



ACREDITACIÓN
INSTITUCIONAL EN
ALTA CALIDAD
Resolución 008607 de mayo 16 de 2022

**LÍMITES JURISPRUDENCIALES RECONOCIDOS A LA LIBERTAD DE
CONFIGURACIÓN REGLAMENTARIA DE LOS MANUALES DE
CONTRATACIÓN EN EL RÉGIMEN EXCEPCIONAL DE LAS EMPRESAS
INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO EN COLOMBIA**

VERÓNICA ARANGO GARCÍA
JULIAN FELIPE BERNAL VILLEGAS

Monografía presentada para optar al título
MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

Escuela de Posgrados

Medellín

2024

José Rodrigo Flórez Ruiz
Rector
Universidad Autónoma Latinoamericana

Hernán Darío Aguiar Garcés
Decano
Escuela de Posgrados

Nataly Vargas Ossa
Coordinadora
Maestría en Derecho Administrativo

Alejandro Aldana Nopi
Director

Línea de investigación
Nombre de la línea

Lucidia Amaya Osorio
Aura Sofía Palacio Gómez
Evaluadores

El trabajo de grado fue sustentado el 26 de junio de 2025 y obtuvo una aprobación unánime de conformidad con el Acuerdo 195 del Consejo Académico de 2016, lo cual quedó en el consignado en el acta de evaluación de trabajos de grado # 08 de 2025.

TABLA DE CONTENIDO

Lista de Tablas	5
Resumen.....	6
Palabras Clave.....	6
Abstract.....	7
Keywords.....	7
Introducción	8
Metodología	14
Capítulo I	17
Concepto jurídico de las empresas industriales o comerciales del Estado y contexto histórico de los Principios de la Contratación Estatal	17
1.1 Concepto jurídico y dogmático de las empresas industriales o comerciales del Estado.....	17
1.2 Contexto histórico del régimen jurídico aplicable a las empresas industriales o comerciales del Estado	22
1.3 Principios de la Contratación Estatal y su fundamento Constitucional	34
1.3.1 La buena fe.....	35
1.3.2 Igualdad.....	37
1.3.3 Moralidad.....	38
1.3.4 Celeridad.....	41
1.3.5 Economía	43
1.3.6 Imparcialidad	45
1.3.7 Eficacia	46
1.3.8 Eficiencia	48
1.3.9 Participación.....	49
1.3.10 Publicidad	52
1.3.11 Responsabilidad	53
Capítulo II.....	57
Límites reconocidos por la jurisprudencia a la autonomía y libertad de configuración para el régimen excepcional de contratación de las EICE	57
2.1 Factores críticos en la contratación de las EICE.....	57
2.2 Límites legales en la contratación de las EICE.....	60
2.3 Construcción Línea Jurisprudencial.....	64
2.4 Análisis meta-jurisprudencial que permita describir los referentes teóricos a partir del estudio crítico de las reglas identificadas en dichas providencias	72
2.4.1 Límites Jurisprudenciales en la contratación de las EICE	72
2.4.2 Reglas para la contratación de las EICE desprendidas de la jurisprudencia.....	74
Capítulo III.....	77
Referentes teóricos de consulta para los sujetos involucrados en la gestión contractual de las EICE.....	77
3.1 Reglas frente a la construcción de Manuales de contratación para las EICE con sus límites legales y jurisprudenciales	80
3.1.1. Reglas Normativas y Reglas Jurisprudenciales.....	80

Conclusiones.....	91
Referencias Bibliográficas	94

Lista de Tablas

Tabla 1: Ámbito de aplicación derecho privado en términos de las leyes 489 de 1998 y 1107 de 2006....	28
Tabla 2: Factores críticos del estatuto de contratación en relación con las EICE.....	58
Tabla 3: Línea jurisprudencial de la contratación en Colombia	72
Tabla 4: Manual de Consulta reglas normativas y jurisprudenciales para la constitución de las EICE y la construcción de sus Manuales de Contratación: Regla Normativa en la Ley 142 de 1994	81
Tabla 5: Manual de Consulta reglas normativas y jurisprudenciales para la constitución de las EICE y la construcción de sus Manuales de Contratación: Regla Normativa en la Ley 816 de 2003	84
Tabla 6: Manual de Consulta reglas normativas y jurisprudenciales para la constitución de las EICE y la construcción de sus Manuales de Contratación: Regla Normativa en la Ley 996 de 2005	85
Tabla 7: Manual de Consulta reglas normativas y jurisprudenciales para la constitución de las EICE y la construcción de sus Manuales de Contratación: Regla Normativa en la Ley 1150 de 2005 y Ley 1712 de 2014	86
Tabla 8: Manual de Consulta reglas normativas y jurisprudenciales para la constitución de las EICE y la construcción de sus Manuales de Contratación: Regla Normativa en la Ley 2195 de 2022	86
Tabla 9: Manual de Consulta reglas normativas y jurisprudenciales para la constitución de las EICE y la construcción de sus Manuales de Contratación: Regla Jurisprudencial Consejo de Estado de Colombia..	87

Resumen

La Ley 80 de 1993, conocida como el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (en adelante, EGCAP), tuvo como propósito principal la unificación y aplicación de un único marco normativo destinado a regular la contratación de las entidades públicas enumeradas en el artículo 2° de la misma, buscando abarcar a todas las entidades públicas que conforman la estructura del Estado colombiano, designándolas como destinatarias del régimen jurídico establecido.

En contraposición a este propósito de unificación y armonización, se promulgaron leyes específicas para ciertos sectores económicos, las cuales determinaron que algunas entidades públicas se regirían por el derecho privado en materia contractual o quedarían excluidas de la aplicación de la Ley 80 de 1993, entre ellas las empresas industriales o comerciales del Estado (en adelante, EICE).

Frente a este contexto, el presente trabajo propone un análisis jurisprudencial en dos fases (1) de un lado, la construcción de una línea jurisprudencial para identificar y analizar las sentencias, los posibles cambios de precedentes y determinar las reglas que aborden el problema planteado y de otro (2) un análisis meta-jurisprudencial para abordar el estudio desde lo teórico-crítico de las reglas y subreglas derivadas de dichas decisiones judiciales dentro del régimen contractual exceptuado en Colombia.

Palabras Clave

Límites, régimen especial, competitividad, jurisprudencia, normatividad, reglas, principios.

Abstract

Law 80 of 1993, known as the General Statute of Public Procurement (hereinafter, EGCAP), had as its main purpose the unification and application of a single regulatory framework aimed at regulating the contracting of public entities listed in Article 2 of the same, this intention sought to cover all public entities that make up the structure of the Colombian state, designating them as recipients of the legal regime established in this law.

However, in contrast to this unifying purpose, specific laws were enacted for certain economic sectors, which determined that some public entities would be governed by private law in contractual matters or would be excluded from the application of Law 80 of 1993, including State Industrial or Commercial Companies (hereinafter, EICE).

In this context, this work proposes a two-phase jurisprudential analysis. On the one hand, the construction of a jurisprudential line: Identifying and analyzing the rulings, possible changes in precedents, and determining the rules that address the problem posed. On the other hand, a meta-jurisprudential analysis: Conducting a theoretical-critical study of the rules and sub-rules derived from these judicial decisions, within the excepted contractual regime in Colombia.

Keywords

Limits, special regime, competitiveness, jurisprudence, regulations, rules, principles.

Introducción

Según Quintero & Mutis (1995), la Contratación Pública es desarrollada por diferentes agentes y entidades del Estado colombiano. Dentro de estas se encuentran las entidades no sometidas al EGCAP, encargadas de funciones y actividades específicas que, haciendo uso del régimen contractual excepcional, suelen ser señaladas de servir de puente a otras entidades estatales sí sometidas al régimen del EGCAP para que, vía convenios o contratos interadministrativos, puedan ejecutar contratos estatales adjudicados con esas reglas excepcionales.

En este trabajo analizamos el marco jurídico que soporta la potestad reglamentaria derivada de estas entidades y se considera que su contenido es menos robusto que el contenido en el EGCAP, en la medida en que existe la posibilidad de derivar en la expedición de manuales de contratación que no desarrollen a cabalidad, entre otros, los postulados y principios de la función pública, los principios de la gestión fiscal, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y el estatuto anticorrupción, que se pueden enunciar como los límites que emanan propiamente de la ley colombiana.

Asimismo, Quintero & Mutis (1995) señalan que el marco normativo, concebido desde una perspectiva principialística, otorga a estas entidades un amplio grado de autonomía para definir sus propias reglas y procedimientos de contratación a través de manuales internos. Esto ha resultado en la coexistencia de diversas normativas contractuales entre entidades públicas de naturaleza similar. Aunque dicha potestad no puede ser completamente estandarizada, es posible examinarla con el objetivo de identificar los postulados que complementan y refuerzan la visión de principios que la sustenta.

Dado que esta gestión contractual debe fundamentarse en gran medida en estos principios jurídicos de carácter general cuya naturaleza abierta y valorativa puede generar márgenes amplios de interpretación, en la medida en que no prescriben conductas específicas, sino que establecen fines, valores o directrices que deben orientar la interpretación y aplicación de las reglas, resulta necesario establecer criterios normativos y operativos que delimiten su alcance y garantizar su aplicación coherente frente a disposiciones legales más concretas. Esta delimitación es fundamental para evitar excesos en la discrecionalidad administrativa y asegurar la seguridad jurídica en la gestión contractual.

Ese amplio margen de acción resulta problemático, según lo señalado por el Consejo de Estado (2016), al favorecer prácticas que podrían no alinearse con los postulados sobre los cuales se diseñó el régimen excepcional. En algunos casos observados en la experiencia profesional de los autores, se han identificado tensiones o aparentes "zonas grises" en donde se priorizan intereses mercantiles o la maximización de utilidades por encima del adecuado desarrollo de la gestión pública. Es decir, hay una instrumentalización de la EICE que se logra básicamente a través del diseño de un estatuto contractual orientado a favorecer unos resultados esperados a la hora de contratar, captando

recursos de la entidad territorial de la cual hacen parte, generalmente a través de contratos interadministrativos para direccionar la contratación utilizando procedimientos sumarios y de poca participación, bajo postulados por ejemplo de eficiencia y celeridad.

Estas prácticas son favorecidas precisamente por el amplio margen regulatorio, que permite obviar reglas del estatuto general de contratación como los límites referidos a los límites en las adiciones, el contrato adicional, el principio de anualidad, entre otros, los cuales cuestionan otros principios como la libre concurrencia y la pluralidad. En el peor de los escenarios, estas prácticas derivan en un intento de sincretismo normativo, que se reproduce entre entidades similares, cercanas o vinculadas, copiando esquemas y, con ello, perpetuando errores jurídicos.

En este contexto, Pino Ricci (2005) sostiene que las dinámicas económicas de las empresas estatales sujetas a regímenes de excepción, que compiten con particulares en la prestación de servicios o en actividades industriales y comerciales similares, plantean desafíos significativos. Estas empresas enfrentan la necesidad de revisar y definir los límites en la configuración de sus manuales de contratación. La rapidez y las oportunidades propias de esta competencia generan contratos y formas atípicas que rompen con esquemas tradicionales, lo que exige una normativa flexible. Sin embargo, esta flexibilidad no debe exceder los límites del marco normativo general, cuyo análisis y sistematización constituyen el objetivo principal de la investigación propuesta.

Algunos escenarios concretos de dificultad para fijar los límites a la libertad de configuración de las reglas contractuales para esas entidades públicas, conforme a jurisprudencia del Consejo de Estado, tienen que ver con:

- “i) El entendimiento de los principios de la función pública y los límites concretos que fijan para el ejercicio de la actividad contractual según la naturaleza específica;
- ii) La dificultad que implica un ejercicio hermenéutico del sistema jurídico que sirva de apoyo para concretar las normas en blanco o tipos abiertos que contienen los principios a través de reglas específicas contenidas en otras codificaciones como las normas de carácter disciplinario, de moralidad y buenas prácticas administrativas;
- iii) La tipificación de las causales de contratación, así como los procedimientos para seleccionar los oferentes; el uso o pacto de las prerrogativas y potestades excepcionales;
- iv) La posibilidad de incluir y desarrollar principios exclusivos del derecho privado y de incursionar en negocios no tradicionales; entre otros.” (Consejo de Estado de Colombia, 2005)

Aunque estas entidades están exceptuadas del régimen público, su naturaleza inherente está orientada a consumir los fines del Estado. Esto las obliga a adherirse a los principios de la función pública, junto con las restricciones que estos implican. Por tanto, resulta indispensable una comprensión profunda de dichos principios fundamentales.

Asimismo, en el contexto de estas entidades exceptuadas, se presenta la dificultad de interpretar y aplicar normas complementarias relacionadas con el régimen disciplinario, la moralidad y las buenas prácticas administrativas. Estas situaciones deben ser comprendidas de manera integral para garantizar su correcta aplicación en casos concretos.

Pino Ricci (2005) expone que estas incertidumbres se traducen en riesgos de tipo administrativo, disciplinario, fiscal y penal para los diferentes actores que intervienen en la contratación estatal (entidades, servidores, contratistas, entidades de control y vigilancia y veedurías); riesgos cuyo tratamiento depende más de las habilidades, intereses y subjetividad de los encargados de su gestión, que del desarrollo planificado de las directrices ofrecidas por el marco normativo.

El punto de partida de la actual investigación es la experiencia personal y profesional que nos ha permitido una aproximación a las dificultades prácticas y debates jurídicos surgidos en la expedición o aplicación de los manuales de contratación del régimen excepcional de las EICE. Lo que llevó a que en el marco del programa de maestría naciera la pregunta de investigación propuesta en este escrito, y es acerca de las fronteras jurídicas, que delimitan la potestad reglamentaria derivada de las EICE como entidades estatales del régimen exceptuado.

Resulta pertinente explorar estas cuestiones para verificar cuáles son los límites a la libertad de configuración, o cuando menos los elementos normativos y jurisprudenciales que demarcan el actuar de las entidades públicas no sometidas o exceptuadas del EGCAP, y concretamente delimitada para efectos de este estudio a las EICE. Para ello, es relevante indagar por las diversas interpretaciones judiciales que pueden darse al marco regulatorio y especialmente a los principios, contrastándolos con la experiencia práctica obtenida y observada en estas entidades.

Con esta exploración de los referentes jurisprudenciales se busca identificar, compilar y explicar elementos normativos, que atenúe las zonas de incertidumbre del ejercicio de la actividad contractual que ejercen los involucrados en la gestión contractual de las EICE, recogiendo el sentido más genuinamente posible del constituyente, legislador y los jueces del máximo órgano de cierre de lo contencioso administrativo.

El estudio que se plantea tiene como objetivo estudiar, conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado y los principios de la función administrativa, cuáles son los límites a la libertad de configuración de las empresas industriales y comerciales del Estado, para la expedición de sus manuales de contratación.

Este análisis tiene el potencial de convertirse en un parámetro de referencia para identificar posibles casos de desviación o abuso del poder en los actos administrativos relacionados con estas entidades, particularmente aquellos orientados por la corrupción o malas prácticas administrativas.

Además, podría constituir una herramienta útil no solo para los operadores que realizan las gestiones contractuales internas, sino también para los jugadores privados o aquellos externos que participaron en calidad de oferentes, al proporcionar elementos interpretativos que les permitan validar el grado de sujeción a la legalidad en sus actuaciones.

Durante la búsqueda preliminar, se han identificado algunos trabajos académicos que abordan temáticas relacionadas, aunque no específicamente con las EICE, sino con otras entidades exceptuadas del EGCAP. Estas entidades comparten importantes similitudes con las EICE, como es el caso de los regímenes contractuales de las Empresas Sociales del Estado y de las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, sobre las cuales existen monografías que analizan cuestiones afines.

También es posible rastrear trabajos con referencias concretas al papel de los principios, para la configuración y correcta aplicación estos regímenes contractuales exceptuados y su influencia en los reglamentos contractuales; pero no puede afirmarse que sean copiosos, pues no más de cuatro o cinco de ellos abordan con profundidad esta temática y guardan focos de interés diversos, o no idénticos a los propuestos en este trabajo, pero constituyen sin duda referentes relevantes para el marco teórico a considerar.

La jurisprudencia en materia de contratación tan abundante como se puede considerar, para el caso en concreto contiene un número acotado pero suficiente de providencias para realizar el análisis propuesto, pues si bien hay un límite temporal (2010-2020) dentro del mismo se pueden identificar decisiones que discurren sobre las posibilidades y limitaciones regulatorias en relación con el marco principialístico que debe informar las EICE y su régimen contractual.

Se identifica, por ejemplo, una sentencia profusa en cuanto al abordaje de la temática propia de la investigación y que inspira la problemática planteada. Se trata de la sentencia¹ con radicación número: 41001-23-31-000-2007-00104-01(45607) del Consejo de Estado (2016), en la cual se resuelve un litigio promovido por la sociedad Aguas de los Andes S.A. E.S.P., decidiendo importantes temas que incidieron directamente en la gestión comercial y contractual de las EICE y eliminando las dudas frente a su régimen jurídico y contractual, teniendo así esta sentencia un peso estructural fundamental para el desarrollo de este trabajo.

En ejercicio de la acción contractual, esta sociedad solicita la nulidad de la adjudicación de un contrato de gestión comercial, facturación, administración, así como la construcción, reposición y rehabilitación de redes locales de acueducto para la comunidad que recibe los servicios de acueducto, aseo y alcantarillado.

¹ Sentencia del Consejo de Estado de la Sala de lo Contencioso Administrativo, cuya consejera ponente es Marta Nubia Velásquez Rico del veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

Como respuesta a esta solicitud, esta sentencia, entre otras decisiones, anuló la resolución por medio de la cual Empresas Públicas de Neiva adjudicó el contrato de gestión comercial y anuló el contrato que en consecuencia se suscribió entre Empresas Públicas de Neiva S.A. E.S.P. y Operadores de Aguas y Energía S.A.; comprender la forma como se toman estas decisiones, sus consideraciones y las consecuencias de este tipo de sentencias son definitivas para establecer un marco para la actuación en relación con la gestión de las empresas vinculadas con la gestión pública.

Las providencias mencionadas, junto con otras identificadas, constituyen la base para la construcción de la línea jurisprudencial correspondiente. La abundancia de estas sentencias y las implicaciones operacionales, económicas y jurídicas que derivan de ellas tienen efectos que requieren un análisis contextualizado según los interesados. Estos efectos impactan aspectos clave como la planeación, las inversiones en infraestructura, los flujos de información sensible y la gestión de bases de datos, los cuales se ven directamente influenciados por los procesos contractuales. Asimismo, las decisiones que surgen de estos procesos afectan la gestión de nueva documentación financiera, técnica y contable.

En resumen, y a la luz de los antecedentes de la investigación, se puede afirmar que existe un cuerpo documental suficiente para abordar la temática general relacionada con la contratación de las EICE y su vínculo con la función administrativa. Esto proporciona los elementos necesarios para dilucidar, con ciertas pretensiones de validez, todos los aspectos del presente trabajo.

Esta idea encuentra sustento en el hecho de que los principios de la función administrativa y las reglas de interpretación o ponderación de estos tipos normativos como eje central, no son exclusivos de la actividad contractual, sino que trascienden a otras instituciones del quehacer de la administración pública en sus diversas expresiones. De tal suerte que desde esta perspectiva hermenéutica sistemática se enriquece y robustecen los antecedentes aplicables a la investigación, no solo desde el punto de vista jurisprudencial, sino desde las investigaciones que sobre los mismos se han adelantado.

De tal manera que se han revisado, entre otros, los trabajos académicos, artículos, normas, leyes, decretos, circulares y jurisprudencia que se relacionan en la bibliografía provisional, de los cuales se han extractado las contribuciones para la investigación que se destacan en el marco teórico; referidas principalmente a situaciones complejas en el campo de la contratación pública actual, toda vez que existen dificultades recurrentes en la práctica contractual nacional por el inadecuado uso que se hace del amplio margen de maniobra de la que disponen estas entidades (corrupción, tercerización, subcontratación, evasión de procesos de selección abiertos, entre otros).

Se encuentra que la investigación a desarrollar tiene como derrotero determinar si la autonomía reglamentaria de las entidades públicas, contenida en los manuales de contratación es total, el Consejo de Estado, al respecto en Sentencia del 20 de octubre de 2014. Expediente 2012-00762, ha considerado que, si bien las EICE cuentan con atribuciones para regular lo relacionado con la actividad contractual, las mismas deben respetar la “reserva legal”, es decir situaciones que no se pueden reglamentar dentro de los manuales de contratación debido a que son reserva del legislador, como los siguientes: (1) requisitos de existencia y validez del contrato, (2) principio de anualidad del gasto, (3) causales de inhabilidad e incompatibilidad, (4) sanciones y procedimientos para su imposición y (5) restricciones al acceso a la justicia para debatir los litigios derivados de contratos.

De conformidad con todo lo expuesto en el marco teórico, es imperativo señalar que, de acuerdo a los análisis realizados, se pudo establecer la existencia de límites a la libertad de construcción de los manuales de contratación pública propios de las EICE, definidos desde la normativa colombiana, además existen límites que se han venido decantando a lo largo de los distintos fallos emitidos, como, por ejemplo, los señalados en el sistema de compras públicas. Estos fallos pueden disminuir las eventuales zonas grises o de incertidumbre, de manera que se pueda contar con una información más clara y completa, aunque se encuentre diseminada en muchas normas y fallos.

Metodología

Para dar contenido a la presente investigación, debemos definir la estructura metodológica, especialmente cuál es su enfoque y su alcance conforme a los datos e información previamente obtenida.

Inicialmente es necesario establecer que la presente se trata de una investigación de enfoque cualitativo, debido a que su base, es un estudio normativo y teórico; como definición de la investigación cualitativa encontramos:

“El enfoque cualitativo, por lo común, se utiliza primero para descubrir y refinar preguntas de investigación. A veces, pero no necesariamente, se prueban hipótesis (Grinnell, 1997). Con frecuencia se basa en métodos de recolección de datos sin medición numérica, como las descripciones y las observaciones. Por lo regular, las preguntas e hipótesis surgen como parte del proceso de investigación y éste es flexible, y se mueve entre los eventos y su interpretación, entre las respuestas y el desarrollo de la teoría. Su propósito consiste en “reconstruir” la realidad, tal y como la observan los actores de un sistema social previamente definido.” (Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P, 2018)

Definimos entonces que el enfoque de esta investigación es cualitativo, donde el objetivo principal es reconstruir la realidad tal como la perciben los textos normativos, jurisprudenciales y dogmáticos dentro del contexto de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Dentro del alcance de la investigación a realizar, conforme a lo expresado por Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P, en su libro Metodología de la investigación, existen 2 factores para determinar qué tipo de investigación se debe abordar “el conocimiento actual del tema de investigación que nos revele la revisión de la literatura y el enfoque que el investigador pretenda dar a su estudio” (Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P, 2018).

El estado actual del conocimiento sobre el tema de investigación se revela en la revisión de la literatura, y el enfoque del investigador define la metodología y los objetivos del estudio.

