2003).

Adicionalmente, incluye este documento (Departamento Nacional de Planeación - DNP -, 2003) un reconocimiento expreso a la naturale-

za de algunas entidades que por sus propias características no pueden estar sujetas, al menos completamente, al régimen contractual público. Al respecto, dijo el Consejo Nacional de Política Económica y Social:

"En consonancia con lo anterior y reconociendo que algunas entidades, por la naturaleza de sus actividades industriales, comerciales o financieras, deben manejar reglas que escapan de la órbita de lo público, la ley deberá ordenar la observancia en su actividad contractual, de los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad), así como del de selección objetiva, con el objeto de garantizar la transparencia e idoneidad en la escogencia de los contratistas." (Departamento Nacional de Planeación - DNP -, 2003)

Así las cosas, tenemos que la consecuencia directa, en materia de contratación pública, de ese "Programa para la Renovación de la Administración Pública", es la expedición de la ley 1150 de 2007, que, tal y como se admitió en el mismo proyecto de ley número 020 de 2005 (Senado de la República de Colombia, 2005), que ponía a consideración del Congreso de la República la reforma al Estatuto de contratación pública, no pretendió introducir grandes cambios a la Ley 80 de 1993⁹. Por lo menos, en materia de régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, podemos decir que así fue.

En efecto, y pese a que el Gobierno trató, en el primer debate del proyecto de Ley, exceptuar de la aplicación del régimen de contratación pública a estas entidades industriales y comerciales¹⁰, como resultado de la concertación entre diversos órganos, unos de control y otros jurisdiccionales, como por ejemplo la Procuraduría

General de la Nación y el Consejo de Estado, se decidió incluirlas nuevamente, pues se consideraba que dicha exclusión iba en contravía de la pretensión de lograr, una vez más, el ansiado estatuto de carácter general y de aplicación universal. Rezaba el artículo 13 del citado proyecto de ley:

Artículo 13. Del régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta y sus asimiladas. Las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales, las sociedades entre entidades públicas con o sin participación de particulares, los establecimientos de crédito, las compañías de crédito, las compañías de seguros, las entidades financieras de carácter estatal y los particulares que administren recursos públicos en relación con estos, no estarán sujetos a las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y se regirán por las normas legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades. Con todo, en su actividad contractual deberán observar los principios y obligaciones a que se refiere el artículo anterior. (Senado de la República de Colombia, 2005)

Vistas así las cosas, creemos que este ha sido, tal vez, el intento más grande del Legislador por concretar, para ese tipo de entidades y actividades industriales y comerciales, una postura que ha venido haciendo eco en los ordenamientos jurídicos europeos desde los primeros años siguientes a la terminación de la Segunda Guerra Mundial, momento en el cual aparece el Estado intervencionista, que se caracteriza, precisamente, por el protagonismo que éste asume en el terreno de la economía (Rivero, 1998). Esta postura, mediante la cual se busca que la administración pueda utilizar técnicas jurídico – privadas para de esta forma poder desprenderse

⁹ En el sentido y alcance del proyecto de ley 020 de 2005 se lee que con éste y los demás proyectos acumulados, no se pretendía derogar o introducir una modificación profunda del Estatuto de Contratación vigente, sino que se buscaba introducir medidas que propendieran por hacer más transparente y eficiente la gestión contractual pública.

¹⁰ El artículo 13 del pliego de modificaciones así lo consagraba.

un poco de las ligaduras y “tediosas” formas y regulaciones propias del derecho público y así satisfacer oportuna y eficazmente las necesidades de los ciudadanos, se conoce en la doctrina como la “Huída del derecho público al derecho privado”¹¹.