En el caso particular se cuenta con unos precedentes jurídicos y normativos, además de referentes teóricos para la investigación, ya se han definido criterios desde la normatividad, la jurisprudencia y la doctrina, teniendo esto en cuenta, Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P, establecen:

“La mayor parte de las veces éstos se inician como exploratorios y descriptivos; pero se plantean con alcances correlacionales (sin consideración estadística) o de asociación y

explicativos. Más que la revisión de la literatura y lo que se encuentra en ella, lo que influye en el alcance de la investigación es el trabajo de campo inicial y posterior. Por ejemplo, un investigador que pretende entrevistar a terroristas para describir sus modos de operar (bajo esquemas no estructurados); sin embargo, durante sus entrevistas iniciales comienza a interesarse por sus motivaciones, pensamientos, formas de percibir el mundo, razones por las que actúan de determinada forma. Inicia su investigación como descriptiva y concluye siendo causal.” (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2018)

Las investigaciones suelen comenzar como exploratorias y descriptivas, con una revisión documental y en nuestro caso normativa y jurisprudencial, pero pueden evolucionar hacia enfoques correlacionales, de asociación o explicativos. Aunque la revisión de la literatura es fundamental, es el trabajo inicial y posterior el que principalmente influye en el alcance y profundidad de la investigación, con la posibilidad de una evolución o derivación de la investigación a temas adicionales.

Frente a la definición del alcance descriptivo, tenemos:

“Los estudios descriptivos pretenden medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a los que se refieren. Desde luego, pueden integrar las mediciones o información de cada una de dichas variables o conceptos para decir cómo es y cómo se manifiesta el fenómeno de interés; su objetivo no es indicar cómo se relacionan las variables medidas.” (Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P, 2018)

Los estudios descriptivos tienen como objetivo recopilar y analizar información sobre conceptos o variables específicas, ya sea de manera independiente o conjunta. Con estos estudios se busca proporcionar una visión detallada de cómo se presenta y se manifiesta el objeto de interés, describiendo sus características y patrones. Sin embargo, no pretenden establecer relaciones de causa y efecto entre las variables medidas, científicas, sino más bien ofrecer una descripción objetiva y sistemática del fenómeno u objeto estudiado.

En consecuencia, y conforme a lo establecido por Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P, (2018) en su libro Metodología de la investigación, la presente investigación cuenta con un enfoque cualitativo y su alcance es descriptivo.

Esta investigación estará enmarcada en un análisis jurisprudencial limitado a los pronunciamientos judiciales del Consejo de Estado, por tratarse del órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y se ceñirá a una revisión de los años 2010 a 2020. Este límite temporal se fija con el objeto de analizar la jurisprudencia expedida con posterioridad y con ocasión a la Ley 1150 de 2007, modificada por la Ley 1474 de 2011, disposiciones que definieron

el marco jurídico de la normativa contractual de las EICE, no siendo por tanto relevante revisar jurisprudencia anterior, la cual plantea debates diversos en torno a dicho régimen. Por lo tanto, la investigación que se desarrollará será investigación formal-jurídica, conceptual-jurídica o teórica-jurídica, según la denominación que se elija, siendo la misma perspectiva.

Para tal efecto, como instrumento metodológico se realizará una construcción de línea jurisprudencial con las providencias desde el año 2010, alrededor de los temas objeto de investigación. Esta propuesta metodológica se sustenta en la convicción de la existencia del precedente judicial y la asunción de que en el Consejo de Estado es posible, en un corto período de tiempo, un análisis sistemático en donde pueden existir sentencias hito, sentencias reiterativas, sentencias modificadoras, etc.; dentro de las cuales se busca un patrón de desarrollo decisional, para finalmente llegar a unas conclusiones fundadas y que resuelvan la pregunta de investigación a través del análisis meta-jurisprudencial propuesto. (López Medina, 2006)

Capítulo I

Concepto jurídico de las empresas industriales o comerciales del Estado y contexto histórico de los Principios de la Contratación Estatal

En general, la jurisprudencia relativa a la contratación estatal colombiana se desarrolla dentro de los marcos históricos y conceptuales. Sus principios obedecen a condiciones del entorno como los fenómenos globalizantes en sentido económico, social y político. Desde lo económico, las consideraciones desde el mercado son formas de procurar la eficiencia y la transparencia cada vez más aceptadas que, aunque imperfectas, aportan a la creación de garantías para la ciudadanía en un contexto democrático.

Este escenario de mercado y democracia definen el papel del Estado orientado a la publicidad, eficiencia, eficacia, celeridad, economía y rentabilidad para buscar sus fines desde formas y normas privadas alejadas del derecho público. Los riesgos están presentes cuando las garantías ciudadanas abandonan lo público debido a la fuerza de instituciones y entidades de naturaleza privada, que tienen cierto poder de monopolio en la contratación.

Así, la dependencia por la gestión desde lo privado puede influenciar y facilitar el desconocimiento de principios, procedimientos y en general, los mecanismos de participación ciudadana propios de las sociedades democráticas como la protección del interés general y del patrimonio público, al aumentar, por ejemplo, el riesgo de selección direccionada, clientelismo o favoritismo, lo que debilita la igualdad de oportunidades y fomenta redes corruptas.

Este primer capítulo, busca encontrar las bases dogmáticas de las empresas industriales o comerciales del Estado para mostrar, dentro del contexto histórico, los principios de la contratación estatal colombiana, tanto legales como constitucionales.

Para lograr este alcance se presentan los cimientos jurídicos y conceptuales de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado, situándolas en su contexto histórico y normativo, con el fin de comprender su marco regulatorio y sus cambios.

1.1 Concepto jurídico y dogmático de las empresas industriales o comerciales del Estado

La importancia del control sobre las empresas industriales y comerciales del Estado tiene un sustento en la reforma constitucional de 1991, de hecho, en su artículo 115 se indica que las EICE son parte de la rama ejecutiva. En este sentido los mecanismos de control de lo público tienen fuerza constitucional. Así, por ejemplo, Marín Vélez (2016), en torno al derecho administrativo, ha usado el término de “*empresas industriales o comerciales del Estado*”. Importante consideración que será usada más adelante.

La evolución y puesta en práctica del alcance de la Constitución lleva al artículo 85 de la Ley 489 de 1998 en donde se define a las empresas industriales y comerciales del Estado² como entidades públicas con forma de derecho privado, organizaciones creadas por la ley o autorizadas por ella, que realizan actividades industriales, comerciales y de gestión económica de acuerdo con las normas del derecho privado, con las excepciones establecidas por la ley. Estas entidades se caracterizan por tener personalidad jurídica, autonomía administrativa y financiera, así como patrimonio propio, constituido por bienes y fondos públicos, ingresos generados por tasas y servicios, y contribuciones especiales autorizadas por la Constitución.

La actividad industrial lleva dentro de sus múltiples actuaciones, aspectos vinculados con la investigación y desarrollo que pueden generar patentes o información sensible. Al respecto la misma ley protege la confidencialidad industrial e información comercial, aplicable a aquellos secretos que desarrollen y posean las EICE. (Ley 489 de 1998)

Conforme al artículo indicado, las EICE son entidades públicas, constituidas por fondos o bienes públicos, que desarrollan actividades industriales o comerciales y se rigen por las reglas del derecho privado, estas entidades cuentan con capital independiente, personería jurídica y autonomía administrativa y financiera.

Estas entidades, se crean o se autoriza su creación mediante construcciones normativas de las corporaciones públicas, a nivel nacional, el Congreso de la República las crea o autoriza su creación mediante una ley, a nivel departamental, son creadas o se autoriza su creación con la expedición de una ordenanza de las Asambleas Departamentales, y a nivel municipal, son creadas o se autoriza su creación mediante un acuerdo municipal expedido por los Concejos Municipales.

En el mismo sentido del artículo 85 de la Ley 489 de 1998, Rodríguez (2012), en el desarrollo de sus obras, nombra estas entidades como “empresas industriales y comerciales del Estado”.

Conforme a lo citado anteriormente y con el tratamiento que se ha dado del concepto por la Constitución Política, la ley y por los diferentes autores, existe una discrepancia gramatical entre la Constitución Política y la Ley, que puede terminar en una mala interpretación de los conceptos.

En el artículo 115 de la Constitución Política y en el desarrollo dogmático de Marín Vélez (2016), se definen como “empresas industriales o comerciales del estado” y en el artículo 85 de la Ley 489 de 1998, al igual que en el desarrollo dogmático de Rodríguez (2012), se definen como “empresas industriales y comerciales del Estado”, en este caso presentamos un problema gramatical de conjunciones.

² A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta, se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2, 4, 5, 6, 12, 13, 17, 27, numerales 2, 3, 4, 5, y 7, y 183 de la Ley 142 de 1994.

La conjunción “y” es definida por la Real Academia Española como una “conjunción copulativa. La que une palabras, oraciones y otros grupos sintácticos estableciendo entre ellos relaciones de adición o de agregación. Son y, e, ni.” y la conjunción “o” es definida por la Real Academia Española como una “conjunción disyuntiva. La que expresa alternancia o elección entre palabras u oraciones. Son o, u.”.

En este entendido, se presentan dudas al momento de interpretar estas definiciones, en diferentes desarrollos normativos han sido nombradas como “empresas industriales y comerciales del Estado”, pero lo correcto, conforme a lo establecido en el artículo 115 de la Constitución Política de Colombia y a lo planteado por Marín Vélez (2016), quien ha dado peso a ésta discusión, es que sean denominadas “empresas industriales o comerciales del Estado”, debido a que como sostiene Marín Vélez (2016), estas empresas cumplen con las dos funciones al tiempo, o pueden cumplir con una función únicamente industrial o únicamente comercial.

Rodríguez (2008), en su libro Derecho Administrativo General y Colombiano, indica las funciones propias de las empresas industriales o comerciales:

“Atribución de funciones industriales o comerciales. Como lo manifiesta la definición, estas entidades desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica. Esto quiere decir que, contrario a lo sucedido con los establecimientos públicos, las empresas desarrollan funciones que no son tradicionalmente propias del Estado sino propias de los particulares. Esas actividades de industria y comercio se ejercen, por tanto, con ánimo de lucro. Sin embargo, este ánimo de lucro no es igual al que mueve a los particulares, pues estos se proponen la obtención de utilidades con fines egoístas y personales, mientras que una empresa industrial y comercial del Estado intenta obtener utilidades para beneficio de la misma empresa e indirectamente de la comunidad. Estas actividades pueden ser aun de servicio público, pues en el Estado moderno algunas actividades, inclusive particulares, han llegado a ser consideradas como tales; por ejemplo, la actividad del transporte, en el caso del Servicio Aéreo a Territorios Nacionales -Satena-. Pueden ser también actividades de producción de bienes, como en la Industria Militar -Indumil-, o financieras, como en el caso del Banco Agrario.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que excepcionalmente la ley puede conferirle a las empresas funciones de carácter administrativo.” (Rodríguez, 2008)

Las empresas industriales o comerciales del Estado llevan a cabo labores económicas y de gestión con fines industriales o comerciales, diferenciándose así de los establecimientos públicos tradicionales.

Si bien en su creación buscan obtener ganancias, su objetivo no es el enriquecimiento personal sino beneficiar a la empresa e indirectamente a la comunidad, a partir del objeto social y las actividades estatutarias que le dan origen. Estas empresas entre otras, prestan servicios públicos, como el transporte, la producción y/o comercialización de bienes, el ofrecimiento de servicios financieros; sin embargo, en casos excepcionales, la ley puede asignarles funciones administrativas.

En cuanto a la definición de EICE, dentro de la doctrina no se encuentra un concepto claro y los autores se han encargado en especial de debatir sobre su régimen jurídico, así, por ejemplo, Tafur Galvis (1996) advierte frente al régimen jurídico de las EICE:

“Si bien es cierto que las empresas públicas estatales, normalmente actúan en la gestión económica, industrial o comercial, y utilizan procedimientos en el régimen de derecho privado, es evidente que su participación en el mercado económico persigue fines de interés general, social y constituyen instrumentos efectivos de la intervención estatal en el ámbito económico.” (Tafur Galvis, 1996)

Afirmando que las EICE, intervienen en el mercado económico siguiendo el régimen del derecho privado, para facilitar su búsqueda del interés general y social.

Aunque las empresas públicas estatales operan habitualmente bajo la normativa de derecho privado en la gestión económica, industrial o comercial, su participación en el mercado tiene como finalidad promover el interés general y social, constituyendo herramientas eficaces para la participación del Estado en la economía y finalmente siendo una representación del Estado y buscando los fines del Estado.

Barón Barrera (2016) apoya esta consideración, señalando que por su naturaleza son entidades propias del derecho económico, y se deben aplicar las normas del derecho privado, pero con una concepción de diferencia frente al derecho económico, en consecuencia, nos encontramos ante un régimen jurídico mixto, que da aplicación, según el caso al derecho público y al derecho privado:

“El régimen jurídico de la empresa del Estado es el derecho económico, porque se le aplica tanto el derecho público (creación legal, gerente nombrado por el presidente, contratación estatal, controles estatales) como el derecho privado (Código Civil, Comercial y Laboral) en las actividades económicas relacionadas con su objeto industrial y comercial.” (Barón Barrera, 2016)

Por un lado, se rige por normas públicas, especialmente en su régimen administrativo, como su creación, designación mediante decretos de la máxima autoridad administrativa del nivel al que pertenecen como miembros de junta directiva, nombramientos de empleados de libre

nombramiento y remoción, por otro, se guían por los postulados del derecho privado, en cuanto a sus operaciones económicas industriales o comerciales para los procesos de adquisición y comercialización, en consecuencia, se caracterizan por un régimen jurídico híbrido, integrando derecho económico público y privado.

También diferentes autores se han centrado en discutir si estas entidades deben hacer parte de la rama ejecutiva, teniendo en cuenta que no desarrollan directamente funciones administrativas, sin embargo, persiguen el interés general y social, los fines del Estado.

Como, por ejemplo, Brito Ruíz (2016), el cual señala:

“En cuanto a las empresas industriales o comerciales del Estado, procede señalar, inicialmente, que aparecen incluidas en el Artículo 115 de la Carta, que trata de la rama ejecutiva. Esto genera alguna dificultad de comprensión, en tanto se considere que esta rama cumple las denominadas funciones ejecutivas, porque ellas, de existir, corresponderían a unas distintas de las que realizan esas industrias o empresas, encaminadas al sector productivo de la economía, antes que a labores relacionadas con la ejecución de la Ley. En otro sentido, resulta difícil entender de qué manera se cumple la ejecución de la ley mediante una actividad industrial o comercial.” (Brito Ruíz, 2016)

La inclusión de las empresas industriales o comerciales del Estado en el Artículo 115 de la Constitución, relacionado con la rama ejecutiva, crea interrogantes de si las mismas hacen parte de esta rama; pero, esto se debe a que las funciones ejecutivas típicas se pueden distinguir de las actividades económicas y productivas que realizan estas empresas.

Esto plantea una aparente contradicción, ya que las funciones ejecutivas tradicionales difieren de las actividades productivas y económicas que realizan las empresas industriales o comerciales del Estado, la ejecución de la ley parece estar desconectada de la naturaleza industrial y comercial de estas entidades, lo que genera dificultades para comprender cómo se lleva a cabo esta ejecución a través de actividades económicas y a la vez cumplir con los fines del Estado.

En la consideración de Brito Ruíz (2016), no está claro, que las EICE hagan parte de la rama ejecutiva, cuando son parte del derecho económico, y no tienen las nociones básicas de las entidades de la rama ejecutiva, no cumplen con funciones ejecutivas.

En el mismo sentido, Marín Vélez (2016) señala, que no es correcto afirmar que la ejecución de la ley, corresponda a la actividad administrativa del Estado, resultando complicado clasificar este tipo de actividad dentro de las funciones administrativas tradicionales, considerando los objetivos que buscan alcanzar, por lo tanto, no se ajusta a la estructura de la rama ejecutiva, lo que plantea una clasificación distinta y novedosa. (Marín Vélez, 2016)

Las bases de las empresas industriales o comerciales del Estado siguen siendo difíciles de categorizar dentro de funciones administrativas tradicionales, considerando los objetivos que persiguen, por lo tanto, no encajan claramente dentro de la rama ejecutiva ni de la administración nacional, ya que su propósito y alcance difieren significativamente de las funciones típicas de estas entidades.

Creando así un interrogante final, las empresas industriales o comerciales del Estado persiguen unos objetivos industriales o comerciales, buscan un objetivo económico y de competitividad económica o buscan los fines del Estado y las prerrogativas propias de la Rama Ejecutiva.

En la práctica, las EICE cada vez abarcan más alcances desde su objeto social y misionalidad, tanto de aquellas que miran a lo puramente industrial y comercial como es el caso de las que se dedican a la industria licorera o enajenación de inmuebles del Estado o al entretenimiento; como las que apoyan desde esa misma perspectiva las funciones administrativas o de contenido más social, como las que se dedican a la operación urbana, consultoría y gerencia de proyectos públicos, seguridad urbana, entre otros. Ello profundiza la hibridación que las regula, tanto en sus relaciones laborales, donde aplican derecho individual, colectivo y laboral administrativo; como en su contratación donde aplican procedimientos y decisiones de contenido administrativo o puramente comercial.

Igualmente, dependiendo del sector al que pertenezcan, estas EICE incorporan a su marco jurídico diferentes disposiciones de contenido legal o regulatorio y pueden ser vigiladas como competidores de ese sector por las superintendencias, comisiones de regulación, veedurías, entre otros.

Estas son las consideraciones dogmáticas y jurídicas de la definición de EICE.

1.2 Contexto histórico del régimen jurídico aplicable a las empresas industriales o comerciales del Estado

Iniciando con un recuento histórico alrededor de las EICE y su régimen jurídico aplicable encontramos que:

La dificultad planteada es reconocida expresamente por el Consejo de Estado (2016) que, en el expediente 45.607, afirma que “ha provocado dificultades, desde el punto de vista de la comprensión teórica, incluso práctica, porque una es la claridad de la declaración legal de exclusión de la Ley 80 de 1993 y otra la concreción de esa realidad normativa”, ya que se ha discutido, acerca de la diferencia entre el régimen contractual o jurídico de una entidad exceptuada del EGCAP y la naturaleza misma de la entidad, o se ha llegado a debatir acerca de la impropiedad

que es afirmar que el régimen de estas entidades es el derecho comercial. (Empresas Sociales del Estado –Ley 100 de 1993–; los operadores de los servicios públicos domiciliarios –Ley 142 de 1994–; las universidades públicas –Ley 30 de 1992–; el Banco de la República –Ley 31 de 1992– ; entre otras)

La exclusión de las EICE de la Ley 80 de 1993 ha generado dificultades tanto teóricas como prácticas, esto se debe a la discrepancia entre la claridad de la declaración legal y la complejidad de implementar esa realidad normativa en la práctica.

Así, el Consejo de Estado (2016) según el expediente 45.607, reconoce que el régimen contractual de las EICE no es propiamente el derecho privado; es una composición de este con los principios de la función pública, gestión fiscal, y normas de derecho público como las inhabilidades e incompatibilidades. En este sentido diferentes autores, entre ellos Suarez Beltrán (2014), afirman que hay una mezcla de ordenamientos que produce un sistema jurídico mixto, y por lo tanto de difícil identificación, al considerar que el régimen contractual tiene un marcado acento *ius privatista*, con amplio uso de la autonomía de la voluntad, pero con carga de derecho público que lo hacen único. Esta amalgama de regímenes se suma a otra dificultad práctica, y es que, producto de la potestad de cada EICE para expedir y hacer un ejercicio propio de definición de matices en sus respectivos manuales de contratación, se encuentra una proliferación de normas especiales contractuales en tantas EICE existen, porque cada una cuenta con su manual propio.

Las EICE tienen de conformidad con estas precisiones un régimen contractual único, que fusiona elementos del derecho privado con los principios de la función pública, la gestión fiscal y disposiciones de derecho público. Esta fusión por así decirlo, nace o se materializa para el momento de la expedición del reglamento contractual, su adopción o modificación, ya que antes de ello, sólo existe para estas entidades un mandato general de reglamentar su actividad contractual de acuerdo a esas preceptivas, y desde luego, la existencia de unas normas dispositivas de carácter civil y comercial que le son aplicables.

La combinación de ordenamientos jurídicos da lugar a un sistema jurídico mixto, el cual es complejo y difícil de identificar, caracterizado por tener un régimen contractual con enfoque predominantemente de derecho privado, que aprovecha la autonomía de la voluntad y busca el libre comercio, pero con una carga significativa de derecho público que lo distingue, esta fusión de ordenamientos, se complica aún más con la capacidad de cada empresa industrial o comercial del Estado, para crear sus propias normas contractuales, a través de sus manuales de contratación únicos, lo que resulta en una proliferación de regulaciones especiales contractuales, tan diversas como EICE existentes.

También considera Suarez Beltrán (2014), que se enfrenta a un debate propio sobre la naturaleza misma de estos actos o reglamentos, en cuanto algunos abogados han considerado que, por tratarse

de un documento interno, que surte un trámite ante los órganos administrativos regidos por el derecho privado, entonces su carácter es de acto de comercio o mercantil, se cuestionan si se trata de actos administrativos o actos de comercio/mercantiles, considerando su carácter interno y su tramitación ante órganos regidos por el derecho privado.

Aunque el Consejo de Estado (2016) según expediente 45.607, reconoce que esa duda está resuelta por decisión judicial, esa misma particularidad de que medie una sentencia con la cual se define un asunto como este, justifica aún más la decisión de centrar la investigación en un examen de la jurisprudencia.

En cualquier caso, se tiene que existe una reconocida capacidad creadora o de configuración de los manuales de contratación que sólo encuentra unos límites expresos en la ley, pero los cuales han venido siendo interpretados por los jueces al dilucidar la forma en la que ha de aplicarse al reglamento interno de contratación el derecho privado, teniendo en consideración los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Uno de los límites o controles democráticos a esta capacidad reglamentaria, se encuentra recientemente en una norma que ya existía para otros reglamentos o actos administrativos de carácter general y que ahora se regula de manera expresa para los manuales de contratación.

En efecto, conforme al artículo 2.2.1.2.1.4 del Decreto 1082 de 2015, las EICE, al estar excluidas del estatuto general de contratación, deben adoptar manuales o políticas de contratación que orienten sus procesos contractuales, antes de su adopción o modificación, dichos manuales deben ser publicados por un periodo no menor a diez días hábiles, ya sea en su página web o en el SECOP, con el fin de permitir la participación ciudadana mediante la presentación de observaciones, las observaciones tener una respuesta y hacer parte de la memoria justificativa del acto.

Es común ver como veedurías ciudadanas apelan constantemente a este mecanismo para procurar que los procedimientos contractuales y las modalidades de selección incluyan procedimientos abiertos, reservando las invitaciones privadas o la contratación directa para cuantías menores y procurando que la junta directiva en la cual generalmente tienen asiento los secretarios de despacho, ministros y máxima autoridad administrativa del nivel al que pertenecen, puedan ejercer controles frente al inicio de procesos cuantiosos o complejos como las alianzas público privadas o concesiones.

Por su parte, en la respuesta a estas observaciones las EICE apelan a la necesidad de contar con mecanismos expeditos para la contratación, privilegiando los contratos que le permiten proveerse de un número indeterminado de bienes y servicios para responder al desarrollo de su actividad mediante alianzas con privados previamente seleccionados, con el objeto de ser más competitivos, lo que es muy común en las empresas que realizan apoyo logístico, alimentación y otros servicios

y cuyo principal cliente es la entidad territorial del propio nivel central al que pertenecen, a través de contratos interadministrativos.

La consultoría, por ejemplo, que en el Estatuto General de Contratación Pública, contiene un procedimiento de selección amplio, con varios requisitos, robustos, exigentes, por estar destinados a la prefactibilidad y evaluación de proyectos; en estos manuales cada vez más, son regulados mediante procesos de selección directos o cuando mucho privados o de máximo tres ofertas. Esto desde luego, genera una ventaja comparativa para estas EICE y desde el punto de vista de la competitividad acortan la ejecución de proyectos de infraestructura, pues agilizan la etapa de maduración, especialmente en cuanto a la contratación de estudios técnicos, diseños estructurales, diseños arquitectónicos, estudios ambientales, bioclimáticos, entre otros; los cuales requerirían varios procesos de selección de concurso de méritos subsiguientes en el contexto del estatuto contractual ordinario.

Pero esa capacidad de reglamentación no se agota en la modalidad de selección, sino que permite acudir a formas atípicas traídas de la industria o sector al que pertenecen, generando una cantidad de pactos accesorios, formas de administración, subcontratación, delegación, financiación o reinversión que luego se materializan en contratos que escapan a las dinámicas cotidianas del contrato estatal típico. En este contexto, la EICE en búsqueda de su competitividad, no pueden abandonar por ejemplo los postulados de la gestión fiscal y asumir riesgos que amenacen su propio patrimonio o los recursos públicos o mixtos que estén gestionando, lo que de suyo le imprime una regla de conducta más conservadora que la que pueda tener el sector al que pertenece.

Esto se expresa en temas concretos como el manejo de los rendimientos financieros de los recursos que administran, los cuales deben tener unas tasas mínimas y que correspondan a un estudio de mercado. Igualmente, en aspectos como la inversión en publicidad, la cual en la EICE no puede tener las limitaciones propias que tienen otras entidades del Estado por razones de austeridad en el gasto, porque iría en contra de su competitividad; pero al mismo tiempo deben tener un análisis y medición más estricto para decantar su efectividad. Las alianzas, los negocios de riesgo compartido, las sociedades derivadas o filiales mixtas, son otra de las expresiones donde el derecho privado debe pasar, por decirlo de alguna manera, por el cedazo de los principios de la función pública y la gestión fiscal. Estos deben actuar como una especie de filtro que no obstaculice el desarrollo del objeto social de la EICE pero que le imprima criterios de moralidad, razonabilidad, proporcionalidad y transparencia

Por lo tanto, afirma el Consejo de Estado (2016) según expediente 45.607, que actualmente, dentro de la contratación de las empresas excepcionadas del régimen del EGCAP, se diferencian dos normativas (1) una el derecho privado, dominante y que contribuye con todas sus instituciones y reglas, y con las cuales se adelantan los contratos de esas entidades; y un segundo (2), marcada por la presencia de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

En este régimen entonces, coexisten dos categorizaciones jurídicas distintas: por un lado, el derecho privado, que prevalece y aporta sus normas para la celebración de contratos; y por otro, el derecho público, influenciado por los principios de la función administrativa y la gestión fiscal.

Para comprender el objeto del presente estudio, es menester realizar una referencia previa sobre las normas que regulan la contratación de las EICE, y aquellas que han generado una excepción a la aplicación del EGCAP para esta clase de entidades públicas.

Inicialmente la Ley 80 de 1993 consagró que las EICE eran sujetos destinatarios del EGCAP (Art. 2, numeral 1, literal a Ley 80), pero estableció una excepción dentro de la obligación a utilizar el proceso de licitación pública, cuando se trate de contrataciones de las EICE cuyo objeto sea la ejecución de actividades comerciales o industriales, para aquel momento se discutía sobre cuál era el proceso contractual de derecho público aplicable a la contratación de estas entidades, pero en todo caso, el régimen jurídico de los contratos era el EGCAP.

Por esta época, se comienza a considerar que las EICE deben ser competitivas ante otras entidades de derecho privado que busquen los mismos objetivos industriales y comerciales, el objetivo sería volverlas competitivas en el mercado, que no se encontraran en desventaja respecto de su competencia, entonces se debían crear beneficios o laxitudes en la norma, que permitieran alcanzar sus objetivos económicos con mayor facilidad.

Para este momento histórico (1993-1998) según expediente 27.921 del Consejo de Estado (2005), se indica que el legislador optó por un criterio puramente subjetivo u orgánico (el sujeto), para determinar el régimen jurídico aplicable a las EICE, en relación con sus contratos, variando la modalidad contractual aplicable dependiendo de la materia contratada, pero nunca el régimen jurídico aplicable al contrato, el cual era el derecho público.

En consecuencia, se realizan acercamientos al concepto de un régimen jurídico mixto, pero se seguía teniendo la camisa de fuerza dentro del régimen jurídico de derecho público.

Posteriormente se expidió la Ley 489 de 1998, e introdujo las siguientes normas al régimen de contratación de las EICE:

“ARTÍCULO 85.- Empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, 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 que reúnen las siguientes características:

(...)

ARTÍCULO 93. Régimen de los actos y contratos. 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.” (Ley 489 de 1998)

En esa oportunidad, afirma el Consejo de Estado (2005) según expediente 27.921, que el legislador diferenció el régimen jurídico aplicable a las EICE, en relación con sus contratos, optando por un criterio material, es decir, ya el régimen jurídico dependería de la materia objeto de contratación y no del sujeto que contrata, separando entre contrataciones que se adelantan en desarrollo de la actividad industrial o comercial de la EICE, y las que corresponden al cumplimiento de su objeto. Así, el legislador abandonó el criterio orgánico, establecido inicialmente en la Ley 80 para efectos del régimen jurídico de las EICE, generando un nuevo escenario contractual, en el cual, se cuenta con un régimen mixto, con contratos regulados en el EGCAP y otros por el derecho privado aplicable a la actividad comercial o industrial.

El legislador entonces estableció un criterio para diferenciar el régimen jurídico aplicable a las empresas industriales o comerciales del Estado, en función de la materia objeto de contratación, abandonando el criterio orgánico inicialmente establecido en la Ley 80. Por primera vez, se llega al concepto de un régimen jurídico mixto, donde los contratos de las EICE se rigen por:

- Régimen de Derecho Público: El Estatuto General de Contratación Administrativa Pública (EGCAP) para contratos relacionados con el cumplimiento de su objeto y su funcionamiento.
- Régimen de Derecho Privado: Normas de derecho privado aplicables a la actividad comercial o industrial para contratos desarrollados en este ámbito.

Este enfoque material permite una distinción clara entre las actividades comerciales/industriales y las de cumplimiento del objeto de la EICE.

Siguiendo con este hito, Rodríguez (2008), en su libro Derecho Administrativo General y Colombiano, frente a la aplicación del derecho privado en el régimen jurídico de las EICE, indica:

“Los artículos 85 y 93 de la ley 489 de 1998 manifiestan que las empresas industriales y comerciales del Estado desarrollan sus actividades conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley. La aplicación de este régimen jurídico se explica porque, como ya lo hemos afirmado, a pesar de ser las empresas entidades estatales, ejercen funciones propias de los particulares. Por tanto, se ha querido que, como

ejercen funciones propias del sector privado, se sometan consecuentemente al mismo régimen de los particulares para que puedan actuar como estos. Este régimen de derecho privado está representado fundamentalmente por el Código Civil y por el Código de Comercio. Igualmente, se les aplica en parte el derecho laboral común, es decir, el Código Sustantivo del Trabajo. De acuerdo con la teoría general, cuando las actividades se rigen por estas normas la competencia en materia de conflictos debe corresponderle a la jurisdicción común u ordinaria. Sin embargo, la ley 1107 de 2006 prevé que, salvo en relación con ciertas materias, como en asuntos laborales y en algunos aspectos referentes a las empresas de servicios públicos domiciliarios, la jurisdicción administrativa es competente para juzgar, en general, las controversias originadas en la actividad de estas empresas.

En consecuencia, podemos decir que la regla general de aplicación del derecho privado se presenta respecto de las actividades normales de la empresa, que son las de carácter industrial, comercial o de gestión económica.” (Rodríguez, 2008)

Se establece entonces que las EICE ejercen por su naturaleza actividades propias de los particulares y, en consecuencia, se deben someter al mismo régimen jurídico. Además de la lección propuesta en términos de las leyes ley 489 de 1998 y 1107 de 2006 sobre el ámbito de aplicación del derecho privado podemos extraer que la competencia jurisdiccional es la común u ordinaria y que la ley establece que la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para juzgar controversias originadas en la actividad de las EICE, con excepciones en los asuntos laborales y ciertos aspectos de empresas de servicios públicos domiciliarios

Tabla 1: Ámbito de aplicación derecho privado en términos de las leyes 489 de 1998 y 1107 de 2006

Régimen Jurídico	Normas Aplicables	Competencia Jurisdiccional
Las EICE se rigen por la normativa privada (Ley 489/1998, arts. 85 y 93), salvo excepciones legales. Esto se debe a que ejercen funciones propias de los particulares.	Código Civil. - Código de Comercio. - Código Sustantivo del Trabajo. (derecho laboral común).	- Jurisdicción común u ordinaria. (teoría general). - La Ley 1107/2006 establece que la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para juzgar controversias originadas en la actividad de las EICE, con excepciones en: - Asuntos laborales. - Algunos aspectos de ESPD.

Fuente: Elaboración propia

Este régimen jurídico permite que las empresas industriales o comerciales del Estado, actúen como establecimientos privados, con flexibilidad y autonomía, pero con supervisión y control estatal cuando corresponda, logrando así volverlas competitivas en materia comercial, y que puedan llegar a cumplir con sus objetivos económicos, más allá de lograr los fines del Estado.

Continuando con este recuento histórico, afirma Suarez Beltrán (2014), que para el año 2007, el legislador genera un nuevo criterio material, para determinar el régimen jurídico aplicable en los procesos de contratación de que hacen parte las EICE, el cual ya no considera el objeto o alcance de cada contrato particularmente celebrado, sino que tiene en cuenta la actividad industrial o comercial de la EICE respectiva.

Con este criterio, se considera principalmente la actividad industrial o comercial de la Empresa Comercial o Industrial del Estado, en lugar del objeto o alcance de cada contrato específico que deseen suscribir, lo que simplifica la distinción entre contratos sujetos a derecho privado y derecho público, y proporciona mayor claridad y seguridad jurídica en la contratación estatal.

Así, la labor contractual de las EICE exige identificar la naturaleza y condiciones en que la entidad desarrolla su actividad empresarial, sin que la norma vuelva a la calificación jurídica descrita en la Ley 489 de 1998, es decir, ya no resultaría determinante las prestaciones u objeto del contrato mismo, sino que debe analizarse si la EICE se encuentra en alguna de las siguientes situaciones al momento de contratar:

- Que se encuentre en competencia con el sector privado de la economía nacional o internacional.
- Que desarrolle su actividad en mercados económicos monopolísticos o mercados regulados.

Estos criterios permiten evaluar el contexto específico de la EICE y aplicar el régimen jurídico correspondiente, asegurando transparencia y equidad en la contratación estatal.

Continúa afirmando Suárez Beltrán (2014), que constatada alguna de las situaciones de competencia o de mercado que señala la norma y descritas anteriormente, puede afirmarse que el régimen jurídico aplicable al contrato no es el EGCAP (Ley 80 de 1993), sino la mixtura con el derecho privado, que lo constituye en un régimen excepcional conforme al contrato o actividad a celebrar, aplicando así un régimen jurídico híbrido, que combina el derecho público y privado, en lugar de seguir exclusivamente el EGCAP, dependiendo del contrato o actividad en cuestión.

Una discusión que surge en paralelo conforme a lo afirmado por Suárez Beltrán (2014), es si el estado de “competencia” al que hace referencia el primer aparte de la causal de exoneración del sistema jurídico contractual público, requiere de prueba o basta ser declarado en el acto de constitución de la entidad respectiva para poder invocar el régimen jurídico excepcional, se cuestiona si la condición de competencia para aplicar el régimen jurídico excepcional, se considera suficiente únicamente al declararlo en el acto de constitución.

Hoy en la práctica se observan nacientes empresas con inversiones de capitales públicos y reformas a empresas existentes, con objetos sumamente amplios, emulando las capacidades de una sociedad por acciones simplificadas que pueden realizar cualquier actividad lícita.

Sin embargo, esa declaración del objeto social no puede estar dissociada de una planeación, de unas capacidades institucionales y de una factibilidad técnica y financiera como en efecto ocurre en la actualidad. Está primando la declaración formal de competencia en el sector sobre la realidad institucional, en el afán de abarcar en el futuro la posibilidad jurídica de realizar casi cualquier negocio a través de dichas empresas, y estas son buscadas afanosamente por los ordenadores del gasto del nivel central para realizar diversos contratos o convenios interadministrativos para direccionar sus compras públicas y de allí el afán de las primeras de contar con un diverso portafolio, pero no siempre respaldado desde una viabilidad técnica, financiera, experiencia y capacidades institucionales.

La mera declaración de competencia en el sector no debe prevalecer sobre la realidad institucional; sin embargo, en la práctica, esto ocurre debido al interés de las empresas en expandir su alcance y realizar diversos negocios, la declaración del objeto social no puede separarse de una planificación cuidadosa, capacidades institucionales sólidas y viabilidad técnica y financiera.

Con estas modificaciones en los objetos sociales y al volverlos tan amplios, se hace más “difícil” determinar en cada tipo de contrato cual está exento del régimen contenido en el EGCAP.

Revisado desde una perspectiva comercial, encontramos que el criterio formal se ve reforzado por la normativa mercantil, la cual en el artículo 110 del Código de Comercio, indica que el objeto social es la enunciación, esto es la declaración de la lista de las actividades en que consiste la empresa o negocio. Estas actividades, además, no son solamente lo que la sociedad va a desarrollar en el inmediato futuro, sino las que proyecta desarrollar en el futuro próximo. Lo que si queda claro desde esta misma vista es que tampoco se puede caer en la indeterminación ni en la totalidad, ya que solo la sociedad mercantil denominada sociedad por acciones simplificada es la única que puede tener un objeto social que le permita realizar cualquier actividad lícita.

Como conclusiones preliminares queda claro que, frente a las exigencias del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la ley 1474 de 2011, para poder ser sustraídos sus contratos de la aplicación del Estatuto General de Contratación, debe haber una declaración formal de las actividades comerciales que desarrollarán en competencia del sector público o privado.

Queda una pregunta que más adelante debemos retomar y es si todos los contratos relacionados directamente con esas actividades son los únicos exceptuados, o lo son también los contratos

relacionados con el funcionamiento ordinario de la empresa como los de abastecimiento o de gestión.

Adicional a estas discusiones históricas y avances normativos sobre el objeto social de las empresas industriales o comerciales del Estado, que finalmente crean un régimen jurídico mixto para sus contratos, encontramos como influencia principal del derecho público en estas entidades los principios de la función administrativa.

Los principios de la función administrativa que encontramos en los artículos 209 y 210 de la Constitución Política de Colombia, se establecen como primer límite definido para estas regulaciones, pero no resultan a primera vista suficientes para contener estas problemáticas. En este sentido, existe un deber de configuración de los manuales de contratación que propugnen por la materialización de la eficacia, igualdad, economía, moralidad, publicidad, celeridad, e imparcialidad, en las etapas de contratación, en la precontractual, en la selección de contratista, en la ejecución y en la liquidación del contrato. (Consejo de Estado, 2013)

Los principios constitucionales de la función administrativa (artículos 209 y 210) son el punto de partida para regular la contratación, y es necesario que los mismos sean la base para el desarrollo de los manuales de contratación de las EICE, y así garantizar la aplicación efectiva de estos principios en cada fase del proceso contractual.

De lo anteriormente afirmado en las sentencias debidamente citadas y por Suárez Beltrán (2014), se concluye, que los contratos celebrados por las EICE, están regidos, de una manera que podemos llamar dominante, por el régimen privado; sin embargo, este no es exclusivo conforme afirma el Consejo de Estado (2016) según el expediente 45.607. En consecuencia, la libertad de la actividad contractual no es absoluta, ni aplica únicamente el principio de la autonomía privada, también resulta aplicable las normas y principios del derecho administrativo que deben ser tenidos en cuenta, para cumplir con el ordenamiento jurídico, aplicable a la contratación estatal.

Con esto, se tiene que los manuales de contratación de las EICE, son la herramienta idónea, para concretar la mixtura existente entre las normas de derecho privado y público aplicables a esta contratación, el cual constituido en debida forma permite la aplicación de los principios contenidos en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

En este sentido, el Consejo de Estado (2016) según expediente 45.607, llegó a una conclusión, frente a una empresa de servicios públicos de carácter oficial, régimen similar al de las EICE:

“(…)

el régimen contractual de estas entidades queda sujeto a una combinación muy incierta, pero efectiva: al derecho privado, a los principios de la función administrativa y de la

gestión fiscal y al reglamento interno de contratación, que en el fondo pondera parte de los dos regímenes anteriores.

(...).” (Consejo de Estado de Colombia, 2016)

La contratación de estas entidades se rige por una mezcla única de derecho privado, principios administrativos y fiscales, y su propio reglamento interno o manual de contratación, que equilibra y combina aspectos de los dos primeros.

De conformidad con esta conclusión que da el Consejo de Estado (2016) en el expediente 45.607, una vez se constituye el manual de contratación de una empresa excluida del EGCAP, en este caso EICE, las mismas pierden libertad contractual y su manual se convierte en regla que en adelante vincula y obliga a su cumplimiento, igualmente, lo que no se regule en este manual, se ejecutará conforme a las normas del derecho privado y a la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Frente a los manuales de contratación de las EICE, Colombia Compra Eficiente (2021), ha indicado que los mismos tienen un carácter de reglamento y están integrados por un conjunto de normas previstas en la jurisprudencia, la ley y la Constitución Política, entre otros.

Los manuales de contratación de las EICE constituyen regulaciones que combinan disposiciones legales, jurisprudenciales y constitucionales, configurando un marco normativo coherente y de obligatorio cumplimiento para estas entidades.

Estos manuales de contratación, al ser expedidos como un reglamento interno, son despachados en uso de funciones administrativas de la entidad y con todos los requisitos de derecho público que se requieren.

Así, los manuales de contratación, se configuran en “acto administrativo de carácter general”, transformándose en una fuente de derecho fundamental para la contratación de las EICE, debido a que a través de los mismos se aplican las generalidades contenidas en las disposiciones normativas superiores y el mismo perdura en el tiempo, entra a hacer parte del ordenamiento jurídico aplicable para la EICE, tal y como lo expresa Pardo (2013), “Lo más característico del reglamento es así su carácter normativo, su naturaleza de norma jurídica que, como tal, se integra en el ordenamiento jurídico”.

Para la expedición de este acto administrativo de carácter general “Manual de Contratación” se respetan los principios de la función pública y las disposiciones del derecho público pertinentes para la expedición de este tipo de actos.

En Colombia, los requisitos para la expedición de “actos administrativos de carácter general” están establecidos en la Constitución Política, la Ley 57 de 1985 (Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo) y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) y se establecen los siguientes requisitos que podrían ser aplicables para las EICE:

1. Competencia (Art. 209 CP): El órgano administrativo debe tener la autoridad legal para expedir el acto.
2. Motivación (Art. 209 CP): Debe estar debidamente motivado y fundamentado en razones de interés público.
3. Coherencia (Art. 209 CP): Debe ser coherente con el ordenamiento jurídico vigente.
4. Procedimiento: Debe seguirse el procedimiento establecido por la ley o reglamento, en este caso Ley 1437 de 2011.
5. Cumplir con los requisitos de validez consagrados en el inciso 2º del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

En este entendido, afirma la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (2021) dentro de concepto jurídico, que los manuales vinculan tanto a las EICE como a los destinatarios externos, tomando como base sentencia del Consejo de Estado (2013) según el expediente 25.590, que indica que esta característica se conoce como “principio de la inderogabilidad singular del reglamento”.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (2021) concluye que los manuales de contratación expedidos por las empresas industriales o comerciales del Estado son reglamentos “*secundum legem*”, lo que significa que se encuentra por debajo de la ley dentro del nivel jerárquico de fuentes del derecho, en este entendido, se trata de un instrumento que precisa y desarrolla disposiciones legales preexistentes, clarifica y desarrolla las disposiciones legales y normativas existentes.

Con lo cual, llegamos al punto más relevante de este capítulo y es que el expediente 45.607 del Consejo de Estado (2016), ha señalado que los manuales internos de las entidades que se rigen por el derecho privado, son reglamentos y deben ser cumplidos en los procedimientos contractuales que se adelanten, pero, la autonomía administrativa de estas entidades para la expedición de los mismos no es absoluta, sino que, por el contrario, la capacidad de crear y establecer normas tiene límites inherentes que, si bien no pueden ser definidos de manera abstracta por el Consejo de Estado, es importante destacar que no se puede ignorar la reserva de ley que protege ciertas

materias específicas, entre estas materias se incluyen, por ejemplo, la capacidad para celebrar contratos, la atribución de poderes especiales, la creación de inhabilidades y conflictos de intereses, entre otros temas que requieren una regulación específica y clara. (Consejo de Estado (2016).

De esto podemos resaltar y concluir que, la autonomía de las entidades de derecho privado o exceptuadas del régimen de contratación pública, al momento de la creación de los manuales internos de contratación es relativa, ya que existe una reserva de ley que restringe su capacidad creadora en materias como la contratación, poderes exorbitantes, inhabilidades e incompatibilidades, además en la construcción de los mismos se deben respetar los fundamentos y requisitos de la creación de actos administrativos de carácter general y construirlos con apego a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

1.3 Principios de la Contratación Estatal y su fundamento Constitucional

Una vez evaluado el contexto histórico de la construcción del régimen jurídico de las EICE, se debe hacer énfasis en los principios que las mismas deben respetar, en especial de la función administrativa y contratación estatal.

Los principios de la contratación estatal tienen su fundamento en la Constitución Política Colombiana, en especial en el artículo 209 que habla de la función administrativa:

“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.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. (...).” (Constitución Política de Colombia)

Para el interés de esta investigación, podemos resaltar que, los intereses generales son el objetivo principal de la función administrativa, la cual se rige por principios de equidad, ética, eficiencia, austeridad, prontitud, imparcialidad y transparencia, y se desarrolla mediante la coordinación de autoridades y la implementación de controles internos.

En desarrollo del artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 3 de la ley 489 de 1998, indica cuales son los principios de la función administrativa,

“ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

PARAGRAFO. Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.” (Ley 489 de 1998)

En desarrollo de estos principios de la eficiencia, moralidad, buena fe, igualdad, economía, celeridad, publicidad, imparcialidad, eficacia, participación, transparencia y responsabilidad, diferentes han sido los conceptos de doctrina y jurisprudenciales:

1.3.1 La buena fe

El principio de la buena fe en Colombia, consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, establece que tanto los particulares como las autoridades públicas deben actuar con honestidad, lealtad y conforme a las expectativas legítimas que se derivan de sus actuaciones. Este principio se presume en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, y solo puede ser desvirtuado mediante los mecanismos legales establecidos. La Corte Constitucional ha señalado que la buena fe es un postulado constitucional que irradia las relaciones jurídicas entre particulares, permitiendo incluso que la ley establezca esta presunción en casos específicos entre ellos. (Corte Constitucional, Sentencia C-790 de 2011).