Sin embargo, de este tema nos ocuparemos más adelante, pues consideramos que la asunción de una forma organizativa de la Administración Pública indefectiblemente influye en el régimen jurídico de las entidades que la conforman y sus respectivas actividades. Así lo ha advertido también el ilustre tratadista de derecho administrativo colombiano Jaime Vidal Perdomo cuando afirma que “La administración pública es un ser vivo que va cambiando con los tiempos, y existen nuevos conceptos en el accionar del Estado y en el manejo de la cosa pública que deben ser acogidos por el legislador e incorporarlos a esa incesante tarea de la construcción del Estado en una sociedad democrática” (Vidal, Jaime, 2005)

Como resultado entonces de esa concertación, la ley 1150 de 2007 consagró en su artículo 14¹² un régimen mixto, según el cual el régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado tenga una participación mayor al 50% es el propio de la Ley 80 de 1993, exceptuando aquellas entidades que “ se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o 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,

sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley” (Ley 1150 de 2007, 2007, Art. 14). Es decir, que cuando alguna de estas empresas se encuentren desarrollando actividades propias de los particulares – distinción que, dicho sea de paso, nos parece absurda, pues estas entidades se concibieron precisamente para que ejecutaran actividades industriales y comerciales – el régimen contractual aplicable es, supuestamente, el régimen del derecho privado.

No obstante lo anterior, creemos que en la práctica las excepciones referenciadas atrás y consagradas en el “Estatuto” de Contratación Pública que se estaba reformando (Ley 80 de 1993, 1993) y aquella excepción “omnicomprensiva” consagrada en la ley 1150 (Ley 1150 de 2007, 2007) se convierten en la regla general, esto es, el régimen contractual que en realidad se termina utilizando es el propio de la contratación pública.

Ahora bien, es difícil encontrar una respuesta satisfactoria a esta situación; por un lado es posible que la aplicación de ese régimen público obedezca a las dificultades que en la “vida real” se presentan para “identificar actos privados en el giro de los negocios que le son propios a estas empresas” (Herrera, 2001, pág. 104), o también al temor de los funcionarios públicos de verse inmersos en procesos disciplinarios, penales o fiscales como consecuencia de la utilización del régimen privado, o finalmente porque el mismo artículo 13 de la ley 1150 de 2007 (Ley 1150 de 2007, 2007) ordenó la observancia de los principios de la función administrativa y de la gestión

¹¹ Cfr. (García de Enterría & Fernández, 1993) (Molina C. M., 2009) (Rivero, 1998) (Troncoso, 1997)

¹² 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 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.

fiscal de que tratan los artículos 209¹³ y 267 de la Constitución Política de Colombia, en aquellos casos en los que se trate de la actividad contractual de entidades no sometidas al Estatuto de Contratación de la Administración Pública, y dichos principios, en realidad, constituyen una línea fronteriza muy débil de cara a los principios que también rigen la contratación pública¹⁴ consignados en la Ley 80 de 1993.

En último lugar, y confirmando una vez más que en nuestro país efectivamente se presenta el fenómeno de la “inflación normativa” (Molina C. M., 2009), en el año 2011 se expidió la ley 1474 mediante la cual se dictaron “normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública” (Ley 1474 de 2011, 2011), y las modificaciones a la ley 1150 de 2007 no se hicieron esperar.

En efecto, el artículo 93¹⁵ de esta nueva ley (Ley 1474 de 2011, 2011) modificó el artículo 14 de la ley 1150, sobre el régimen contractual de las Empresas Industriales del Estado, las sociedades de economía mixta, sus filiales y las empresas con participación mayoritaria del Estado. La modificación consistió en la eliminación del inciso segundo de ese artículo 14 (Ley 1150 de 2007, 2007) que disponía que el régimen contractual de las empresas que no se encontra-

ran exceptuadas en los términos señalados en el inciso primero, era el previsto en el literal g.) del numeral 2° del artículo 2° (Ley 1150 de 2007, 2007). Lo anterior, significó la supresión de la modalidad contractual conocida como “selección abreviada”, que en su momento y tal y como lo consagraba la ley 1150, permitía que las entidades que no se exceptuaban de la aplicación del régimen del Estatuto contractual público, en los términos de ese artículo 14 (Ley 1150 de 2007, 2007), adelantaran procesos simplificados y así se pudiera “*garantizar la eficiencia de la gestión contractual*”.

Ahora bien, teniendo en cuenta el panorama normativo anteriormente expuesto y que ha regido a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en materia contractual, desde su creación en 1968 hasta la fecha, debemos advertir que su vida útil depende esencialmente de su éxito en la competencia, el cual a su vez, está condicionado por un marco normativo que le permita agilidad y celeridad, que son las que se echan de menos actualmente.