El principio de la buena fe ha sido ampliamente debatido. Acosta Díaz (2021), indica que el concepto de buena fe implica realizar acciones o actos jurídicos que se ajusten a los estándares éticos y morales que rigen el ordenamiento jurídico de una comunidad. En otras palabras, se trata de que las acciones de una persona se alineen con lo que la sociedad considera justo, honesto y leal, reflejando un comportamiento íntegro y responsable. (Acosta Díaz, 2021)

También expresó la Corte Constitucional en la Sentencia T-475 de 1992, la definición del principio de la Buena Fe:

“la buena fe ha pasado de ser un principio general del derecho para convertirse en un postulado constitucional (CP art. 83). Este trascendental principio exige de los particulares y de las autoridades ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta (“vir bonus”). La buena fe supone la existencia de una relación entre personas y se refiere fundamentalmente a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada.” (Corte Constitucional, Sentencia T-475 de 1992)

En cuanto a la buena fe referida al tema de contratación estatal o buena fe contractual en los negocios del Estado, El Consejo de Estado ha reiterado que se trata de un principio de carácter objetivo, que implica que las partes deben cumplir con lo pactado, actuar con rectitud y evitar conductas que puedan generar desconfianza o perjuicios a la otra parte. Además, la buena fe se extiende más allá de la celebración del contrato, abarcando su ejecución e incluso su extinción, y se fundamenta en la confianza legítima que las partes depositan en la palabra empeñada y en el cumplimiento de los compromisos adquiridos. (Consejo de Estado de Colombia, 2012).

Dentro de los efectos prácticos que tendría este principio en el reglamento contractual, podríamos destacar que el manual debe ser claro, preciso y accesible, para que los posibles contratistas entiendan las reglas del juego desde el principio. Actuar con buena fe implica evitar ambigüedades que puedan generar confusión o interpretaciones interesadas.

Debe preverse en el manual un enfoque que promueva relaciones contractuales sanas, con mecanismos autocompositivos, con instancias de mediación, incluyendo procedimientos justos para resolver controversias y sanciones proporcionales, evitando condiciones que favorezcan posiciones dominantes en las etapas de negociación, modificaciones, reclamaciones y liquidación de los contratos o cierre financiero.

La buena fe también implica no valerse de formalismos innecesarios para excluir a proponentes o impedir la continuidad de la contratación cuando se puedan subsanar errores, y finalmente, es muy importante en orden al cumplimiento de este principio, que la entidad no consigne condiciones o cláusulas meramente potestativas como aquellas que le permitan terminar sin justificación un procedimiento contractual en contra de las expectativas de los participantes; lo que es de común utilización, o realizar negociaciones paralelas con varios oferentes.

En conclusión, este principio imprime pautas importantes para que las futuras relaciones contractuales que regularán los manuales, sean equilibradas, máxime en este régimen exceptuado donde no aplican las exorbitancias, precisamente porque la partes están en una relación de igualdad.

1.3.2 Igualdad

Frente al principio de igualdad Acosta Díaz (2021), establece que este principio se fundamenta en la aplicación estrictamente objetiva y neutral de las normas y procedimientos a todos los administrados, sin conceder tratamientos preferenciales o privilegios a individuos o grupos específicos. (Acosta Díaz, 2021)

Este principio se fundamenta en la aplicación estrictamente imparcial de la normativa a todos los administrados, sin conceder privilegios a individuos o grupos específicos, se sustenta en el trato equitativo y sin distinciones entre los administrados, excluyendo cualquier favoritismo o discriminación.

La Corte Constitucional define el principio de la igualdad en la Sentencia C-178 de 2014 de la siguiente forma:

“El principio de igualdad es uno de los elementos más relevantes del Estado constitucional de derecho. Este principio, en términos generales, ordena dar un trato igual a quienes se encuentran en la misma situación fáctica, y un trato diverso a quienes se hallan en distintas condiciones de hecho. Esta formulación general no refleja sin embargo la complejidad que supone su eficacia en un orden jurídico orientado bajo los principios del Estado Social de Derecho, ni deja en claro qué elementos son relevantes para el derecho al momento de verificar las condiciones de hecho, considerando que todas las personas y situaciones presentan semejanzas y diferencias.” (Corte Constitucional, Sentencia C-178 de 2014)

El principio de igualdad en la interpretación Constitucional establece que quienes compartan condiciones fácticas similares reciban un trato igualitario, mientras que aquellos con diferencias significativas reciban un trato diferenciado, es decir, requiere un trato equitativo para quienes se encuentran en situaciones similares y un enfoque distinto para aquellos con condiciones fácticas únicas.

El Consejo de Estado en múltiples fallos, ha reiterado que el principio de igualdad en la contratación busca impedir favoritismos o exclusiones arbitrarias, y asegurar que la competencia sea real y efectiva. Así por ejemplo En la Sentencia 17767 de 2011, el Consejo de Estado señaló:

“La efectividad del principio de igualdad depende de un trato igualitario a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, como

en la calificación de sus ofertas y, por supuesto, en la selección de aquella que resulte más favorable para los intereses de la administración.” (Consejo de Estado de Colombia, 2011)

Entonces, se refiere este principio a tratamiento de iguales que debe tener el Estado con sus administrados, este principio ordena dar un trato igual en lo posible, dependiendo de las situaciones fácticas y de hecho.

Es válido preguntarse por una práctica que se estila en los conglomerados privados y ahora también en los públicos, donde se regulan condiciones de preferencia para contratar ciertos bienes o servicios, cuando dentro de los oferentes existen personas socias o accionistas de filiales de la empresa contratante o para contratar con empresas del mismo conglomerado público. Esta es una ventaja que se suele explicar desde la perspectiva comercial de colaboración y protección de intereses mutuos, tomando como referente otros principios como la eficiencia o economía, porque redundan en un rédito para el contratante.

Hablando de igualdad, es importante traer a colación las discriminaciones positivas que en materia de contratación ha regulado el gobierno nacional, concretamente para los casos de mujeres -emprendedoras y cabeza de familia-; mipymes y las empresas que contraten personas en situación de discapacidad, jóvenes en primer empleo, mayores adultos, entre otros criterios que buscan darle un sentido social a la contratación estableciendo o bien una puntuación adicional o un criterio de desempate en favor de los contratistas que lo demuestren. Algunos de estos están consignados de manera imperativa, por lo cual deben ser adoptados de forma obligatoria, ya que son transversales a todos los regímenes de contratación; otros son facultativos o no están aún reglamentados, por lo cual su adopción puede incluirse como una buena práctica de la empresa.

En conclusión, este principio se materializa en los manuales de contratación evitando consignar condiciones que favorezcan la discrecionalidad -sin criterios de razonabilidad o proporcionalidad- y la toma de decisiones inmotivadas, las cuales son acicate de las arbitrariedades o desviación de poder. El deber de explicar las decisiones, es una buena práctica para evitar la discrecionalidad injustificada que se traduce en violaciones a la igualdad. Finalmente, so pretexto de este principio no se pueden desconocer las discriminaciones positivas obligatorias o pertinentes para oferentes con condiciones especiales.

1.3.3 Moralidad

Acosta Díaz (2021) frente al principio de moralidad, indica que los servidores públicos deben ejercer sus funciones con un compromiso genuino de servicio público, caracterizado por la

honestidad, la integridad y la ausencia de intereses personales. Además, deben cumplir estrictamente con las normas que regulan sus obligaciones, incompatibilidades y prohibiciones, garantizando así un desempeño transparente y responsable en el ejercicio de sus cargos. (Acosta Díaz, 2021).

Este principio establece que los servidores públicos deben ejercer sus funciones con fines exclusivamente públicos, actuando con honestidad, integridad y desinterés, y respetando estrictamente las normas sobre obligaciones, incompatibilidades y prohibiciones, los servidores públicos deben desarrollar sus funciones con un enfoque centrado en el servicio público, caracterizado por la honestidad, la imparcialidad y el respeto absoluto a las normas éticas y legales.

Frente a este principio, la Corte Constitucional en Sentencia C-046 de 1994, indica que se refiere:

“el principio de la moralidad que, en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad.” (Corte Constitucional, Sentencia C-046 de 1994)

El Consejo de Estado por su parte, ha abordado la moralidad administrativa de forma específica en las acciones populares donde se invoca como un derecho colectivo, lo cual se evidencia a partir del año 2000. Desde ese año se profieren varios fallos donde hay una clara diferencia en su concepción y tratamiento: De una parte, la sección primera que se fundamenta básicamente en conceptos de doctrinantes, cercanas a las definiciones anteriores de la Corte Constitucional referidas a la honestidad y legalidad. De otra parte, la sección tercera comienza a analizar otros elementos a través de un método donde cuestiona los hechos de las demandas sobre el concepto de moralidad administrativa para evidenciar si los mismos si constituyen una violación a ese derecho colectivo, exigiendo su conexidad con otras normas transgredidas y la mala fe o dolo de los funcionarios, por ejemplo, en las demandas contra celebración de contratos de concesión que adolecían de esas características.

“Para evaluar la moralidad administrativa, no existen fórmulas de medición o análisis, se debe acudir al caso concreto para sopesar la vulneración a este derecho colectivo, derecho que en todos los casos debe estar en conexidad con otros derechos o principios legales y constitucionales.” (Consejo de Estado de Colombia, 2001)

El principio de moralidad en su dimensión constitucional trasciende la esfera personal de los servidores públicos y abarca un comportamiento integral que la sociedad demanda de quienes gestionan los recursos públicos, exigiendo una conducta intachable y honesta, implicando así un estándar ético que va más allá de la "conciencia individual" de los servidores públicos, en especial en el manejo de los recursos, en el cual debe primar la honestidad e integridad.

La visión del Consejo de Estado que hace pender la inmoralidad de una ilegalidad, estrecha este principio y su capacidad de irrigar alguna luz a la hora de tomarlo como filtro para la reglamentación del quehacer contractual de las EICE; más aún cuando éstas hacen parte de esa complejización de la función administrativa que incursiona en actividades económicas que antes eran reservadas a los particulares, donde los riesgos de inmoralidad, intereses, desviaciones, entre otros se ven exacerbados.

El concepto de moralidad administrativa al que nos debemos referir, es un mecanismo de control de función administrativa que puede moverse en un ámbito diverso al de la estricta legalidad, como un control autónomo que represente los valores corporativos de esa EICE que pretende emprender una reglamentación para conseguir y proteger unos bienes y derechos públicos que le dieron origen, independientemente de si estos coinciden o no con la legalidad. Es decir, la moralidad no puede operar solo en los espacios de legalidad estricta, sino además en los espacios de discrecionalidad administrativa, cuando quiera que esta se instrumentalice para garantizar fines particulares o distintos a la satisfacción del interés general, con un ropaje de aparente legalidad. Cuestión que, para ilustrarse con un ejemplo, ocurre cuando se regula la modalidad de selección por invitación privada con tres ofertas; pero luego dos de ellas no se presentan, o los mismos tres oferentes se invitan durante todo un año, existiendo un catálogo de proveedores profuso. Aquí no basta con la legalidad, porque a lo mejor hay un apego formal al reglamento, pero hay una instrumentalización inmoral de esta institución.

Así, podemos concluir que el principio de moralidad se refiere a que, las funciones encomendadas a los servidores públicos deben ser desarrolladas para un auténtico servicio público, actuando con pulcritud y honestidad, de tal manera, que dicho principio impone deberes específicos de conducta al funcionario que la ejerce, deberes que no se derivan de la legalidad, sino que son autónomos, pues no todo puede ser regulado. La legalidad no puede ser tan exhaustiva para explicar la necesidad de conductas morales en las actividades contractuales de la EICE, por lo cual un concepto como el cumplimiento del deber funcional de las personas encargadas de desarrollar la contratación, permite de mejor manera establecer las exigencias requeridas.

De conformidad con este principio, los reglamentos contractuales de las EICE deben prescribir criterios de conducta para todos los funcionarios participantes de la contratación no solo alineado con la ley, sino los reglamentos internos, los códigos de ética de la empresa, la naturaleza del

empleo y la satisfacción del interés general a la que se orienta la contratación y el objeto social de la empresa. De esta manera, el servidor público no solo debe cumplir técnicamente sus funciones, sino que debe hacerlo de una manera ética, transparente, responsable y alineada con el interés público. Es decir, su actuación debe reflejar valores morales que protejan el patrimonio público, garanticen la equidad y fortalezcan la confianza ciudadana que redunda ahora si en la moralidad como ese bien colectivo.

1.3.4 Celeridad

Acosta Díaz (2021), define el mismo indicando que las autoridades son el origen de la iniciativa de impulsar los procedimientos de oficio, eliminando las formalidades y trámites superfluos y utilizando formularios estandarizados para actuaciones que se repitan, siempre que la naturaleza de estas lo permita. Sin embargo, esto no exime a las autoridades de su obligación de examinar exhaustivamente todos los argumentos con fuerza probatoria presentados por los interesados, garantizando así un proceso justo y transparente. (Acosta Díaz, 2021)

El principio de celeridad se refiere a que las autoridades tendrán la iniciativa de impulsar los procedimientos, simplificando trámites y empleando formularios para actuaciones rutinarias, sin eximirse de evaluar cuidadosamente todos los argumentos y pruebas presentadas, las autoridades tendrán la responsabilidad de impulsar los procedimientos de manera proactiva, simplificando trámites y empleando formularios para actuaciones en serie, sin comprometer la exhaustividad en la evaluación de argumentos y pruebas.

Respecto del principio de celeridad, la Corte Constitucional en Sentencia C 826 de 2013 ha sostenido:

“En cuanto al principio de celeridad, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que éste implica para los funcionarios públicos el objetivo de otorgar agilidad al cumplimiento de sus tareas, funciones y obligaciones públicas, hasta que logren alcanzar sus deberes básicos con la mayor prontitud, y que de esta manera su gestión se preste oportunamente cubriendo las necesidades y solicitudes de los destinatarios y usuarios, esto es, de la comunidad en general.” (Corte Constitucional, Sentencia C 826 de 2013)

El Consejo de Estado de Colombia ha abordado el principio de celeridad en la contratación pública, destacando su importancia para garantizar procesos eficientes y ágiles en la administración pública. Desarrollo de este principio es la descentralización que da lugar precisamente a la

autorización legal de las EICE, siendo a su vez uno de los argumentos más recurrentes de los organismos correspondientes en los actos de creación.

Pero este principio no solo es uno de los pilares que justifica la creación de las EICE, sino que permea todo su iter contractual, desde la forma como se concibe su funcionamiento para tomar decisiones ágiles, pasando por sus reglamentos, juntas o comités, muy similares a las del sector privado y llegando con dicho principio como una promesa de valor agregado a sus cliente, especialmente a los otros públicos que lo ven como un vehículo para acortar distancias en la búsqueda de la satisfacción de un bien o servicio público.

Uno de los ejemplos palpables y a los que ya nos hemos referido líneas atrás son los llamados contratos y/o convenios interadministrativos, los cuales tiene en nuestra experiencia práctica dentro de las principales razones para su celebración, el hecho innegable de que por ejemplo, se van a ahorrar cuatro meses que duraría la convocatoria mediante licitación pública para la confección de esa obra que de otra manera no alcanzaría a ejecutarse en determinada vigencia. Esto apareja que, la EICE contratada para gerenciar esa obra, replique esa esperanza a través del diseño de procedimientos contractuales muy acotados. Aquí es importante reconocer que este principio de celeridad, debe combinarse con los postulados de proporcionalidad y razonabilidad, de manera que permitan las etapas necesarias para la valoración de las condiciones de idoneidad y experiencia de los oferentes, tanto como las oportunidades de presentación de discusión de los términos de referencia, presentación de observaciones, revisión de propuesta e informes de evaluación e instancias de reclamación. Es decir, la celeridad no puede conseguirse a ultranza del debido proceso ni puede afectar el principio de planeación que incluye la maduración de los proyectos como garantía de éxito y disminución de riesgos.

La celeridad no puede ser una promesa vacía y debe estar directamente relacionada con las complejidades técnicas y de mercado en cada una de las modalidades o contratos que proponga el manual de contratación que se adopte. Regular un procedimiento contractual con total libertad es una gran oportunidad, ya que procesos como la licitación pública con avisos de convocatoria en una era digital, tiempos exagerados para procesar datos en medio de una revolución de la inteligencia artificial, softwares especializados para avisar sobre convocatorias y presentar propuesta, entre otras facilidades tecnológicas, la hacen ver como un procedimiento paquidérmico, innecesario e ineficaz.

Lo que debe trascender, es que esa regulación sea condigna con las actividades industriales y comerciales desde las lógicas de cómo transan los particulares esos bienes y servicios pero sin abandonar el debido proceso, ni instrumentalizar ese poco tiempo que se otorga a los oferentes como una ventaja para que algunos sean los únicos oferentes o los más preparados para correr en la convocatoria, permitiéndoles conocer a priori información relevante, lo cual, otra vez desde

nuestra experiencia, es una práctica inmoral que so pretexto de celeridad, busca satisfacer intereses distintos al interés general.

La celeridad, en síntesis, con las previsiones indicadas, debe ser una de las notas distintivas de todas las EICE pues desarrolla su competitividad y asegura la vigencia de otros principios como la eficiencia y la economía; por lo cual una EICE que tenga trámites innecesarios, burocratización, no incorpore a su quehacer las TICs y se compare en la oportunidad para generar los bienes y servicios con el sector privado al que pertenece, no estaría desarrollando este principio.

1.3.5 Economía

Para Acosta Díaz (2021), el principio de economía se refiere a que las normas de procedimiento deben ser empleadas como herramienta para acelerar la toma de decisiones, garantizando que los procedimientos se desarrollen de manera eficiente y oportuna, con el menor costo posible y sin requerir documentación innecesaria. Además, solo se deben exigir autenticaciones, notas de presentación personal o documentos adicionales cuando así lo establezca la ley, con el fin de simplificar y agilizar los trámites. (Acosta Díaz, 2021)

Este principio, se refiere a que los procedimientos deben ser optimizados para tomar decisiones de manera eficiente, minimizando el tiempo y los costos, y solo requiriendo documentos estrictamente necesarios, los procedimientos deben ser diseñados para tomar decisiones rápidas y eficientes, con un enfoque en la reducción de tiempos y gastos, y solo requiriendo documentos estrictamente necesarios.

La Corte Constitucional en desarrollo de este principio indicó en Sentencia C-643 de 2012:

“la función administrativa debe orientarse, entre otros, por los principios de economía y eficacia. El primero, en armonía con el artículo 334, supone que la Administración debe tomar medidas para ahorrar la mayor cantidad de costos en el cumplimiento de sus fines. El segundo exige a la Administración el cumplimiento cabal de sus fines. En conjuntos, estos principios imponen a la Administración el deber de cumplir sus objetivos con una adecuada relación costo-beneficios, en otras palabras, actuar de forma eficiente.” (Corte Constitucional, Sentencia C-643 de 2012)

Desde la interpretación constitucional en desarrollo de este principio, encontramos que la Administración Pública debe cumplir sus objetivos con eficiencia, combinando la economía en el

uso de recursos con la eficacia en la consecución de sus fines, logrando así una relación costo-beneficio óptima, así se impone a la administración la obligación de actuar de manera eficiente, minimizando costos y maximizando resultados en el cumplimiento de sus objetivos.

Tratándose de una EICE, la economía no se puede limitar a bajar costos en cumplimiento de sus metas. La economía en este contexto se debe traducir en rentabilidad, en reinversión, en plusvalía. Si bien algunas EICE no son rentables, tal vez porque se conciben con una rentabilidad o utilidad social, o se le asignan bienes o tareas costosas; esto también les ocurre a muchas empresas privadas, en la concepción de las EICE este principio demanda que sus recursos y sus procedimientos deben estar orientados a generar valor. Algunas incluso han intentado generar este valor desde los mismos procedimientos contractuales y desde las actividades de la supervisión.

De esta guisa, son ilustrativos casos de empresas tan importantes como EPM, que ha implementado unos derechos por concepto de inscripción de proveedores y el acceso al software de supervisión. En algún momento se habló de venta de pliegos de condiciones, pero las connotaciones que aparejaba de cara al principio de libertad de concurrencia hicieron que estos conceptos se fueran sofisticando. Pero sin duda el acceso a la participación y la ejecución de los contratos de alguna manera se volvió para estas entidades una fuente de ingreso. Otras por ejemplo en la gerencia o administración delegada de las obras, no solo le cobran a la entidad que contrata una administración y utilidad; sino que, al adjudicatario, también por concepto de administración o informes, entre otros nombres, suelen cobrar hasta un uno por ciento (1%) del valor de la obra, el cual viene siendo la no despreciable suma del veinte por ciento (20%) de la utilidad esperada, ya que esta equivale generalmente al ciento por ciento (100%) de la obra.

Estos tópicos son regulados desde los manuales o desde los procedimientos que desarrollan los mismos; porque valga decirlo, los manuales muchas veces utilizan fórmulas donde la junta directiva u órgano político que autoriza el manual, permite que el gerente reglamente determinadas materias, tal como las que se acaban de señalar.

La economía entonces es un mandato para estos regímenes, pero además es una necesidad, pues es imperioso que sean autónomas administrativamente y financieramente y no dependan de recapitalizaciones o subvenciones, muchas veces a través de los llamados convenios de desempeño, pues en nada se diferenciarían entonces de un establecimiento público cuando son centro dependientes.

El escenario ideal no solo es su autonomía, sino la generación de utilidad para sí misma, y porque no, de excedentes para el nivel central al que pertenece. Por eso su reglamento debe permitir y desarrollar estos postulados, de manera que en las negociaciones habilite mecanismos como las

rondas de renegociación, las solicitudes de re descuentos o bonificaciones, entre otros que hacen valer su posición de compradores y jugadores importantes en un sector, para atraer una porción de esas utilidades de los privados a sus arcas públicas. Todo ello teniendo como límites el abuso de la posición dominante, las prácticas monopolísticas y todas aquellas que, por comportarse como un privado, le son aplicables, la regulan y la limitan, pues son intrínsecas a ese entorno de competencia.

En consecuencia, el principio de economía indica que se deben disminuir los procedimientos, para evitar gastos innecesarios y disminuir la cantidad de tiempo que requieren los trámites, ahorrar la mayor cantidad de gastos en cumplimiento de su servicio público y alcanzar sus fines, generando valor, con autonomía y visión empresarial.

1.3.6 Imparcialidad

Frente al principio de imparcialidad Acosta Díaz (2021), indica que las autoridades deben guiar sus acciones bajo el principio de que los procedimientos tienen como objetivo fundamental proteger y garantizar los derechos de la comunidad, sin distinción ni discriminación. En consecuencia, deben brindar un trato equitativo y respetar el orden en que los ciudadanos se presentan ante ellas, asegurando así la igualdad de oportunidades y el respeto a la dignidad de todas las personas. (Acosta Díaz, 2021).

Igualmente, hace alusión al deber de las autoridades de garantizar que los procedimientos protejan los derechos de las comunidades sin discriminación alguna, brindando un trato equitativo y respetando el orden de atención.

Los procedimientos deben ser conducidos por las autoridades con el objetivo de garantizar la igualdad de derechos para todas las personas, sin distinción ni discriminación y respetando el orden de presentación.

Este principio consiste en que la administración tiene una finalidad social y sus actuaciones no distinguen ningún tipo de sesgo social.

Aplicada la imparcialidad a los reglamentos de EICE, no son otra cosa distinta que la ajenidad y no intrusión interesada en las decisiones de los procesos contractuales. La parcialidad se introduce cuando en los manuales se permiten discrecionalidades sin referentes finalísticos claros y reglas

de proporcionalidad y razonabilidad, de manera que dan lugar a desviación de poder o arbitrariedades.

Un caso práctico de parcialidad, es la aplicación de causales de desierto o terminación de un proceso contractual, donde algunas entidades dejan la misma a la discrecionalidad del funcionario, o simplemente se reservan dicha terminación del proceso como un derecho, el cual es utilizado para culminar anormalmente un proceso cuando el oferente con vocación de adjudicación no es el del agrado del funcionario que evalúa. Estas son reglas que impiden la imparcialidad y deben encontrar en este principio un límite claro. Los procesos deben tener etapas claras y los tiempos y formas para el acceso a la información debe ser igualitario, así como las actuaciones de los funcionarios deben ser condignas con esas reglas, para no convertirse en ventajas que parcialicen la participación otorgando ventajas a unos o imponiendo obstáculos a otros.

Este principio guarda una íntima relación con la legalidad y la igualdad, y junto a ellos desarrollan la moralidad de unas reglas contractuales deseables para las EICE, exigiendo unas reglas de conducta en el desarrollo del deber funcional de los operadores administrativos, al tiempo que sirven como medida para so juzgar la ilegalidad o inconformidad frente a una decisión que se adopte por fuera de ellas.

1.3.7 Eficacia

Acosta Díaz (2021) frente al principio de la eficacia, indica que este establece que los procedimientos deben alcanzar su objetivo final, superando los obstáculos meramente formales y evitando decisiones que no resuelvan el fondo del asunto. Además, las nulidades que se deriven de defectos en el procedimiento podrán ser subsanadas en cualquier momento, ya sea de oficio o a solicitud de la parte interesada, con el fin de garantizar la eficacia y la justeza del procedimiento. (Acosta Díaz, 2021)

Los procedimientos siempre tienen que alcanzar su objetivo, superando obstáculos meramente formales y evitando decisiones que impidan la resolución del asunto, además de permitir la sanación de nulidades procedimentales en cualquier momento, removiendo barreras formales innecesarias y evitando decisiones que obstaculicen la resolución de los procesos y procedimientos.

La Corte Constitucional en desarrollo de este principio indicó en Sentencia C-643 de 2012:

“la función administrativa debe orientarse, entre otros, por los principios de economía y eficacia. El primero, en armonía con el artículo 334, supone que la Administración debe tomar medidas para ahorrar la mayor cantidad de costos en el cumplimiento de sus fines. El segundo exige a la Administración el cumplimiento cabal de sus fines. En conjuntos, estos principios imponen a la Administración el deber de cumplir sus objetivos con una adecuada relación costo-beneficios, en otras palabras, actuar de forma eficiente.” (Corte Constitucional Sentencia C-643 de 2012)

Los principios de economía, eficacia y eficiencia guían la función administrativa hacia:

1. Minimizar costos en el cumplimiento de sus fines (economía).
2. Cumplir cabalmente sus objetivos (eficacia).
3. Lograr una adecuada relación costo-beneficio (eficiencia).

Estos principios se complementan para asegurar que la administración actúe de manera eficiente, optimizando recursos y logrando resultados efectivos.

El principio de eficacia específicamente indica que todas las actuaciones de la administración, deben estar encaminadas a lograr su finalidad, para así cumplir con los fines del Estado sin obstáculos formales. En los reglamentos contractuales y en los procedimientos de contratación, deben traducirse en herramientas que permitan y aseguren que las EICE tengan los resultados esperados, ya que como cualquier empresario, se obligan a garantizar la provisión de bienes y servicios según unas especificaciones técnicas, durabilidad, garantías, entre otros aspectos que trascienden a la competitividad o que se pueden materializar en pérdidas económicas, descrédito, costos políticos, hallazgos con connotaciones fiscales en las auditorías de resultados e internas.

Por su comportamiento como privado y su carácter competitivo, este principio expresa la necesidad de presentar resultados mensurables acordes a sus planes de negocios y planes operativos, para lo cual su reglamento, tal y como lo advertimos frente al principio de economía, debe procurarle ventajas competitivas y comparativas según el sector en que están insertas. Es decir, debe ser ante todo, un manual orientado a los resultados, evitando procedimientos inhibitorios, permitiendo por ejemplo como lo hacen algunos reglamentos, reemplazar rápidamente un contratista que no inicia o no continúa en ejecución a través de procesos y cláusulas cuyo único límite es el abuso del derecho, que priorice el resultado sobre la resolución de los conflictos que puedan presentarse en su desarrollo. Otros por ejemplo en ejecución de obras, no se paralizan frente al vencimiento de plazo del contrato, sino que además de las multas, permite que el contratista continúe y por un pacto accesorio le cobran los emolumentos necesarios para

pagar la supervisión y/o interventoría de la obra, por manera que no se paralice la obra ni pierda su inercia, ni se encarezca para la entidad, logrando concretar la misma, difiriendo el tema del incumplimiento para otro momento.

1.3.8 Eficiencia

Para Acosta Díaz (2021), este principio se centra en alcanzar los objetivos con la mayor eficiencia posible, utilizando la menor cantidad de recursos necesarios. El elemento fundamental en esta definición es la optimización de los recursos, buscando minimizar su uso y lograr un máximo rendimiento con un mínimo de medios. (Acosta Díaz, 2021)

El principio de eficiencia se centra en lograr los objetivos con:

1. Menor cantidad de recursos.
2. Óptimo uso de recursos.
3. Minimización de costos.
4. Máximo rendimiento.

La eficiencia busca reducir desperdicios, optimizar procesos y utilizar los recursos de manera efectiva, logrando así:

- Ahorro de tiempo.
- Reducción de costos.
- Mejora de la productividad.
- Incremento de la calidad.

En resumen, la eficiencia es hacer más con menos, asegurando que los recursos sean utilizados de manera óptima para alcanzar los objetivos.

Frente a este principio, la Corte Constitucional en Sentencia C-826 de 2013 ha determinado que:

“Por su parte, en lo que atañe al principio de eficiencia la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público. Lo anterior significa, que la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos – beneficios.” (Corte Constitucional, Sentencia C-826 de 2013)

Desde la interpretación constitucional la jurisprudencia ha establecido sobre el principio de eficiencia que la administración pública debe maximizar la relación costo-beneficio, minimizando costos y optimizando resultados, mediante una planeación adecuada del gasto público, evitando despilfarro y satisfaciendo las necesidades prioritarias de la comunidad, en favor del interés general, asegurando así el uso responsable y efectivo de los recursos financieros limitados.

Este principio entonces encamina a las entidades públicas, a conseguir sus metas propuestas, buscando gastar la menor cantidad de recursos en ello, es decir, buscar la mejor opción posible de costo-beneficio. Así como la celeridad y la eficacia, este también debe ser un principio que informe todo el reglamento contractual, siendo eficientes en todas las etapas, desde la planificación hasta la liquidación de los contratos. Algunos por ejemplo ya se han ocupado de esta última institución, denominándola como un cierre financiero y regulando desde sus manuales la posibilidad de un cierre de cuentas unilateral, tal y como lo hacen por ejemplo los bancos, ya que no cuentan con esa prerrogativa legal de liquidación unilateral, ni requiere que la condiciones al fracaso de la bilateral en un determinado plazo. Además aprovecha para acortar términos y etapas, para que el cobro de su utilidades o ingresos pueda ser más expedito.

También es válido en estos reglamentos regular instituciones como las reinversiones o capitalizaciones con aliados, o alistamiento de proveedores, para no esperar a que el cliente ya sea público o privado demande un bien o servicio, sino que la EICE de acuerdo a su mercado se pueda anticipar de manera planificada y proporcional aprovisionando recursos físicos o de capital, acometiendo acciones preliminares, entre otros, para satisfacer luego dichas demandas de manera mucho más eficiente. Otra de las inmensas posibilidades que tienen las EICE y que son respaldadas por los principios que las regulan, diferenciándolas claramente de lo que en estricta legalidad pueden hacer otras manifestaciones de la administración pública.

1.3.9 Participación.

El principio de Participación, es desarrollado por Acosta Díaz (2021), indicando que se centra en facilitar la participación activa de los ciudadanos en la configuración, ejercicio y supervisión del poder político, así como en la discusión y adopción de decisiones y medidas que afecten a la comunidad. (Acosta Díaz, 2021)

El principio de transparencia facilita la participación ciudadana en la toma de decisiones y el control del poder, mediante la accesibilidad y claridad de la información, permitiendo:

- Intervención ciudadana en la conformación y ejercicio del poder.
- Acceso a información pública y decisiones gubernamentales.
- Socialización de decisiones y medidas a tomar.
- Rendición de cuentas y control ciudadano.
- Participación activa en la gestión pública.

La transparencia garantiza que la información sea:

- Accesible.
- Clara.
- Oportuna.
- Veraz.
- Completa.

Fortaleciendo así la confianza ciudadana en las instituciones.

El principio de participación indica que los ciudadanos tienen el poder político para ejercer control a las entidades del estado, en consecuencia, se deben socializar las decisiones por parte de las entidades públicas.

Para efectos de los manuales de contratación, el principio de participación tiene una especie de desarrollo mayoritariamente jurisprudencial, expresado como la libertad de concurrencia. Este

principio asegura que todas las personas o entidades que deseen contratar con el Estado tengan la oportunidad de participar en condiciones de igualdad, sin discriminaciones indebidas.

El Consejo de Estado de Colombia ha abordado el principio de libertad de concurrencia en la contratación estatal, subrayando su importancia para garantizar la participación equitativa de los interesados en los procesos contractuales, incluso en aquellos regímenes exceptuados del Estatuto General de Contratación Pública. El Consejo de Estado ha enfatizado que, aunque algunas entidades estatales estén excluidas de la aplicación directa de la Ley 80 de 1993, deben respetar los principios generales de la contratación pública, advirtiendo en que la proliferación de regímenes exceptuados no debe traducirse en la desnaturalización de los principios que rigen la contratación pública. En este sentido, ha señalado que:

"La pretendida universalidad de la Ley 80 de 1993 se ha visto frustrada por la tendencia expansiva a crear exclusiones. (...) No obstante, teniendo en cuenta esa realidad, el mismo Legislador, en la Ley 1150 de 2007, estableció límites a las mismas." (Consejo de Estado de Colombia, 2021)

Así las cosas, la participación debe traducirse en los reglamentos en oportunidades para la veeduría ciudadana, la cual parte del principio de publicidad como garantía de ella; y en oportunidades de participación, la cual impide que las modalidades de selección abusen de la contratación directa, las invitaciones privadas, o los acuerdos o alianzas marco, cuando estos son instrumentalizados para fines diversos al interés general y al desarrollo de la competitividad y productividad de la EICE.

Para no abandonar los casos prácticos, existe una crítica con una importante dosis de razón, según la cual, los pliegos tipo llevaron este principio a un extremo intolerable, pues sacrificaron la calidad de los proponentes en aras de mayor participación, y con la participación de tantos, muchos procesos se alargan más de lo esperado, sacrificando la celeridad y la eficiencia, incluso la economía, por el desgaste de recursos. En este escenario los procesos se definen en última instancia por factores de desempate que llegan hasta el nivel catorce; pues son muchos los que cumplen con los habilitantes, lo ponderables y los criterios de desempate, porque las exigencias son bajas, generando a veces también riesgos de incumplimiento, pues es una igualdad por lo bajo. Las EICE no pueden ir al otro extremo de anular la participación o llevarla su mínima expresión so pretexto de escoger o permitir que participen solo los mejores, exigiendo por ejemplo experiencias del trescientos y cuatrocientos por ciento respecto al presupuesto oficial, sino aplicar criterios de proporcionalidad en convergencia con el principio de moralidad administrativa y con una visión de competitividad.

1.3.10 Publicidad

Acosta Díaz (2021), define el principio de publicidad, indicando que las autoridades hacen públicas sus decisiones a través de los medios de comunicación que establece la ley, garantizando así la transparencia y el acceso a la información a los interesados. (Acosta Díaz, 2021)

Las autoridades hacen públicas sus decisiones a través de:

- Comunicaciones oficiales.
- Notificaciones legales.
- Publicaciones en medios autorizados.

Estos medios garantizan la transparencia y acceso a la información, permitiendo que los ciudadanos:

- Conozcan las decisiones tomadas.
- Entiendan los motivos y fundamentos.
- Ejercen sus derechos y recursos.
- Participen en la gestión pública.

La Corte Constitucional en desarrollo de este principio indicó en Sentencia C-370 de 2012:

“Esta Corporación ha destacado en varias oportunidades la importancia del principio de publicidad en las actuaciones judiciales o administrativas, manifestando que: “El principio de publicidad persigue el logro de una finalidad de interés público. Ello, porque la publicidad como principio, no es una mera norma susceptible de aplicarse o no en un determinado caso, sino que por su fuerza normativa y su textura abierta está llamado a tener eficacia directa por sí mismo en la diversidad de actuaciones administrativas o judiciales, salvo que a través de un juicio de ponderación constitucional resulte inaplicable a un asunto en concreto. Por regla general, toda actuación o proceso judicial debe ser público”.” (Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2012)

En esta interpretación constitucional se resalta lo fundamental del principio de publicidad en actuaciones judiciales y administrativas, considerándolo un principio fundamental de interés público, una norma con fuerza normativa y eficacia directa aplicable en general a todas las actuaciones, salvo excepciones justificadas, el principio de publicidad busca garantizar la transparencia, favorecer la rendición de cuentas, proteger los derechos de los involucrados, prevenir arbitrariedades.

Este principio obliga a que todas las actuaciones y decisiones emitidas por las entidades públicas deben ser publicadas o comunicadas, en pro del interés público y que la comunidad conozca de estas decisiones.

En cuanto a los procedimientos contractuales de los regímenes exceptuados, existen preceptos explícitos en esta materia, así como directrices de Colombia Compra Eficiente, que, aunque han sido criticadas e incluso demandas por considerar que exceden la capacidad reglamentaria; siempre han buscado que todas las EICE publiquen sus procedimientos contractuales en el SECOP II, a menos de que garanticen otros medios de publicidad igualmente eficaces.

En la Ley 1712 de 2014, que creó la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y dictó otras disposiciones, se adoptaron diferentes medidas para obligar a las entidades del Estado y a los particulares que contratan con recursos públicos o manejan los mismos, a publicar la información de la actividad contractual que llevaran a cabo.

La reglamentación de la Ley 1712 de 2015 se dio en el Decreto 103 del mismo año. Allí se fijaron las directrices generales para la publicación de la información pública, la gestión de solicitudes de información pública -transparencia pasiva-, la gestión de la información clasificada y reservada, y los instrumentos de la gestión de la información pública.

Para que obre la reserva en un proceso contractual de la EICE se requiere que así lo haya solicitado el oferente y que el contenido de la información esté dentro de una de las causales o hipótesis legales, como por ejemplo el secreto industrial.

Los manuales que se expidan en virtud de este principio y la normativa que los desarrolla, deben consultar estas disposiciones y debe ser *preter legem*, ya que la publicidad cada vez es más importante, por ser la garantía de los demás principios y derechos y por ser uno de los bienes jurídicos más demandados en este nuevo contexto digital y de control social, pasando de ser un principio pasivo o rogado a un principio que las entidades deben desarrollar de manera permanente, oficiosa y exhaustiva.

1.3.11 Responsabilidad

El escritor Acosta Díaz (2021), frente al principio de la Responsabilidad, indica:

“Es un valor o cualidad que todo servidor público debe tener, de cumplir con sus obligaciones al hacer, decir u ofrecer algo con plena conciencia de sus actos; responsable es quien entiende las consecuencias de hacer o dejar de hacer lo que debe realizar.” (Acosta Díaz, 2021)

El principio de responsabilidad en el servicio público implica cumplir obligaciones con conciencia y diligencia, ser consciente de las consecuencias de sus actos, asumir responsabilidad por decisiones y acciones, rendir cuentas por resultados y errores, actuar con integridad y ética, en este entendido un servidor público responsable:

- Entiende sus funciones y límites.
- Toma decisiones informadas y justificadas.
- Es transparente en su gestión.
- Acepta críticas y aprende de errores.
- Prioriza el interés público sobre intereses personales.

La responsabilidad en el servicio público se manifiesta en:

- Responsabilidad administrativa (cumplir normas y procedimientos).
- Responsabilidad política (rendir cuentas a la sociedad).
- Responsabilidad ética (actuar con integridad y moralidad).

Frente al Principio de Responsabilidad, la Corte Constitucional en Sentencia C-721 del 2015 ha manifestado:

“En este sentido, es un elemento fundamental del Estado de Derecho el deber de los servidores públicos de cumplir sus obligaciones de conformidad con lo establecido en las normas vigentes. El reconocimiento de ese deber y la responsabilidad consecuente en caso de incumplirlo, se encuentra previsto específicamente en el artículo 6º de la Carta conforme al cual los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes, de

una parte, y por la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones asignadas.”
(Corte Constitucional, Sentencia C-721 del 2015)

El artículo 6° de la Constitución establece que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes, omitir o extralimitarse en el ejercicio de sus funciones, consagrando el principio de responsabilidad que garantiza la transparencia, integridad y justicia en el Estado de Derecho y asegurando que los funcionarios públicos rindan cuentas por sus acciones u omisiones, tanto políticamente, administrativamente como penalmente.

El principio de Responsabilidad se refiere a que, la administración y en especial los servidores públicos deben cumplir con sus obligaciones, de forma responsable, y teniendo en cuenta las consecuencias de sus actos en ejercicio de funciones públicas, siendo responsables por lo que se hace o se deja de hacer.

Entre otros principios de la función administrativa, aplicables a la contratación pública de las EICE, que no se encuentran taxativos pero que son fundamentales para la contratación Estatal, encontramos los siguientes:

El principio de planeación, tal y como indica Herrera Robles (2012), es fundamental para cualquier entidad pública, y para cualquier tipo de proceso, incluidos los de contratación, este principio específicamente en la contratación pública, se refiere a la obligatoriedad de cualquier entidad que administre recursos públicos, o de carácter público, de realizar amplios estudios técnicos, jurídicos, de necesidad, de riesgos, previos, que definan todas las características del contrato, objeto, naturaleza, obligaciones que se generan, riesgos aplicables, valor, alcances, límites, necesidad, entre otros que permiten una correcta contratación y administración de los recursos públicos.

Es esencial para las entidades públicas, especialmente en procesos de contratación, exige que las entidades que administren recursos públicos realicen exhaustivos estudios técnicos, jurídicos, de necesidad y de riesgos previos a la contratación, estos estudios deben definir características clave del contrato, como objeto, naturaleza, obligaciones, riesgos, valor, alcances y límites, garantizando una contratación y administración efectiva y responsable de los recursos públicos.

Este principio está encaminado a asegurar la eficacia de la actividad contractual del Estado, además a satisfacer el interés general y proteger el patrimonio público.

Como este principio no está taxativamente consagrado, encuentra su fundamento en la ley 80 en sus artículos 4, 5; en los numerales 6, 7, 12, 13 y 14 del artículo 25; en el numeral 3 del artículo 26; en los numerales 1 y 2 del artículo 30; además, de los artículos 4, 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007; del artículo 4 de la Ley 1508 de 2012; de los artículos 2.2.1.1.1.6.1 a 2.2.1.1.1.6.3 del Decreto

1082 de 2015, y de lo dispuesto en la Subsección 1 de la Sección 2 del mismo decreto, constitucionalmente encuentra su fundamento en los artículos 209, 339 y 341.

Los manuales de contratación de las EICE deben dar cuenta de las etapas de planeación de los procesos, pues no pueden por ejemplo sustraerse a la elaboración de un plan de compras, la expedición de un certificado de disponibilidad presupuestal ni a la maduración de los proyectos o definición clara de las especificaciones técnicas o realización de estudios de mercado. Todas estas normas son transversales y buscan generar condiciones de responsabilidad, objetividad y transparencia en la contratación.

Para concluir, tal y como indica el expediente 45.607 del Consejo de Estado (2016) y por el simple hecho de que una entidad, sea de carácter público o privado, administre dineros públicos, ya se hace obligatorio que esta entidad respete los principios aplicables a la función pública, a la función administrativa y a la contratación estatal, legales y constitucionales, esta afirmación se desarrolla principalmente en la Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 45607 del 24 de octubre de 2016, la Magistrada ponente Marta Nubia Velázquez Rubio y en lo establecido en el artículo 13 de la ley 1150 de 2017, adicionado por el artículo 53 de la ley 2195 de 2022.

Durante el recuento de cada uno de los principios, hemos podido extractar, en primer lugar las definiciones legales, doctrinarias o jurisprudenciales para la comprensión de cada uno de ellos; la aplicabilidad e injerencia que pueden tener de cara a los reglamentos contractuales y como cada uno de ellos dibuja tanto límites como posibilidades de acción que se deben traducir, en reglas, procedimientos, clausulados y otras proposiciones dentro de cada uno de los reglamentos. Observamos especialmente, como existe una estrecha relación entre dos o más principios de manera que algunos son condición o garantía de otros y entre todos forman un cuerpo axiológico y dogmático que permite dar claridad a muchos temas que al inicio del diálogo académico parecían más oscuros y logran convertirse en pautas de optimización de la actividad administrativa contractual de las EICE.

Capítulo II

Límites reconocidos por la jurisprudencia a la autonomía y libertad de configuración para el régimen excepcional de contratación de las EICE

La contratación estatal en Colombia se desarrolla dentro de un entorno regulatorio complejo, cuyo objetivo es lograr un equilibrio, una igualdad entre eficiencia y transparencia en la administración de los recursos públicos donde las empresas industriales o comerciales del Estado (EICE) desempeñan un papel crucial en la prestación de servicios públicos esenciales.

Esta complejidad está relacionada al hecho de que la contratación de las EICE se encuentra sujeta a un régimen especial que fusiona elementos del derecho público y privado, generando un marco normativo específico para estas entidades que aumenta las probabilidades de riesgos en la contratación debido a la alta carga de excepciones en donde las interpretaciones a las normas son la regla. El estudio propuesto ha excluido un análisis exhaustivo de la doctrina o de las normas que regulan de manera explícita la situación examinada debido que, como punto de partida, se considera que los planteamientos jurisprudenciales se basan en dichas normas. Así el interés principal de este capítulo es interpretar y analizar el alcance que los jueces otorgan a estas disposiciones. En este mismo sentido, se estima que la doctrina sirve como soporte del estudio, pero no como su fuente principal de información.

El resultado es una herramienta de consulta centrada en una línea jurisprudencial, su análisis y las recomendaciones aplicables a la práctica contractual de las entidades públicas, partiendo de la hipótesis acerca de la cual, en estas entidades, por lo general, se otorga mayor relevancia a las decisiones judiciales que a la doctrina, dado que los jueces ocupan una posición clave dentro del sistema de controles que la legislación colombiana establece sobre la gestión contractual pública.

Es por esto por lo que, en este segundo capítulo se identifican los límites reconocidos por la jurisprudencia en relación con el *deber ser* que se presenta bajo la forma de los principios de la contratación estatal y las restricciones de los marcos generales, tanto legales como constitucionales. Así, el punto de partida para la identificación y definición de los aparentes límites es la Ley 80 de 1993 cuyo alcance en materia de contratación se ha venido transformando de modo permanente en adaptación a las nuevas reglas del juego de descentralización, privatización y delegación de actividades propias del gobierno hacia actores privados. La idea final es ofrecer una línea jurisprudencial que exponga los lineamientos del Consejo de Estado.