Esto nos lleva obligatoriamente a preguntarnos si el actual régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en Colombia, permite o no el adecuado y eficaz cumplimiento del objeto social para el cual éstas fueron creadas. Este es, precisamente, el in-

¹³ Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

¹⁴ Artículo 23. de los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

¹⁵ Artículo 93. 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. modifíquese el artículo 14 de la ley 1150 de 2007, el cual quedará así: las empresas industriales y comerciales del estado, las sociedades de economía mixta en las que el estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las sociedades entre entidades públicas con participación mayoritaria del estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.

terrogante del que nos ocuparemos luego y al que trataremos de darle respuesta en la empresa investigativa que nos proponemos iniciar con este proyecto.

II. Hacia una política contractual flexible que se compadezca con los propósitos para los cuales fueron creadas las empresas industriales y comerciales del estado, con los cambios de la globalización y con el siglo XXI.

Ya dijimos que el problema fundamental que se debe resolver consiste en establecer si el régimen contractual vigente propio de estas empresas Industriales y Comerciales permite el adecuado y eficaz cumplimiento del objeto social para el cual fueron creadas. Sin embargo, ese problema, deberá resolverse consultando, en primer lugar, las razones que de tipo histórico se presentaron para la creación de estas entidades y los cambios que se han surtido durante la segunda mitad del Siglo XX y la primera década del Siglo XXI.

Ahora bien, toda vez que el segundo capítulo del proyecto de investigación denominado "Diagnóstico de la relación entre el Régimen Contractual vigente y el cumplimiento del objeto social de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en Colombia" se centrará en identificar el objeto social de las personas jurídicas de Derecho Público denominadas así, desde su creación hasta la actualidad, consideramos que por ahora basta con mencionar, como ya se hizo anteriormente, que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado fueron creadas en el gobierno de Carlos Lleras Restrepo, en el año 1968, con motivo de las necesidades que la administración pública tenía para ese entonces, cuando se buscaba modernizar las instituciones del Estado colombiano. Al decir del ilustre tratadista de derecho colombiano, quien además fue partícipe de la construcción de esa reforma, Jaime Vidal Perdomo, *"El propósito de su existencia no es el cumplimiento de funciones de autoridad o administrativa del Estado, sino el desenvolvimiento de*

actividades de índole industrial y comercial y de gestión económica" (Vidal, 2008).

En efecto, el decreto 1050 de ese mismo año, en su artículo 6, las concibió como "Organismos creados por la ley o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica, conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley..." y a renglón seguido les atribuyó unas características muy particulares que se pueden enunciar así:

- a) Personería jurídica;
- b) Autonomía administrativa
- c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

Como quiera entonces que la historia del mundo cambió después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial en 1945, no es equivocado decir que la Reforma Constitucional de 1968 buscó acomodarse a esos cambios que habían surgido con motivo del fin de la gran guerra.

Efectivamente, a partir de ese momento y con el surgimiento de organismos multilaterales tan importantes como las Naciones Unidas (1945), El Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial (Marquardt, 2009), la política mundial se desarrollaría en otros términos, según los cuales la promoción del progreso social y económico por parte de los Estados miembros de esa organización, serían principios claves en las relaciones internacionales. Ese cambio de paradigma traería consigo la entrada en vigencia, en Europa, de un modelo de Estado que ya estaba siendo aplicado en los Estados Unidos de América desde 1930 durante el Gobierno de Franklin Delano Roosevelt; dicho modelo se conoce con el nombre de "Estado Intervencionista" y fue concebido, paradójicamente, por el Británico John Maynard Keynes.

De conformidad con lo anterior, la asunción de ese modelo de Estado trae como consecuencia “la aparición de la actividad industrial y mercantil de los poderes públicos” (Rivero, 1998, pág. 14) pues el Estado deberá ocuparse ya de otras funciones que eran reservadas a los particulares. Ello implica la necesidad de buscar la agilidad requerida para esos nuevos retos asumidos por la Administración, puesto que “adoptar nuevos modelos de organización implica transformar los diferentes procesos de funcionamiento de dichas instituciones y obligarlas a adaptar sus estructuras jurídicas a las nuevas necesidades económicas y políticas globales” (Restrepo, Escobar, Rincón, & Rodríguez, 2010).