2.1 Factores críticos en la contratación de las EICE

Una mirada de conjunto del marco es esencial. Analizamos la línea jurisprudencial del Consejo de Estado de Colombia en relación con la contratación de las EICE exceptuadas del régimen

contractual establecido en el EGCAP con el propósito de determinar ciertos factores generales que deben ser tenidos en cuenta y que llamaremos factores críticos que pueden ser identificados como objetivos generales, características o condiciones que permiten el logro de otros propósitos superiores en la administración.

En términos generales, la función administrativa pública se refiere al conjunto de actividades que las autoridades realizan con el fin de cumplir con los fines del Estado y satisfacer el interés general. Esta función no solo se refiere a la gestión de los recursos del Estado, sino también a la toma de decisiones y la implementación y control de la función pública. Así, la función administrativa se desarrolla en el ámbito del poder ejecutivo, con el propósito de ejecutar las leyes, gestionar los recursos del Estado y garantizar el bienestar de la sociedad.

Si entendemos la función administrativa en razón de la creación de valor público podemos establecer una cadena de creación de valor que es a su vez, operativa y normativa, ya que abarca tanto la ejecución de la ley como la creación de normas que guían la acción estatal.

La importancia de entender y aplicar correctamente la función administrativa radica en que sus actos afectan directamente a los ciudadanos, desde la prestación de servicios públicos hasta la regulación de actividades económicas. En lo operativo, los marcos de acción jurídica nos permiten establecer 5 factores críticos que determinan riesgos, beneficios y acciones de mitigación considerados por el Estatuto de Contratación en relación con las EICE. Son los puntos claves extraídos del estudio dogmático y normativo que aporta a la identificación y construcción de la línea jurisprudencial.

Tabla 2: Factores críticos del estatuto de contratación en relación con las EICE

Mixtura de regímenes	Aplicación de principios de la contratación	Manual de Contratación	Control de legalidad	Respeto a los derechos fundamentales y principio de legalidad
<ul style="list-style-type: none"> El régimen contractual de las EICE exceptuadas combina elementos de derecho privado con los principios de la función administrativa y la gestión fiscal. 	<ul style="list-style-type: none"> Los servidores públicos de las EICE deben observar los principios de la función administrativa, como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en todas las etapas del proceso contractual. 	<ul style="list-style-type: none"> Las EICE deben crear un Manual de Contratación que regule su proceso de contratación, el cual debe ser un acto administrativo que se somete al cumplimiento del ordenamiento jurídico y es controlable por el juez administrativo. 	<ul style="list-style-type: none"> Los actos administrativos derivados de la actividad precontractual de las EICE, como el Manual de Contratación, están sujetos a control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. 	<ul style="list-style-type: none"> Las EICE deben respetar los derechos fundamentales y el principio de legalidad en su actividad contractual, aun cuando se trate de contratos de derecho privado.

Fuente: elaboración propia.

Como se observa en la tabla 2, los elementos presentados, orientados a un mayor control para mitigar los problemas de agencia, buscan fortalecer la aplicación de principios del derecho, de la función pública y el respeto por los derechos fundamentales desde lo legal. No obstante, ciertos

objetivos de carácter económico, como la eficiencia y la reducción de asimetrías de información, actúan como complemento de los mecanismos de control explícitos en este marco normativo.

En un contexto de modernización del Estado posterior a la reforma constitucional de 1991 es común reconocer un ánimo reduccionista de este en las normas, herramientas y presupuesto, así como tomar prestado ciertas metodologías, instituciones e ideas de la gestión privada. Este marco de actuaciones permite observar, en el proceso de transición hacia lo privado, regímenes contractuales complejos, de difícil interpretación y de difícil control, en tanto los gestores de lo público tienen libertades en aspectos específicos de la contratación que, *per se*, no significan un comportamiento indebido. Esta mixtura de regímenes, a veces superpuestos, combina elementos de derecho privado con los principios de la función administrativa y la gestión fiscal y hacen compleja la gestión y el control.

El balance de poder es necesario y esta combinación de regímenes debe estar acorde con un balance entre los principios y la gestión fiscal en la gestión administrativa. Las medidas de desempeño de las empresas del Estado, como la economía o la eficacia; o los resultados de la ejecución de los procesos contractuales, deberían considerar los fines sociales del Estado como la moralidad a través del control que se potencia por medio de la publicidad. Cerrar la brecha de la información y promover comportamientos de probidad son esenciales y suman a la idea de balance, por lo que la función administrativa se encuentra estrechamente vinculada a principios fundamentales de la contratación como la legalidad, eficacia, la moralidad o la economía que se amplían a otros atributos esperados por el Estado colombiano y que están presentes a lo largo de este informe.

En este espacio operativo de planeación y ejecución contractual, las reglas claras a través de manuales e instrumentos que regulen los procesos son actos administrativos sometidos al cumplimiento del ordenamiento jurídico y es controlable por el juez administrativo. Este tipo de instrumentos facilita la coordinación y la armonización de procedimientos complicados.

De manera similar en la tabla 2, los factores críticos 4 y 5, procuran comportamientos de probidad por dos vías: a través de la fuerza del control y a través de la promoción de la transparencia; así, los actos administrativos derivados de las fases precontractuales de las EICE y los manuales de contratación, están sujetos a control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de otro lado el respeto al principio de legalidad en la actividad contractual, aun cuando se trate de contratos de derecho privado.

En resumen, esta primera parte de la construcción de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado determina que las EICE exceptuadas del EGACP deben combinar elementos de derecho privado con los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, y que sus actos administrativos, como el Manual de Contratación, están sujetos a control de legalidad y deben respetar los derechos

fundamentales y el principio de legalidad, visto desde la interpretación de los magistrados del Honorable Consejo de Estado.

2.2 Límites legales en la contratación de las EICE

Las EICE son instituciones que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica, tal y como se evidenció en el primer capítulo del presente trabajo; su desarrollo y límites legales se encuentran en la Ley 489 de 1998, encargada regular las EICE, norma que desde su artículo 85 define lo relativo a las EICE, estableciendo principalmente, que son entidades regidas por los postulados del derecho privado con una personería jurídica propia, una autonomía administrativa - financiera, y que cuentan con un capital totalmente independiente.

Dentro del artículo en mención, se hace referencia a que las EICE, deben aplicar lo contenido en el artículo 19, en sus numerales 2, 4, 5, 6, 12, 13, 17 (numerales referentes a reglas para la constitución de las EICE), el artículo 27, numerales 2, 3, 4, 5, y 7 (referente a la participación por parte de entidades públicas en las EICE) y el artículo 183 (sobre su capitalización) de la Ley 142 de 1994.

La Ley 489 de 1998, artículo 86 hasta el 93, define reglas y límites aplicables a las EICE, indicando que, si bien por su objeto compiten con empresas privadas, de derecho privado, las EICE deben respetar y garantizar los principios de igualdad y libre competencia frente a estas entidades de derecho privado, no pueden ejercer privilegios que afecten estos principios; además establece normas acerca de la orientación de las EICE, dirigidas por una Junta Directiva con su respectivo gerente o presidente y cómo será su integración, funciones y elección de dignatarios.

De igual manera el desarrollo normativo que se desprende del artículo 93 de la Ley 489 de 1998, indica que las EICE, desde su contratación las dimensiones de actuación y contractual. De un lado, los actos expedidos por las empresas industriales y comerciales del Estado se sujetan a las disposiciones del derecho privado y, de otro, las disposiciones del Estatuto General de Contratación de Entidades estatales determinan la estructuración de los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto desde las fases de planeación hasta la ejecución contractual. (Gutierrez, Ortega, Guevara, Rodriguez, & Jaramillo, 2024)

La normativa aplicable a los actos contractuales de las EICE se divide en dos categorías, por un lado, los actos emitidos en el ejercicio de su actividad industrial, comercial o de gestión económica que se guía por el derecho comercial y por otro lado los contratos celebrados para cumplir con su objeto, los cuales están sujetos a lo establecidas en el EGCAP (Ley 80 de 1993).

En desarrollo de este postulado normativo, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (2022), ha emitido conceptos, indicando que la primera se da cuando

los actos o contratos de las EICE, están encaminados a desarrollar su actividad propia (industrial, comercial o de gestión económica), en este caso, su contratación estará regida por los postulados del derecho privado, la segunda se da cuando los actos o contratos de las EICE, se procuren en el marco del cumplimiento de su objeto, en este caso se guiarán por lo establecido en la Ley 80 de 1993.

Así, se establece una distinción clave para las EICE, la primera se refiere a la contratación relacionada con su actividad propia, regulada por el derecho privado y la segunda se refiere a la contratación para el cumplimiento de su objeto social, la cual se rige por la Ley 80 de 1993.

Continuando, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (2022), indica que los contratos con objeto directo, relacionado con las actividades industriales o comerciales de la entidad, se rigen bajo los postulados del derecho privado, y los contratos que desarrollen el objeto de las EICE, pero no directamente las actividades industriales o comerciales, como contratos que tengan que ver con el funcionamiento de la entidad, se realizarán bajo lo establecido en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

La distinción entre los objetos de estos contratos es complicada, si bien la doctrina y la jurisprudencia han dado pautas para su diferenciación, es imposible prever todos los casos que puedan presentarse.

En 2003, con la sanción de la Ley 816, se obligó a las entidades estatales con régimen especial, a adoptar un sistema de contratación objetivo, que permita apoyar y promover a las industrias nacionales, esto mediante un criterio de puntajes así:

“Artículo 2°. Las entidades de que trata el artículo 1° asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales (...).” (Ley 816 de 2003)

Esto genera un límite dentro de la contratación, en el sentido de que se debe preferir el proponente nacional sobre el internacional, limitando a las entidades a preferir al ofertante nacional.

Además, con la sanción de la Ley 996 de 2005, se prohíbe a toda entidad estatal, la contratación directa durante los 4 meses anteriores a las elecciones presidenciales y hasta la segunda vuelta electoral si se da el caso, siendo un limitante tanto a la competencia como al carácter de privado a este tipo de entidades.

En ese entendido, son pocos y confusos los límites y reglas aplicables a las EICE, pero, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, dentro de su artículo 3 literal c) que indica, acerca de la

contratación pública electrónica, que de conformidad con la Ley 527 de 1999, la tramitación de los procedimientos administrativos, la emisión de actos administrativos, la elaboración de documentos, la celebración de contratos y, en general, todos los actos relacionados con la actividad precontractual y contractual, podrán realizarse a través de medios electrónicos, aprovechando las tecnologías digitales para agilizar y modernizar la gestión administrativa.

El uso de medios para los trámites, notificaciones y publicaciones mediados por el uso de tecnologías de comunicación fortalecen la transparencia y la eficiencia en proceso de mejoramiento de las relaciones Gobierno a Ciudadano -G2C-, Gobierno a empresa (G2B) y Gobierno a Gobierno (G2G). los resultados son mejores indicadores de gobernabilidad en las distintas instancias de actuación del Estado a través de mecanismos eficientes de publicidad mediante el uso de medios y aplicaciones electrónicas.

Conforme al postulado normativo citado, toda contratación realizada con dineros públicos deberá ser difundida a través de canales electrónicos, posteriormente con la expedición de la Ley 1712 de 2014 “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones.”, se establecen un par de reglas más aplicables a las EICE, que buscan garantizar el cumplimiento de los principios de la contratación estatal.

La ley, (1) obliga a las entidades a realizar publicaciones de toda su actividad contractual en el SECOP, (2) obliga a construir y publicar un Plan Anual de Adquisiciones, (3) Obliga a hacer uso de un “Clasificador” de Bienes y Servicios, (4) Obliga reportar sanciones, multas, inhabilidades e incompatibilidades, (5) obliga a realizar un estudio del sector económico.

Esto en concordancia con lo establecido en el artículo 13 de la ley 1150 de 2017, adicionado por el artículo 53 de la ley 2195 de 2022:

“ARTÍCULO 53. Adiciónese los siguientes incisos al Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedara así:

Artículo 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los Artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

En desarrollo de los anteriores principios, deberán publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública - SECOP 11- o la plataforma transaccional que haga sus veces. Para los efectos de este Artículo, se entiende por actividad contractual los documentos, contratos, actos e información generada por oferentes, contratista, contratante, supervisor o interventor, tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y la postcontractual.

(...)." (Ley 1150 de 2007)

Esta Ley obliga a las entidades exentas del Estatuto General de Contratación, como lo son las EICE, a publicar todos los documentos derivados de su actividad contractual en el "*Sistema Electrónico para la Contratación Pública*" que se encuentre en uso en el momento, y obliga también a respetar los principios de la función pública, de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Establece requisitos específicos para las Entidades Industriales y Comerciales del Estado (EICE), exentas del Estatuto General de Contratación, estas entidades deben publicar toda la documentación relacionada con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública vigente, además, deben adherirse a los principios fundamentales de la función pública, la función administrativa y la gestión fiscal, garantizando transparencia y responsabilidad en su gestión.

Dentro de la Ley 2195 de 2022, el artículo 56 establece:

“ARTÍCULO 56. APLICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS TIPO A ENTIDADES DE REGIMEN ESPECIAL.

(...)

PARÁGRAFO. Se exceptúan del presente Artículo las Instituciones de Educación Superior públicas, las empresas sociales del Estado, las sociedades de economía mixta y **las empresas industriales y comerciales del Estado, únicamente en cuanto a la contratación de su giro ordinario. En estos casos, en los manuales de contratación de estas entidades, se fomentará como buena práctica la aplicación de los pliegos tipo.**

(Subrayado y Negrilla propias) (Ley 2195 de 2022)

Dentro de este artículo citado, y tal y como indica la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (2022), las EICE se encuentran exceptuadas del uso de pliegos tipo

en su giro ordinario de contratación, pero establece el uso de pliegos tipo dentro de sus manuales de contratación, simplemente con el fin de fomentarlos como una buena práctica.

Las empresas industriales o comerciales del Estado (EICE) aplican normas específicas en la contratación relacionada con su actividad comercial ordinaria. En este contexto sus manuales de contratación promoverán, como buena práctica, la adopción de pliegos tipo, con el objetivo de garantizar eficiencia y transparencia en sus procesos contractuales.

Finalmente, en concepto número C-049 emitido por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (2022), se indica:

“Las entidades de régimen especial son aquellas que, por expresa disposición legal y por su naturaleza o situación de competencia, tienen condiciones diferenciales respecto de la normativa de contratación pública. Esto quiere decir que no están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y por ende sus procedimientos contractuales tienen su normativa propia para su desarrollo, esto es, el derecho privado, lo cual está determinado en las normas de creación de las entidades de régimen especial y en sus manuales de contratación.” (Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, 2022)

Las entidades de régimen especial se caracterizan por tener un marco normativo único, establecido por disposiciones legales específicas debido a su naturaleza y situación de competencia, esto les permite operar con condiciones contractuales diferenciales, excluyéndolas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en su lugar, sus procedimientos contractuales se rigen por el derecho privado, conforme a las normas de creación y manuales de contratación propios, que regulan su desarrollo.

En consecuencia, son pocos los límites legales que se imponen en el régimen de contratación a las EICE, principalmente se busca que estas sean competitivas dentro de su sector económico y puedan hacerles frente a las industrias privadas y entre sí.

2.3 Construcción Línea Jurisprudencial

Una vez definidos los límites y reglas legales aplicables dentro del régimen jurídico de las EICE, es momento de construir una línea jurisprudencial donde se evidencie qué pronunciamientos existen del Consejo de Estado, frente a los límites en la contratación de estas entidades.

Para la construcción de esta línea jurisprudencial, tomaremos como fundamento dogmático lo indicado por López Medina (2006) en su libro “El Derecho de los Jueces”.

El autor desarrolla una metodología de estudio evaluando criterios jurisprudenciales en un determinado periodo de tiempo, basada en la elaboración de un diagrama que muestre el pensamiento judicial sobre un tema específico o de interés de una investigación; para la correcta delimitación de la línea jurisprudencial a estudiar, López Medina recomienda concretar sus límites del modo más preciso e "*identificar el patrón fáctico fundamental y relacionarlo con el texto o norma constitucional controlante.*" (López Medina, 2006)

Límites que resultan fundamentales al momento de la distinción entre *rationes decidendi* y los *obiter dicta*, que López Medina indica que van en razón del objetivo de la investigación en concreto, las razones dadas por los jueces en su jurisprudencia cobran importancia para la investigación particular y no siempre coinciden con las usadas para resolver el caso en específico.

Es por esto, que el patrón fáctico fundamental para el desarrollo de esta línea jurisprudencial se centra en encontrar a partir de las diversas tensiones y controversias sobre los límites normativos que regulan la actuación de las EICE, especialmente en lo relativo a contratación, control fiscal y autonomía financiera, las reglas y restricciones jurisprudenciales que rigen su funcionamiento y garantizar un equilibrio entre la eficiencia empresarial y la legalidad pública, teniendo como límite temporal la jurisprudencia del Consejo de Estado expedida entre el 2010 y 2020.

Como sentencia fundadora de línea, por ser uno de los más antiguos y principales pronunciamientos del Consejo de Estado en esta materia, tenemos la Sentencia de la Sección Tercera, expediente 37.423 del 13 de abril de 2011, del Magistrado ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En la misma, se evidencian unos de los primeros pronunciamientos en cuanto a los límites establecidos al régimen contractual de las entidades exceptuadas del EGCAP, indicando unas subreglas para determinar en qué aspecto se aplica el régimen público y en cual el régimen privado para los procesos de contratación:

Reglas de aplicación de régimen público:

1. Principios de la función administrativa y la gestión fiscal: tienen influencia en todas las etapas del proceso de contratación.
2. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades: restringen la capacidad legal de contratar, aun cuando el contrato sea de derecho privado.
3. Cláusulas exorbitantes: cuando están autorizadas por la ley, su utilización se rige por la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones.

Así, el régimen público de contratación se aplica según tres reglas fundamentales: los principios de la función administrativa y la gestión fiscal son esenciales en todas las fases del proceso

contractual, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades limita la capacidad legal de contratar, independientemente de si el contrato es de derecho privado, y las cláusulas exorbitantes, cuando están autorizadas por la ley, se rigen por las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones.

Reglas de aplicación de régimen privado:

1. La selección del contratista: no se requiere acudir a lo establecido en el EGCAP.
2. Requisitos de existencia del contrato: no se acude a las solemnidades de los contratos estatales, previstas en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993.
3. Requisitos de validez del contrato: se rige por lo dispuesto en las leyes civiles y comerciales.
4. Procedimientos: no están sometidos a solemnidades, aprobaciones o autorizaciones especiales.
5. Cláusulas contractuales: por regla general caben todas las posibles según leyes civiles y comerciales. Por regla general no se aceptan cláusulas excepcionales, salvo norma expresa.
6. Ejecución del contrato: no requiere formalidades distintas a las pactadas por las partes.
7. Terminación, ampliación y liquidación del contrato: No se rigen por las disposiciones del EGCAP.

Esta sentencia deja aspectos muy ambiguos, pero inicialmente da una guía para la naturaleza contractual de las entidades exceptuadas del EGCAP, estableciendo unos limitantes, pero no claros, habla de los principios de la función administrativa, sin indicar su alcance. (Consejo de Estado de Colombia , 2011)

Posteriormente con la Sentencia de la Sección Tercera, expediente 25.590 del 27 de febrero de 2013, del Magistrado ponente Mauricio Fajardo Gómez, emite una sentencia que podríamos denominar dominante reconceptualizadora de línea, debido a que mejora y complementa el concepto que se tenía sobre la obligatoriedad de aplicar los nociones de la función administrativa, dentro de los procesos contractuales de las entidades exceptuadas del régimen contractual contenido en el EGCAP, de esta forma:

“siempre que esté de por medio la contratación estatal, con independencia de la normativa de prevalente aplicación al contrato, los servidores públicos responsables deben observar los principios de la Función Administrativa que establecen los artículos 209 y 210 de la Constitución Política , por lo tanto, el funcionario público no está en libertad de conceder y definir libremente el contrato, aunque se aplique el derecho privado, pues debe desarrollar en su actuar, precontractual y contractual, los principios que la Constitución Política le impone. Esta es la razón por la cual el funcionario público tiene el deber de obrar con igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en todas las etapas de la

realización del contrato estatal, tanto antes de su celebración, en el momento de definir las necesidades y condiciones de la contratación y de elegir su contratista, así como en la ejecución y liquidación del contrato, y estos principios –se reitera- se deben aplicar y respetar aun cuando el contrato se rija por el derecho privado.” (Consejo de Estado de Colombia , 2013)

En la contratación estatal, los servidores públicos responsables deben observar los principios de la Función Administrativa establecidos en los artículos 209 y 210 de la Constitución Política, independientemente de la normativa aplicable al contrato, esto significa que los funcionarios públicos no tienen libertad absoluta para definir y conceder contratos, incluso bajo el derecho privado deben actuar conforme a principios constitucionales como igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad en todas las etapas del contrato estatal, desde la definición de necesidades y condiciones hasta la ejecución y liquidación, estos principios son aplicables y deben ser respetados, incluso cuando el contrato se rija por el derecho privado.

Esta sentencia, establece entonces, que los servidores públicos, hasta dentro de los procesos contractuales de carácter privado, están obligados a aplicar los principios de la función pública y de la función administrativa, y deben ser respetados durante todas las etapas contractuales.

Continuando con esta línea, el Consejo de Estado en Sentencia de la Sección Tercera, expediente 38.696 del 10 de febrero de 2016, la Magistrada ponente Marta Nubia Velázquez Rubio, tratándose de una sentencia dominante consolidadora de línea, define una subregla respecto de los Manuales de Contratación de las entidades exceptuadas del régimen contractual del EGCAP:

“En otras palabras, el manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación.” (Consejo de Estado de Colombia, 2016)

Establece tajantemente, que estos manuales son actos administrativos y se crean en el ejercicio de funciones administrativas, entendiéndose que, al momento de crear estos manuales, deben tener en cuenta todas las reglas y requisitos para la creación de un acto administrativo, además, se entiende que dichos manuales podrán ser objeto de control de legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, siendo una entidad con régimen contractual privado.

Se resalta la importancia de este pronunciamiento, y la regla es clara: los manuales de contratación son una decisión unilateral de la entidad estatal en ejercicio de su función administrativa, constituyen un acto administrativo que respeta todos los postulados de legalidad de los mismos.

Además, dentro de esta sentencia se indica:

“se recomienda a las entidades sometidas a regímenes especiales de contratación que incluyan en sus manuales de contratación una descripción detallada de los procedimientos para seleccionar a los contratistas, los plazos, los criterios de evaluación, criterios de desempate, contenido de las propuestas, los procedimientos para la aplicación de las restricciones de la Ley 996 de 2005 y los demás aspectos que garanticen el cumplimiento de los principios y objetivos del sistema de compras y contratación pública en todas las etapas del Proceso de Contratación, con base en su autonomía.” (Consejo de Estado de Colombia, 2016)

Entonces, las entidades sujetas a regímenes especiales de contratación deben incluir dentro de sus manuales de contratación una descripción exhaustiva, teniendo en cuenta todos los requisitos de Ley, de los procedimientos para la evaluación y selección contratistas, incluyendo:

- Plazos definidos para el calendario de contratación.
- Criterios de evaluación objetivos de las propuestas.
- Criterios de desempate claros.
- Contenido específico que deben tener las propuestas.
- Procedimientos para aplicar las restricciones y prohibiciones determinadas en la Ley 996 de 2005.
- Otros aspectos que garanticen el cumplimiento de los principios de la función pública y de la contratación pública.