Así, este nuevo modelo, sumado a la aparición de nuevas necesidades de los ciudadanos y a la “hipertrofia del Derecho público como ordenamiento controlador de creciente complejidad” (Rivero, 1998, págs. 15 - 16) da como resultado la aparición de ese fenómeno enunciado líneas arriba y que se conoce como “La huída del derecho público al derecho privado” y que no es otra cosa distinta que la búsqueda de libertad y flexibilidad propia del régimen privado aplicado a ciertas instituciones de la Administración Pública.

Adicionalmente, se ha ido afianzando cada vez más una tendencia en casi todos los países del mundo consistente en un “proceso de acelerada integración mundial de las economías a través de la producción, el comercio, los flujos financieros, la difusión tecnológica, las redes de información y las corrientes culturales” (Fondo Monetario Internacional, 1997) denominada globalización y como quiera que el derecho es susceptible de los cambios que se producen en la sociedad, éste no ha sido ajeno a las variaciones que de cuenta de ese proceso se han producido en el globo terráqueo.

Lo anterior, ha generado una postura jurídica que se denomina globalización del derecho o también globalización jurídica (Restrepo, Escobar, Rincón, & Rodríguez, 2010, pág. 31) y que

es producto de “todas las tensiones que la globalización en todas sus dimensiones (social, política, económica, cultural, tecnológica, etc.) obliga a soportar al derecho, en general, y a los derechos nacionales, en particular” (Restrepo, Escobar, Rincón, & Rodríguez, 2010, pág. 32).

En ese sentido, el legislador colombiano no puede desconocer los cambios que se han presentado y por ello, al momento de formular las leyes debe ser consciente de que sus decisiones pueden afectar el correcto y efectivo desenvolvimiento de la Administración Pública y en especial del régimen contractual que le asigne a las entidades del Estado. Asimismo lo reconoció el gobierno nacional cuando en la introducción del documento CONPES 3248 de 2003 dijo que:

“La organización de la administración pública no puede ser independiente de la concepción que se tenga del Estado: en el marco de la Constitución Política, cualquier proceso de reforma de la primera debe reflexionar previamente acerca de la concepción del segundo, estableciendo claramente dónde éste debe estar presente de manera directa y dónde no, y qué tipo de división del trabajo y de complementariedad debe existir entre el sector público, el sector privado y las organizaciones de la comunidad, en función del interés general.” (Departamento Nacional de Planeación -DNP-, 2003)

Y es que este régimen no es otra cosa que la muestra de la manera cómo se administra un Estado y de las políticas públicas que se desarrollan y construyen alrededor de éste. Por ello, si el Estado desea que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado realicen efectivamente los fines para los cuales fueron creadas, consideramos que se debe propender por dar un paso definitivo y, así, asumir de manera decisiva, la postura que tímidamente se mostró en el primer debate del proyecto 020 de 2005 (Senado de la República de Colombia, 2005) y que procuraba por permitir totalmente el uso del derecho privado a estas entidades.

Sobre el particular, se manifestó el gobierno nacional, en la exposición de motivos de ese proyecto de ley, diciendo:

“Los artículos 12 y 13 del proyecto de ley señalan los principios y límites a que debe someterse la actividad contractual de entidades estatales que por la naturaleza de la función o de los servicios que prestan, requieren de procedimientos contractuales que les permitan competir en igualdad de condiciones con los particulares. En ese sentido el proyecto permite que quienes como entidades públicas tienen objetos de naturaleza comercial, industrial o financiera, rijan su actividad por las normas de la misma en aras de su competitividad, pero que ello no sirva de excusa a la aplicación de los fines de la función pública, ni mucho menos a la universalidad del sistema de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado.” (Senado de la República de Colombia, 2005)

Todo lo anterior, como se ha dicho, se trató de hacer dentro de la formulación de una política pública en materia de contratación del Estado, delineada por los Documentos CONPES 3248 y 3249 de 2003. Ello significa que ese proyecto de ley fue el producto de un estudio en el que participaron muchos actores de la vida nacional¹⁶ y en él se tuvieron en cuenta los aportes que éstos hicieron. No se trató pues de una reforma improvisada y caprichosa, no. Por el contrario, fue un proyecto elaborado con rigor e imparcialidad.