Esto debe realizarse considerando la autonomía de cada entidad y abarcando todas las etapas del proceso de contratación.

Recomendando así esta sentencia a las entidades, que creen un Manual de Contratación íntegro, respetando los principios, dando publicidad a sus procesos de contratación y teniendo en cuenta la expedición de la Ley 1712 de 2014, que genera la obligación de publicar todas las etapas contractuales.

El Consejo de Estado, continuando con la misma línea, en Sentencia de la Sección Tercera, expediente 45607 del 24 de octubre de 2016, a través de la Magistrada ponente Marta Nubia Velázquez Rubio, expide la que conforme a las reglas dogmáticas indicadas por *López Medina (2006)* es la sentencia “hito” de esta línea jurisprudencial, debido a que tiene un peso estructural fundamental en la construcción de esta línea jurisprudencial, y de ahí se desprenden los lineamientos actuales.

En esta sentencia el Consejo de Estado establece tajantes argumentos frente a la aplicabilidad del régimen contractual de las entidades exceptuadas del EGCAP, debido a que hasta la fecha se habían dado muchos vacíos y dudas al respecto.

“Para empezar, y en primer lugar, se señala que el régimen contractual no es exclusivamente el derecho privado, sino una combinación de éste con los principios de la función administrativa. Esta conclusión aplica tanto a partir de la vigencia del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 –norma en la cual el legislador positivizó esta idea-, como desde antes, cuando la doctrina y la jurisprudencia, aplicando los principios generales del derecho, llegaron a esta conclusión.” (Consejo de Estado de Colombia, 2016)

Se establece que el régimen contractual no es propio únicamente del derecho privado, sino que combina sus elementos con los principios de la función pública/administrativa, esta interpretación se sustenta tanto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que consagró esta idea, como en las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales previas a la expedición de este postulado normativo, que aplicando los principios básicos del derecho habían llegado a la misma conclusión.

Inicialmente aclara que el régimen contractual de estas entidades no es exclusivo del derecho privado, sino que se combina con los principios de la función pública y de la función administrativa. Continuando indica que:

“En segundo lugar, se destaca que la necesidad de aplicarle los principios de la función administrativa, y hasta los de la gestión fiscal, a las entidades excluidas de la Ley 80 condujo a esas entidades a expedir estatutos internos o manuales de contratación que dispusieran la manera de balancearlos. Esto provocó la proliferación de normas especiales, porque cada entidad cuenta con un manual donde se establece la manera de contratar con ella.” (Consejo de Estado de Colombia, 2016)

Las entidades exceptuadas del régimen contractual establecido en el EGCAP, deben crear su Manual de Contratación propio, donde se indica la forma para poder contratar con la respectiva entidad, respetando dentro de estos manuales los principios de la función pública, de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Continuando, afirma lo siguiente:

“Finalmente, en medio del universo de problemáticas que suscita no solo la posibilidad de no regirse por la Ley 80 de 1993 –y por la Ley 1150 de 2007- sino también la de expedir un reglamento de contratación, con vigencia exclusiva para una entidad estatal, lo cierto es que el régimen contractual de estas entidades queda sujeto a una combinación muy incierta, pero efectiva: al derecho privado, a los principios de la función administrativa y de la

gestión fiscal y al reglamento interno de contratación, que en el fondo pondera parte de los dos regímenes anteriores.” (Consejo de Estado de Colombia, 2016)

En el contexto de las complejidades que rodean a las entidades estatales que no se rigen por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 y que emiten sus propios reglamentos de contratación, se destaca que su régimen contractual se encuentra sujeto a una combinación “tripartita”: el derecho privado, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal y su propio reglamento interno de contratación, considerando que este último se construye integrando y ponderando elementos de los dos primeros regímenes.

La Corte fija su posición y deja completamente claro que el régimen legal aplicable a la contratación de estas entidades, es una combinación del derecho privado, los principios de la función pública, de la función administrativa y de la gestión fiscal, y su manual de contratación.

Posteriormente en sentencia de la Sección Tercera, expediente 51920 del 6 de julio de 2017, la Magistrada ponente Marta Nubia Velázquez Rubio; siendo esta una sentencia dominante consolidadora, crea y sustenta una subregla aplicable a la línea jurisprudencial:

“La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la combinación de ordenamientos que confluyen en el régimen contractual de las entidades excluidas del Estatuto General de Contratación y ha considerado que el régimen sustantivo del contrato - derecho privado- no desvanece el sometimiento de la Administración al principio de legalidad y al respeto por los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en la actividad precontractual de estas entidades, aun cuando se aplican normas de derecho privado, también se aplican los principios de la función administrativa, situación que puede derivar en la expedición de verdaderos actos administrativos que se someten al cumplimiento del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, son controlables por el juez administrativo, como toda la actividad de la Administración Pública.” (Consejo de Estado, 2017) Expediente. 51920.

En el régimen contractual de entidades excluidas del Estatuto General de Contratación, convergen ordenamientos jurídicos, aunque el régimen sustantivo del contrato se rige por el derecho privado, las EICE siguen sometidas al principio de legalidad y al respeto de los derechos fundamentales.

En la actividad precontractual, la aplicación de normas de derecho privado se complementa con los principios de la función administrativa, esto puede generar actos administrativos que se sujetan al ordenamiento jurídico y son controlables por el juez administrativo, como corresponde a toda actividad de la Administración Pública.

Esta sentencia, sin modificar la línea, trae dos subreglas importantes a esta línea jurisprudencial, en primer lugar, debido a que resalta la obligatoriedad de la administración pública a respetar el

principio de legalidad y los derechos fundamentales, agregando estos dos (2) términos al listado de reglas para la debida contratación por parte de estas entidades.

Y, en segundo lugar, afirma que, dentro de la etapa precontractual, por la aplicación de los principios de la función pública y de la función administrativa, se puede derivar la creación de actos administrativos, los cuales estarán sujetos a un control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aun tratándose de contratos dentro del régimen privado, valga resaltar que ya anteriormente se había sentado que el Manual de Contratación es un acto administrativo.

Finalizando esta línea jurisprudencial, encontramos la sentencia de la Sección Tercera, expediente 42003 del 3 de septiembre de 2020, del Magistrado ponente Alberto Montaña Plata:

“La naturaleza privada de este tipo de actos y su consecuente régimen jurídico civil y comercial, no obsta para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, deban observarse, de manera compatible con lo anterior, los principios que orientan la función administrativa. Tal observancia, como lo pone en evidencia la redacción de esta disposición, no desnaturaliza el régimen jurídico descrito y, por ende, en los términos expuestos, la naturaleza de sus actos.” (Consejo de Estado, 2020) Expediente. 42.003)

Aunque los actos de contratación de las entidades excluidas tienen naturaleza privada y se rigen por el derecho civil y comercial, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 establece que también es un deber observar los principios de la función administrativa, sin que esto altere su régimen jurídico ni modifique su naturaleza, la aplicación de estos principios es compatible con el régimen privado y no cambia la esencia de sus actos.

Esta sentencia es dominante reconceptualizadora de la línea, debido a que únicamente fortalece el argumento que, dentro de la contratación de estas entidades, exceptuadas de lo establecido en la Ley 80 de 1993, se deben respetar los principios de la función pública y de la función administrativa, sin que esto cambie su régimen jurídico, es decir, sin que afecte su régimen privado de contratación.

Esta línea jurisprudencial, es mayormente desarrollada por la magistrada ponente Marta Nubia Velázquez Rubio, es por esto por lo que no existen mayores cambios jurisprudenciales en el desarrollo de la misma, y pocos son los limitantes que se establecen frente a los regímenes de contratación.

Con la construcción de esta línea, logramos identificar que si bien son pocas las limitantes, reglas y restricciones jurisprudenciales que rigen su funcionamiento, se garantiza un equilibrio entre la

eficiencia empresarial y la legalidad pública de las EICE, siendo específicos con el patrón fáctico fundamental.

Tabla 3: Línea jurisprudencial de la contratación en Colombia

		2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Fundadora		Ex. Nro. 37.423 M.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.									
Hito							Ex. Nro. 45.607 M.P Marta Nubia Velázquez Rubio				
Dominante	Consolidadora						Ex. Nro. 38.696 M.P Marta Nubia Velázquez Rubio	Ex. Nro. 51.920 M.P Marta Nubia Velázquez Rubio			
Reconceptualizadora				Ex. Nro. 25.590 M.P Mauricio Fajardo Gómez							Ex. Nro. 42003 M.P Alberto Montaña Plata

Fuente: construcción propia

Una vez construida esta línea jurisprudencial, se dará su análisis meta jurisprudencial.

2.4 Análisis meta-jurisprudencial que permita describir los referentes teóricos a partir del estudio crítico de las reglas identificadas en dichas providencias

Como se evidencia en la línea jurisprudencial desarrollada en el acápite anterior, pocos son los limitantes que se establecen frente a los regímenes de contratación de las EICE, a continuación, evidenciamos los limitantes y reglas que se pueden desprender de la línea jurisprudencial estudiada.

2.4.1 Límites Jurisprudenciales en la contratación de las EICE

El primer límite a la contratación de las EICE lo encontramos dentro de la Sentencia de la Sección Tercera, expediente 25.590 del 27 de febrero de 2013, del Magistrado ponente Mauricio Fajardo Gómez, sentencia dominante reconceptualizadora de línea jurisprudencial:

“los servidores públicos responsables deben observar los principios de la Función Administrativa que establecen los artículos 209 y 210 de la Constitución Política, por lo tanto, el funcionario público no está en libertad de conceder y definir libremente el contrato, aunque se aplique el derecho privado, pues debe desarrollar en su actuar, precontractual y contractual, los principios que la Constitución Política le impone.” (Consejo de Estado de Colombia , 2013)

Esto significa que incluso cuando se aplica el derecho privado, los funcionarios públicos no tienen libertad absoluta para conceder y definir contratos, deben actuar conforme a los principios constitucionales en todas las etapas del proceso contractual, desde la precontratación hasta la ejecución y liquidación del contrato.

Primer límite, el servidor público encargado de la contratación no es libre, debe respetar todos los principios de la Función Pública y de la Función Administrativa contenidos en los artículos 209 y 210 de la Constitución Política Colombiana.

Segundo límite, lo encontramos dentro de la Sentencia de la Sección Tercera, expediente 45607 del 24 de octubre de 2016, de la Magistrada ponente Marta Nubia Velázquez Rubio, sentencia hito de la línea jurisprudencial:

“el régimen contractual no es exclusivamente el derecho privado, sino una combinación de éste con los principios de la función administrativa. Esta conclusión aplica tanto a partir de la vigencia del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 –norma en la cual el legislador positivizó esta idea-, como desde antes, cuando la doctrina y la jurisprudencia, aplicando los principios generales del derecho, llegaron a esta conclusión” (Consejo de Estado de Colombia, 2016).

En otras palabras, el régimen contractual de las EICE no se rige exclusivamente por el derecho privado, sino que incorpora principios administrativos, es una combinación del derecho privado y los principios de la función administrativa.

Se refiere a que el régimen contractual aplicable a las EICE, no es exclusivo del derecho privado, sino que se combina con los principios de la función pública y de la función administrativa.

Dentro de la Sentencia *ibidem*, también encontramos el tercer límite:

“En segundo lugar, se destaca que la necesidad de aplicarle los principios de la función administrativa, y hasta los de la gestión fiscal, a las entidades excluidas de la Ley 80 condujo a esas entidades a expedir estatutos internos o manuales de contratación que dispusieran la manera de balancearlos. Esto provocó la proliferación de normas especiales, porque cada entidad cuenta con un manual donde se establece la manera de contratar con ella.” (Consejo de Estado de Colombia, 2016)

La aplicación de principios administrativos y fiscales en entidades excluidas de la Ley 80 generó la creación de manuales de contratación específicos para cada entidad, proliferando normas especiales.

El **tercer límite** indica que, dentro del régimen legal aplicable a la contratación de las EICE, se debe tener en cuenta los principios de la gestión fiscal.

2.4.2 Reglas para la contratación de las EICE desprendidas de la jurisprudencia

Dentro de la Sentencia de la sección tercera, expediente 37.423 del 13 de abril de 2011, del Magistrado ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, fundadora de la línea, encontramos el primer conjunto de reglas aplicables al Régimen de las EICE

“ ...

1. Principios de la función administrativa y la gestión fiscal: tienen influencia en todas las etapas del proceso de contratación.
 2. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades: restringen la capacidad legal de contratar, aun cuando el contrato sea de derecho privado.
 3. Cláusulas exorbitantes: cuando están autorizadas por la ley, su utilización se rige por la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones.
- ...” (Consejo de Estado de Colombia , 2011)

Continuando con las reglas, la Sentencia de la Sección Tercera, expediente 38.696 del 10 de febrero de 2016, la Magistrada ponente Marta Nubia Velázquez Rubio, sentencia dominante consolidadora de línea, define una subregla respecto de los Manuales de Contratación de las entidades exceptuadas del régimen contractual contenido en la ley 80 de 1993:

“En otras palabras, el manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación.” (Consejo de Estado de Colombia, 2016)

Como se ha venido reiterado, el manual de contratación de entidades exceptuadas es un reglamento administrativo que, como acto unilateral de la entidad estatal, produce efectos jurídicos permanentes en el tiempo, sin limitarse a una sola aplicación.

En consecuencia, los manuales de contratación de las entidades exceptuadas como las EICE no son una simple directriz interna ni un documento operativo, se les reconoce un “estatus” de acto administrativo reglamentario, con ciertas características:

- Origen unilateral, emitido por la entidad en ejercicio de función administrativa.
- Vocación normativa, es decir, no se agota en un solo acto, sino que establece reglas de aplicación general y permanente dentro de la entidad.
- Efecto vinculante, tanto para la propia entidad como para los particulares que contraten con ella.

Esta interpretación aproxima los manuales de contratación a los reglamentos autónomos dentro del derecho administrativo, lo que refuerza la idea de que las EICE, aunque con ciertos rasgos empresariales, no están completamente excluidas del régimen propio del derecho público.

Es por esto, que al calificar al manual como reglamento, se reconoce que la autonomía contractual de las EICE no es absoluta, ya que la elaboración del manual no es una simple manifestación privada, sino un acto reglado, sujeto a principios como legalidad, transparencia y publicidad, además, los manuales pueden ser objeto de control judicial y fiscal, dado que su expedición hace parte del ejercicio de función administrativa.

Se revela una tensión estructural en el diseño legal de las EICE, debido a que son entidades que deben operar con criterios de eficiencia empresarial, pero están sometidas a lógicas normativas y controles propios del aparato estatal; esta ambivalencia genera ambigüedad interpretativa y conflictos prácticos, implicando:

- Que la inobservancia de los manuales de contratación podría acarrear nulidades en los actos contractuales.
- Que el manual puede ser objeto de control de legalidad por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa.
- Que se configura como una fuente de derecho aplicable dentro del régimen especial de contratación de estas entidades.
-

Este entendimiento robustece la idea de que el régimen especial de contratación no equivale a discrecionalidad absoluta, sino que está estructurado normativamente, con reglas autoimpuestas obligatorias.

Como conclusión, el reconocimiento del manual de contratación de las EICE como acto administrativo de naturaleza reglamentaria permite delimitar jurídicamente los márgenes de acción de estas entidades, refuerza el principio de legalidad en su actividad contractual, y pone en evidencia las tensiones y ambigüedades del modelo dual público/privado en que se mueven las

EICE; a nivel meta-jurisprudencial, se identifica una clara intención del sistema jurídico por preservar la coherencia del derecho público, incluso en entornos normativos especiales o flexibles.

Capítulo III

Referentes teóricos de consulta para los sujetos involucrados en la gestión contractual de las EICE

La contratación oficial en Colombia se rige por un marco normativo complejo, que busca equilibrar la eficiencia y la transparencia en la administración de los recursos públicos, en este contexto, las EICE juegan un papel fundamental en la prestación de servicios públicos esenciales, sin embargo, la contratación de las EICE se rige por un régimen especial, que combina elementos del derecho público y privado.

La Ley 80 de 1993, al denominarse como Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, establece un marco regulatorio para las entidades públicas en materia contractual: la unificación y aplicación de un único cuerpo normativo, que se destinará a la extensa relación de entidades públicas que se relacionan en el artículo 2° de esa ley, de manera tal, que se incluyese en ese listado a todas las entidades públicas que conforman la estructura del Estado Colombiano con el fin de señalarlas como destinatarias del régimen jurídico expedido.

Sin embargo, a lo largo de los años, se han expedido leyes que permiten a ciertos sectores económicos y entidades públicas regirse por el derecho privado en materia contractual, en lugar de someterse estrictamente a la Ley 80 de 1993.

Y a esto se le denominó el “fenómeno de huida³ del EGCAP”, encontrando varias entidades a las que el legislador permitió acudir al régimen exceptuado, dentro de las que se resalta un importante actor estatal y que corresponde al fenómeno empresarial estatal que adoptó la forma de empresa industrial o comercial del Estado y determinándolas como entidades públicas que desarrollan actividades económicas o comerciales que se rigen por normas propias del derecho privado.

Por citar algunas de las entidades que encontramos en este fenómeno, resaltan:

- Las Empresas Sociales del Estado (Ley 100 de 1993).
- Los operadores o empresas de Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994).
- Las universidades públicas (Ley 30 de 1992).

3 Suarez (2010) expresa que las causas que generalmente se esgrimen para plantear una supuesta huida del Derecho administrativo son de dos tipos, aquellas internas institucionales y otras de carácter externo. En el primer grupo aspectos como la ineficiencia, la corrupción, el clientelismo o el déficit fiscal donde los efectos son variados, por ejemplo, la necesidad de austeridad y sus consecuentes reformas suprimiendo y liquidando entidades estatales. De otra parte, aquellas de carácter externo donde se ubican fenómenos, tendencias ideológicas y ciclos económicos de carácter mundial; la coordinación de los países más desarrollados o los organismos transnacionales presionan fenómenos que, desde la globalización o el neoliberalismo procuran objetivos como la eficiencia, la promoción de la competencia o la reducción del aparato estatal entre otros.

- El Banco de la República (Ley 31 de 1992).

Estas entidades de alguna manera inauguraron el denominado “régimen excluido” o “excepcional” en contraposición al “régimen general” que había creado el EGCAP.

Los motivos para hacer uso de nuevos modelos de gestión de recursos son variados y no están exentos de distorsiones a la función de lo público. Es un riesgo que puede promover los problemas de agencia, donde los fines que se espera de la entidad pública se alejen, para lo cual fueron concebidos originalmente como un choque no deseado, cuando las ideas y los intereses no están alineados y existen fracturas en las reglas de juego que permiten la triangulación de los excedentes.

Así, bajo las ideas deseadas de eficiencia, eficacia o celeridad se esconden intereses de rentabilidad privada que superpone a la pública o de obtención de privilegios o atajos imposibles en el marco de derecho público tradicional. El resultado es una pérdida de garantías ciudadanas en aquellas entidades dominadas por el interés particular en detrimento de lo público.

Permitir moverse de lo público a lo privado o de lo privado a lo público, aun superponerse, es arriesgado y una práctica inocente del regulador, resultado de exceso de confianza en lo privado y los mercados que puede resultar en evadir y eludir y en vez de promover derechos, principios y responsabilidades sacrifica el bien común, la defensa y la protección del patrimonio público.

En los intentos por responder a las nuevas condiciones de mercado y de Estado, el estatuto siguió ajustándose conforme pasó el tiempo y, con la Ley 1150 de 2007, se creó propiamente el régimen excepcional al EGCAP, mediante el cual se permite la aplicación del derecho privado en la gestión contractual de las EICE, siempre y cuando se cumpla con una condición que impuso el legislador (Art. 14) y es la de que estas entidades/empresas ejerzan su actividad “en competencia con el sector público o privado, en mercados monopolísticos o en mercados regulados”. El mismo artículo 14 de esta ley fue posteriormente modificado por la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción), eliminando la remisión que existía al literal g) del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007.

Entonces, para que las EICE puedan acogerse a este régimen excepcional, deben cumplir con una condición fundamental: deben ejercer su actividad "en competencia con el sector público o privado, en mercados monopolísticos o en mercados regulados" (Art. 14 de la Ley 1150 de 2007).

Esta condición se estableció con el fin de asegurar que las EICE que se acojan a este régimen excepcional sean aquellas que realmente compiten con el sector privado y que no sean entidades que desarrollan actividades monopolísticas o que no están sujetas a regulación.

En resumen, el régimen excepcional al EGCAP establecido en la Ley 1150 de 2007 y modificado por la Ley 1474 de 2011, permite que las EICE que ejercen su actividad en competencia con el

sector público o privado, en mercados monopolísticos o en mercados regulados, se rijan por el derecho privado en materia contractual.

Este régimen excepcional busca promover la eficiencia y la transparencia en la gestión contractual de las EICE, y fortalecer la competencia en los mercados en los que estas entidades desarrollan su actividad y en principio se observa que estas entidades tienen una gran libertad en especial con su régimen contractual.

En consecuencia, conforme la naturaleza empresarial de las EICE, y en consideración a su condición de competidor en un determinado mercado, se ha planteado a lo largo de este escrito la necesidad de examinar las situaciones que condicionan la actuación contractual de este tipo de entidades, no solo desde el punto de vista normativo, sino examinando el alcance que han otorgado los jueces de los tribunales de cierre como el Consejo de Estado, a la potestad reglamentaria derivada con que cuentan este tipo de entidades al expedir, ajustar o modificar sus manuales de contratación.

En un primer momento revisamos el contexto histórico de las EICE en el ordenamiento jurídico de Colombia, evaluamos los principios de la función pública y de la contratación estatal, logrando así comprender el contexto y necesidad comercial de las EICE e identificar una serie de límites normativos a su régimen exceptuado.

Un segundo momento lo dedicamos a la revisión y análisis de sentencias y logramos construir una línea jurisprudencial, que permitió la identificación de los eventuales cambios de precedentes, las sentencias reiterativas sobre el problema planteado y las sentencias más relevantes, realizando así, un estudio meta-jurisprudencial, mediante el cual obtuvimos un análisis crítico respecto a las reglas y subreglas identificadas en estas jurisprudencias, y logrando identificar los diferentes límites o alcances a la potestad reglamentaria dentro del régimen exceptuado de las EICE.

Finalmente, en este último capítulo, se establecerán las reglas normativas y jurisprudenciales aplicables a las EICE, dentro de la construcción de sus Manuales de Contratación, que recopilamos a lo largo de este trabajo investigativo.

En este capítulo, y tal como fue propuesto al inicio del desarrollo de este trabajo, encontraremos una guía de consulta para la construcción de los Manuales de Contratación de las diferentes EICE, la cual es una recopilación normativa y jurisprudencial advertimos entonces la textualidad de este capítulo, debido a que no se puede dar lugar a una interpretación, esto afectaría la correcta construcción de los manuales de contratación de las EICE, entonces, optamos por establecer las normas de forma textual con su respectiva cita normativa o jurisprudencial.