Lo anterior, en consecuencia, nos permite insistir en nuestra posición, según la cual, la mejor manera de garantizar el efectivo cumplimiento del objeto social para el cual fueron concebidas las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, es adoptar como régimen contractual aquel que respetando los principios de la función pública, contenidos en el artículo 209 de

la Constitución Política, permita la utilización de las disposiciones que en materia de contratación rigen en el derecho privado.

A manera de conclusiones

La inclusión que hizo la ley 80 de 1993 (Ley 80 de 1993, 1993) de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado como destinatarias de ese régimen contractual público, representó un acto de desnaturalización de estas entidades, pues como lo advertíamos líneas arriba, se entiende que estas éstas, por definición, deben estar sometidas al régimen privado en el desarrollo de sus actividades, que por demás, son actividades propias de los particulares.

En el mismo sentido ya se había pronunciado un doctrinante colombiano cuando advirtió que con esa inclusión, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado “no ganaron, sino perdieron, y con ellas el Estado, en cuanto a la necesidad que tiene de formalizar de manera inmediata sus contratos, para dar una respuesta rápida y oportuna a los requerimientos de carácter comercial y del servicio a su cargo, máxime si sus actividades se encuentran en competencia con los particulares” (Gonzalez, 1998, pág. 109)

Por otra parte, el debate sobre la concepción de regímenes excepcionales implica un gran contraste: en primer lugar, y teniendo en cuenta las observaciones que hiciera el Consejo de Estado de Colombia al proyecto de ley 020 de 2005 (Senado de la República de Colombia, 2005), no es lógico que el Estado realice un gran esfuerzo

¹⁶ Al respecto puede consultarse el proyecto de ley 020 de 2005 (Senado de la República de Colombia, 2005, pág. 7) , donde se afirma: “Debe en consecuencia reconocerse que al trabajo de base realizado por el Departamento Nacional de Planeación desde comienzos del período de Gobierno (con la colaboración de los Ministerios del Interior y de Justicia, de Hacienda y Crédito Público y de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República), vinieron a sumarse muy principalmente los aportes de la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la República, además de los no menos trascendentes de la sociedad civil, que puestos ahora en contexto ofrecen un lúcido conjunto de medidas legislativas que, no por ser de carácter puntual, dejarán de significar un cambio profundo en el devenir contractual público y con él, en la materialización de los objetivos de eficiencia y transparencia comunes a la tarea que la presente administración se ha propuesto entorno de la modernización de nuestras instituciones gubernamentales.

para reformar el Estatuto Contractual Público si enseguida se van a formalizar aplicaciones excepcionales, pero, en segundo lugar, también es importante tener en cuenta que existen en la Administración Pública empresas que están en franca competencia con el sector particular y que en consecuencia se desenvuelven a la luz de los principios del derecho privado. Esto conlleva a pensar unos términos intermedios que tengan en cuenta las situaciones actuales de esas entidades pero que al mismo tiempo no permita una exclusión de la mayoría de las entidades públicas en la aplicación del régimen de contratación público.

La "privatización" del derecho público, que busca homogeneizar los procedimientos y las reglas de derecho, la "constitucionalización del derecho" y la internacionalización de la economía, son factores que inciden directamente en el derecho público y en la contratación estatal. (Molina C. M., 2009)

La utilización del derecho privado por parte de la Administración aparece como consecuencia del crecimiento de las funciones que éste asumió con la aparición del Estado Intervencionista, especialmente en lo que respecta al protagonismo que éste asumió en la actividad económica. Por ello, se cree que la buena marcha de estas actividades económicas necesitan unas estructuras autónomas y que se gobiernen por criterios de tipo empresarial, responsabilizándose, incluso, de sus gestiones y resultados. (García de Enterría & Fernández, 1993)