A continuación, se presentan las reglas normativas y jurisprudenciales que rigen la contratación de las EICE, clasificadas en dos secciones: reglas normativas y reglas jurisprudenciales.

3.1 Reglas frente a la construcción de Manuales de contratación para las EICE con sus límites legales y jurisprudenciales

Si bien la jurisprudencia poco ha abordado los límites y reglas aplicables a las EICE como régimen de contratación, a continuación, destacaremos las más importantes derivadas del análisis realizado.

La Sentencia de la Sección Tercera, expediente 45607 del 24 de octubre de 2016, de la Magistrada ponente Marta Nubia Velázquez Rubio, sentencia hito de la línea jurisprudencial, da un punto de partida para la construcción de los Manuales de Contratación de las EICE:

“En segundo lugar, se destaca que la necesidad de aplicarle los principios de la función administrativa, y hasta los de la gestión fiscal, a las entidades excluidas de la Ley 80 condujo a esas entidades a expedir estatutos internos o manuales de contratación que dispusieran la manera de balancearlos. Esto provocó la proliferación de normas especiales, porque cada entidad cuenta con un manual donde se establece la manera de contratar con ella.” (Consejo de Estado de Colombia, 2016)

Derivado del estudio y análisis de la línea jurisprudencial y de los documentos normativos, podemos definir las reglas normativas y jurisprudenciales que se deben tener en cuenta para la creación de una EICE, evidenciando que, si bien su régimen es privado, debe respetar un amplio número de reglas de derecho público.

3.1.1. Reglas Normativas y Reglas Jurisprudenciales

La evolución normativa está marcada por mecanismos de adaptación al nuevo marco generado por la Constitución Política de 1991, donde el papel del mercado y del Estado tienen nuevos significados en particular acerca del suministro de bienes públicos y cuidado de bienes muy importantes para la sociedad y donde la iniciativa privada tendría restricciones.

Ciertos sectores son estratégicos y, por su rol, definen el inicio de este marco regulatorio. Tienen como características que son bienes de importancia pública, con altos costos de inversión inicial y, previa y generalmente, eran de monopolio del Estado. Así está ley se aplica, entre otros, a las ESPD triple A alcantarillado, aseo y acueducto, entre otras.

Buena parte del articulado sienta las bases para la promoción de la participación privada en la oferta de bienes que previamente eran de monopolio público bajo el argumento de privatización y búsqueda de eficiencia económica. Para una mejor comprensión y, como fue anunciado al inicio de este trabajo, se presenta, a través de tablas guía el material que sirve de manual de consulta,

para identificar las reglas normativas y jurisprudenciales a seguir para la constitución de las empresas industriales o comerciales del Estado y para la construcción de sus Manuales de Contratación, considerados como actos administrativos y finalmente se generará un comentario de la aplicabilidad de cada regla.

Tabla 4: Manual de Consulta reglas normativas y jurisprudenciales para la constitución de las EICE y la construcción de sus Manuales de Contratación: Regla Normativa en la Ley 142 de 1994

#	Cita Textual	Comentarios de Aplicabilidad
1.	La duración podrá ser indefinida. -Artículo 19 numeral 2-	Se refiere a la duración que se puede establecer al momento de la constitución de las EICE.
2.	Los aumentos del capital autorizado podrán disponerse por decisión de la Junta Directiva, cuando se trate de hacer nuevas inversiones en la infraestructura de los servicios públicos de su objeto, y hasta por el valor que aquellas tengan. La empresa podrá ofrecer, sin sujeción a las reglas de oferta pública de valores ni a las previstas en los artículos 851, 853, 855, 856 y 858 del Código de Comercio, las nuevas acciones a los usuarios que vayan a ser beneficiarios de las inversiones, quienes en caso de que las adquieran, las pagarán en los plazos que la empresa establezca, simultáneamente con las facturas del servicio. - Artículo 19 numeral 4-	Este artículo establece el procedimiento para aumentar el capital autorizado de una empresa de servicios públicos, específicamente cuando se trata de realizar nuevas inversiones en infraestructura, se refiere a que la Junta Directiva puede tomar la decisión de aumentar el capital autorizado, siempre y cuando el monto del aumento no supere el valor de las inversiones. En cuanto a la aplicabilidad, este artículo es relevante para las empresas de servicios públicos que deseen realizar nuevas inversiones en infraestructura y necesitan aumentar su capital autorizado para financiar estas inversiones.
3.	Al constituir la empresa, los socios acordarán libremente la parte del capital autorizado que se suscribe. -Artículo 19 numeral 5-	Este artículo establece que, al constituir la empresa, los socios tienen la libertad de acordar la parte del capital autorizado que se suscribe. Esto significa que los socios pueden decidir de manera autónoma y sin restricciones legales específicas, la cantidad de capital que se comprometen a aportar al momento de constituir la empresa. En cuanto a la aplicabilidad, este artículo es relevante para las empresas que se encuentran en proceso de constitución, y para los socios que están negociando y acordando los términos de la constitución de la empresa.
4.	Serán libres la determinación de la parte del valor de las acciones que deba pagarse en el momento de la suscripción, y la del plazo para el pago de la parte que salga a deberse. Pero la empresa informará, siempre, en sus estados financieros, qué parte de su capital ha sido pagado y cuál no. -Artículo 19 numeral 6.	En cuanto a la aplicabilidad, este artículo es relevante para las empresas que emiten acciones y para los inversores que adquieren esas acciones, también es importante para los organismos reguladores y los auditores que revisan los estados financieros de la empresa.
5.	La empresa no se disolverá sino por las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 457 del Código de Comercio, o en el evento de que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un accionista. -Artículo 19 numeral 12-	En cuanto a la aplicabilidad, este artículo es relevante para las empresas que deseen establecer reglas claras para su disolución y liquidación, también es importante para los accionistas y los directivos de la empresa, que deben estar al tanto de las causales de disolución y sus implicaciones.
6.	Si se verifica una de las causales de disolución, los administradores están obligados a realizar aquellos	En cuanto a la aplicabilidad, este artículo es relevante para las empresas que prestan servicios

#	Cita Textual	Comentarios de Aplicabilidad
	<p>actos y contratos que sean indispensables para no interrumpir la prestación de los servicios a cargo de la empresa, pero darán aviso inmediato a la autoridad competente para la prestación del servicio y a la Superintendencia de servicios públicos, y convocarán inmediatamente a la asamblea general para informar de modo completo y documentado dicha situación. De ninguna manera se ocultará a los terceros con quienes negocie la sociedad la situación en que ésta se encuentra; el ocultamiento hará solidariamente responsables a los administradores por las obligaciones que contraigan y los perjuicios que ocasionen.</p> <p>-Artículo 19 numeral 13-</p>	<p>públicos y que se encuentran en una situación de disolución, también es importante para los administradores y directivos de la empresa, que deben estar al tanto de sus obligaciones y responsabilidades en esta situación.</p>
7.	<p>En el caso de empresas mixtas, cuando el aporte estatal consista en el usufructo de los bienes vinculados a la prestación del servicio público, su suscripción, avalúo y pago, se regirán íntegramente por el derecho privado, aporte que de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio, incluirá la regulación de las obligaciones del usufructuario, en especial en lo que se refiere a las expensas ordinarias de conservación y a las causales de la restitución de los bienes aportados.</p> <p>- Artículo 19 numeral 17-</p>	<p>En cuanto a la aplicabilidad, este artículo es relevante para las empresas mixtas que reciben aportes estatales en forma de usufructo de bienes vinculados a la prestación de servicios públicos. También es importante para los funcionarios públicos y los directivos de la empresa que deben entender las obligaciones y responsabilidades que conlleva el usufructo de los bienes aportados</p>
8.	<p>Podrán enajenar sus aportes, para lo cual se tendrán en cuenta sistemas que garanticen una adecuada publicidad y la democratización de la propiedad de conformidad con esta Ley y en desarrollo del precepto contenido en el artículo 60 de la Constitución Política.</p> <p>- Artículo 27 numeral 2-</p>	<p>Este artículo establece que los aportantes pueden enajenar sus aportes, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones.</p> <p>El artículo también hace referencia al artículo 60 de la Constitución Política, que establece que el Estado promoverá la democratización de la propiedad y la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas.</p> <p>En cuanto a la aplicabilidad, este artículo es relevante para los aportantes que deseen enajenar sus aportes, así como para las empresas que reciben aportes y deben implementar sistemas para garantizar la publicidad y la democratización de la propiedad.</p>
9.	<p>Deberán exigir a las empresas de servicios públicos, una administración profesional, ajena a intereses partidistas, que tenga en cuenta las necesidades de desarrollo del servicio en el mediano y largo plazo. Al mismo tiempo es derecho suyo fijar los criterios de administración y de eficiencia específicos que deben buscar en tales empresas las personas que representen sus derechos en ellas, en concordancia con los criterios generales que fijen las comisiones de regulación.</p> <p>Para estos efectos las entidades podrán celebrar contratos de fiducia o mandato para la administración profesional de sus acciones en las</p>	<p>En cuanto a la aplicabilidad, este artículo es relevante para las empresas de servicios públicos, también es importante para las comisiones de regulación que deben fijar los criterios generales para la administración y eficiencia de las empresas de servicios públicos.</p>

#	Cita Textual	Comentarios de Aplicabilidad
	empresas de servicios públicos, con las personas que hagan las ofertas más convenientes, previa invitación pública. - Artículo 27 numeral 3-	
10.	En las empresas de servicios públicos con aportes oficiales son bienes de la Nación, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio, y los dividendos que puedan corresponderles. A tales bienes, y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General de la República, y de las contralorías departamentales y municipales, mientras las empresas no hagan uso de la autorización que se concede en el inciso siguiente. El control podrá ser realizado por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos y contratadas previo concepto del Consejo de Estado o del Tribunal Administrativo competente, según se trate de acciones o aportes nacionales o de las entidades territoriales. -Artículo 27 numeral 4-	En cuanto a la aplicabilidad, este artículo es relevante para las empresas de servicios públicos con aportes oficiales, así como para la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas que realizan aportes a estas empresas. También es importante para las contralorías y los organismos de control que deben vigilar la gestión de estos bienes.
11.	Las autoridades de las entidades territoriales, sin perjuicio de las competencias asignadas por la Ley, garantizarán a las empresas oficiales de servicios públicos, el ejercicio de su autonomía administrativa y la continuidad en la gestión gerencial que demuestre eficacia y eficiencia. No podrán anteponer a tal continuidad gerencial, intereses ajenos a los de la buena prestación del servicio. - Artículo 27 numeral 5-	Dentro de la aplicabilidad, es importante para los representantes legales e integrantes de los consejos y juntas directivas de las empresas de servicios públicos oficiales, debido a que indica que los mismos están sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades.
12.	Los aportes efectuados por la nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo a las empresas de servicios públicos, se regirán en un todo por las normas del derecho privado. -Artículo 27 numeral 7-	El artículo establece que los aportes efectuados por la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas a las empresas de servicios públicos se regirán por las normas del derecho comercial, esto implica que la relación entre la entidad aportante y la empresa de servicios públicos se considerará como una relación contractual privada, y no como una relación administrativa o pública. En términos de aplicabilidad, este artículo es relevante para las entidades que realizan aportes a las empresas de servicios públicos, así como para las propias empresas de servicios públicos, también es importante para los profesionales del derecho y los expertos en regulación que deben entender las implicaciones de este artículo en la práctica.
13.	Los bienes que la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de aquella y éstas posean en las empresas de servicios públicos, de que trata la presente Ley, los pasivos de cualquier naturaleza que estas entidades tengan con aquellas y los pasivos que las mismas entidades tengan a favor de cualquier otra, y que hayan sido avalados por la	En términos de aplicabilidad, este artículo es relevante para las entidades públicas que tienen participación en empresas de servicios públicos y desean reestructurar su participación en forma de acciones, también es importante para las empresas de servicios públicos que buscan reorganizar su estructura accionarial.

#	Cita Textual	Comentarios de Aplicabilidad
	Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de aquella y éstas, podrán ser convertidos en acciones de las empresas de servicios. -Artículo 183.-	

Fuente: elaboración propia.

Durante 2003, las discusiones acerca de la promoción de estímulos a la industria nacional resultaron en la Ley 816 de 2003. La respuesta al desarrollo económico y la visión de la economía desde los interesados conduce al estímulo de la industria colombiana y la promoción de la compra de bienes y servicios nacionales.

El balance la norma toma un giro hacia la promoción de la industria nacional de manera que las empresas públicas pueden influir en la decisión de los proveedores y promover la participación de la industria colombiana en la contratación pública. El marco de la aplicabilidad, como se observa en la tabla 5, brinda ventajas a las empresas nacionales.

Tabla 5: Manual de Consulta reglas normativas y jurisprudenciales para la constitución de las EICE y la construcción de sus Manuales de Contratación: Regla Normativa en la Ley 816 de 2003

#	Cita Textual	Comentarios de Aplicabilidad
1.	Las entidades de que trata el artículo 1° (EICE) asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales. -Artículo 2-	Este artículo establece que las entidades públicas que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la ley (EICE) deben asignar un puntaje adicional a las propuestas que ofrezcan bienes o servicios nacionales. Este puntaje debe estar comprendido entre el 10% y el 20% del total de puntos posibles. En términos de aplicabilidad, este artículo es relevante para las entidades públicas que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la ley (EICE), así como para los proveedores que desean participar en la contratación pública, también es importante para la industria colombiana en general, ya que puede beneficiarse de la promoción de la compra de bienes y servicios nacionales.

Fuente: elaboración propia.

En 2005 se presenta un fuerte cambio en los marcos normativos dando mayor fuerza al rol privado y las empresas obtienen mayores privilegios y simplificación de sus procedimientos con lo público, sin embargo, esta Ley, tiene otro foco, se enfoca en motivos electorales a presidencia de la república, pero reconoce el balance de poder entre aspectos políticos de la reelección y aquellos económicos propio del desempeño público y privado.

Bajo este propósito la norma restringe la contratación directa por parte de las entidades del Estado por períodos específicos. En particular prohíbe la contratación directa en los cuatro meses previos a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta.

Tabla 6: Manual de Consulta reglas normativas y jurisprudenciales para la constitución de las EICE y la construcción de sus Manuales de Contratación: Regla Normativa en la Ley 996 de 2005

#	Cita Textual	Comentarios de Aplicabilidad
1.	<p>Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.</p> <p>Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración.</p> <p>-Artículo 33-</p>	<p>En términos de aplicabilidad, esta norma es relevante para todos los entes del Estado que realicen contrataciones directas, entre ellos las EICE, es importante que estos entes comprendan las restricciones y excepciones establecidas en la norma para evitar cualquier incumplimiento.</p>

Fuente: elaboración propia.

Colombia Compra Eficiente y la promoción del uso masivo de los portales de contratación tienen un hito importante en la Ley 1712 de 2014. El fortalecimiento de las reglas de publicidad y transparencia a través la publicidad en los contratos en el portal de Secop promueven la relación con los grupos de control y la rendición de cuentas.

Características como interoperabilidad, coordinación y control determinan la aplicabilidad de la obligación de publicar y es relevante para todas las entidades estatales que contratan con cargo a recursos públicos, esto incluye a las entidades del orden nacional, departamental y municipal, así como a las entidades descentralizadas, EICE y las empresas públicas.

Secop, como herramienta destaca la importancia de considerar los principios de la función pública, administrativa y de control a la contratación pública y la necesidad de manuales de contratación que sean considerados como actos administrativos y reglamentarios.

Tabla 7: Manual de Consulta reglas normativas y jurisprudenciales para la constitución de las EICE y la construcción de sus Manuales de Contratación: Regla Normativa en la Ley 1150 de 2005 y Ley 1712 de 2014

#	Cita Textual	Comentarios de Aplicabilidad
1.	Las entidades estatales están obligadas a publicar toda su actividad contractual en el SECOP. Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y Ley 1712 de 2014.	La publicación de la actividad contractual en el SECOP es una obligación fundamental para las entidades estatales. Esta medida busca garantizar la transparencia y la rendición de cuentas en la contratación pública, permitiendo que la ciudadanía y otros interesados puedan acceder a información sobre los contratos y acuerdos que se están realizando con recursos públicos.
2.	Las entidades estatales están obligadas a la elaboración y publicación de un Plan Anual de Adquisiciones. Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y Ley 1712 de 2014.	La obligación de las entidades estatales de elaborar y publicar un Plan Anual de Adquisiciones es una medida fundamental para garantizar la transparencia y la eficiencia en la contratación pública.
3.	Las entidades estatales están obligadas a hacer uso de un Clasificador de Bienes y Servicios. Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y Ley 1712 de 2014.	La obligación de las entidades estatales de utilizar un Clasificador de Bienes y Servicios es una medida importante para garantizar la estandarización y la uniformidad en la contratación pública. El uso de un Clasificador de Bienes y Servicios es una herramienta fundamental para garantizar la eficiencia, la transparencia y la rendición de cuentas en la contratación pública.
4.	Las entidades estatales están obligadas a reportar sanciones, multas, inhabilidades e incompatibilidades. Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y Ley 1712 de 2014.	La obligación de las entidades estatales de reportar sanciones, multas, inhabilidades e incompatibilidades es una medida importante para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión pública.
5.	Las entidades estatales están obligadas a realizar un análisis del sector económico y de los oferentes por parte de la entidad. Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y Ley 1712 de 2014.	En cuanto a su relevancia, este deber es significativo para todas las instituciones estatales que efectúen contrataciones utilizando fondos públicos, lo que abarca a las entidades del orden nacional, departamental y municipal, además de las entidades descentralizadas, EICE y las empresas públicas.

Fuente: elaboración propia.

En 2022, la Ley 2195 promueve la inclusión de la aplicación de los pliegos tipo como buena práctica en los manuales de contratación de las entidades estatales lo que se constituye en una buena práctica para fomentar la eficiencia, la transparencia y la rendición de cuentas en la contratación pública.

Tabla 8: Manual de Consulta reglas normativas y jurisprudenciales para la constitución de las EICE y la construcción de sus Manuales de Contratación: Regla Normativa en la Ley 2195 de 2022

#	Cita Textual	Comentarios de Aplicabilidad
1.	En los manuales de contratación de estas entidades (EICE), se fomentará como buena práctica la aplicación de los pliegos tipo.	La inclusión de la aplicación de los pliegos tipo como buena práctica en los manuales de contratación de las entidades estatales (EICE) es una medida importante para fomentar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública.

Fuente: elaboración propia.

Las líneas siguientes nos llevan a un análisis meta-jurisprudencial de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado de Colombia en relación con la contratación de las empresas industriales o comerciales del Estado (EICE) exceptuadas del régimen contractual establecido en el Estatuto General de Contratación Pública (EGCAP) revelará los límites y reglas que deben ser considerados. Esta es la fuerza del trabajo donde la evolución a partir de 2011 muestra las respuesta que toma en Consejo de Estado respecto a este difícil aspecto.

Tabla 9: Manual de Consulta reglas normativas y jurisprudenciales para la constitución de las EICE y la construcción de sus Manueas de Contratación: Regla Jurisprudencial Consejo de Estado de Colombia

#	Cita Textual	Comentarios de Aplicabilidad
1.	Los Principios de la función administrativa y la gestión fiscal: tienen influencia en todas las etapas del proceso de contratación. Consejo de Estado de Colombia, 2011.	Los Principios de la función administrativa y la gestión fiscal tienen una influencia significativa en todas las etapas del proceso de contratación, desde la planificación y preparación del proceso hasta la ejecución y seguimiento del contrato. Los principios de la función administrativa y la gestión fiscal son fundamentales para garantizar la transparencia, la eficiencia y la efectividad en todas las etapas del proceso de contratación.
2.	El Régimen de inhabilidades e incompatibilidades: restringen la capacidad legal de contratar. Consejo de Estado de Colombia, 2011.	En general, el Régimen de inhabilidades e incompatibilidades es una herramienta importante para prevenir la corrupción y garantizar la transparencia y la imparcialidad en la contratación pública. En la práctica, este régimen se aplica a través de la verificación de la idoneidad y la capacidad de los contratistas, así como de la evaluación de los riesgos y conflictos de interés que puedan surgir en el proceso de contratación. La aplicación de este régimen es fundamental para garantizar que la contratación pública se realice de manera transparente, eficiente y responsable, y que se eviten los conflictos de interés y la corrupción.
3.	Las Cláusulas exorbitantes: cuando están autorizadas por la ley, su utilización se rige por la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones. Consejo de Estado de Colombia, 2011.	Las Cláusulas exorbitantes son disposiciones contractuales que otorgan derechos y facultades especiales a la entidad pública contratante, y que pueden limitar o restringir los derechos y obligaciones del contratista. la utilización de Cláusulas exorbitantes en los contratos estatales está regulada por la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, y debe ser justificada y proporcional a los objetivos del contrato. La aplicación de las Cláusulas exorbitantes debe ser evaluada en cada caso concreto, considerando los objetivos del contrato y las necesidades de la entidad pública contratante, es

#	Cita Textual	Comentarios de Aplicabilidad
		importante que se establezcan mecanismos de control y supervisión para garantizar que la utilización de estas cláusulas sea justificada y proporcional.
4.	<p>El servidor público encargado de la contratación no es libre, debe respetar todos los principios de la Función Administrativa contenidos en los artículos 209 y 210 de la Constitución Política Colombiana.</p> <p>Consejo de Estado de Colombia, 2013.</p>	<p>La función pública de contratación está sujeta a los principios de la Función Administrativa establecidos en la Constitución Política Colombiana. Esto significa que el servidor público encargado de la contratación no tiene libertad absoluta para tomar decisiones, sino que debe actuar de acuerdo con los principios de la función administrativa.</p> <p>En general, el servidor público encargado de la contratación debe actuar de acuerdo con los principios de la Función Administrativa para garantizar la transparencia, la eficiencia y la rendición de cuentas en la contratación pública.</p>
5.	<p>El régimen contractual aplicable a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado no es exclusivo del derecho privado, se debe combinar con los principios de la función administrativa.</p> <p>Consejo de Estado de Colombia, 2016.</p>	<p>La aplicación del régimen contractual a las empresas industriales o comerciales del Estado (EICE) requiere una aproximación integral que considere tanto los principios del derecho privado como los de la función administrativa.</p> <p>En este sentido, la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, propias del derecho privado, deben ser complementadas con los principios de transparencia, eficiencia y rendición de cuentas que caracterizan a la función administrativa.</p> <p>De esta manera, la aplicación del régimen contractual a las EICE debe ser flexible y adaptable, permitiendo la combinación de elementos del derecho privado y la función administrativa de manera que se garantice la eficiencia y la transparencia en la contratación pública.</p> <p>En la práctica, esto significa que las EICE deben implementar mecanismos de contratación que sean transparentes, competitivos y eficientes, al mismo tiempo que se garantice la protección de los intereses públicos y la prevención de la corrupción.</p>
6.	<p>Dentro del régimen aplicable a la contratación de las EICE, se debe tener en cuenta los principios de la gestión fiscal.</p> <p>Consejo de Estado de Colombia, 2016.</p>	<p>En la práctica, esto significa que las EICE deben implementar mecanismos de contratación que sean transparentes, competitivos y eficientes, al mismo tiempo que se garantice la protección de los intereses públicos y la prevención de la corrupción.</p>
7.	<p>El manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