Al ser el derecho un objeto susceptible a los cambios sociales y culturales que se producen, es evidente que la globalización ha impactado "la transformación de toda la actividad desarrollada por el Estado Colombiano y, evidentemente, el desarrollo y construcción de las relaciones entre la administración pública nacional y sus ciudadanos (Restrepo, Escobar, Rincón, & Rodríguez, 2010, pág. 99)

Por último, no puede desconocerse que la asunción de una forma de organización de la administración determinada repercute, indefectiblemente, en el régimen jurídico de las entidades que la conforman, lo que obliga a buscar la estructuración de uno para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado que sin inobservar los principios de la función administrativa, logre eficiencia y eficacia en su gestión.

Definitivamente, esta tarea no parece del todo fácil, y en ella Legisladores y doctrinantes tienen una responsabilidad enorme de cara a un país que día a día lucha por encontrarse a sí mismo.

Referencias

- Corte Constitucional de Colombia. (Sentencia C-449 de 1992, 1992).
- Corte Constitucional de Colombia. (Sentencia C-691 de 2007, 2007). Colombia.
- Decreto 1050 de 1968. (1968). Decreto 1050 de 1968. Colombia.
- Decreto 222 de 1983. (1983). Decreto 222 de 1983. Colombia.
- Departamento Nacional de Planeación - DNP -. (2003). CONPES 3249. Colombia.
- Departamento Nacional de Planeación -DNP-. (2003). CONPES 3248. Colombia.
- Fondo Monetario Internacional. (1997). World Economic Outlook.
- García de Enterría, E., & Fernández, T. (1993). Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas.
- Gonzalez, E. (1998). Modalidades de actuación del contratista particular. En E. Gonzalez, Régimen de Contratación Estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.



- Herrera, A. (2001). Régimen Jurídico de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. *Revista de Derecho*, 97 - 115.
- Ley 1150 de 2007. (2007). ley 1150 de 2007. Colombia.
- Ley 1474 de 2011. (2011). ley 1474 de 2011. Colombia.
- Ley 489 de 1998. (1998). Ley 489 de 1998. Colombia.
- Ley 80 de 1993. (1993). ley 80 de 1993. Colombia.
- Marquardt, B. (2009). Historia Universal del Estado: El Estado de la Doble Revolución Ilustrada (1776 - 2008) (Vol. 3). Medellín: La Carreta.
- Molina, C. M. (2009). La Contratación Estatal: Entre Derecho Público y Privado. En *Los Contratos en el Derecho Privado* (pág. 1111). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Molina, C., & Cerón, P. (2004). Primeras reflexiones acerca del contenido normativo de la Ley 489 de 1998. *Revista Estudios Socio - Jurídicos*, 145 - 180.
- Morelli, S. (1998). Panorama constitucional de la Administración Pública en Colombia. *Revista Iberoamericana de Administración Pública*(1), 101.
- Restrepo, M. A., Escobar, L. M., Rincón, J. G., & Rodríguez, J. E. (2010). *Globalización del Derecho Administrativo Colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rico, L. A. (2009). *Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal*. Bogotá: Leyer.
- Rivero, R. (1998). *Administraciones Públicas y Derecho Privado*. Barcelona: Marcial Pons.
- Rodríguez, L. (2001). *Estructura del poder público en Colombia*. Bogotá: Temis.
- Senado de la República de Colombia. (2005). *Proyecto de Ley 020 de 2005*. Colombia.
- Troncoso, A. (1997). *Privatización, Empresa Pública y Constitución*. Madrid: Marcials Pons.
- Vidal, J. (2008). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.
- Vidal, Jaime. (2004). *Reforma Administrativa de 1968: Antecedentes, Teoría de la Organización y Funcionamiento, sus principales consecuencias*. *Vniversitas*, 317-334.
- Vidal, Jaime. (2005). *Caros Lleras y la Reforma del Estado*. En J. F. Chalela, V. Carreño, J. C. Esguerra, O. Morales, F. Vallejo, & J. Vidal, Carlos Lleras Restrepo. *Perfil de un estadista* (págs. 91 - 108). Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Younes, D. (2004). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez

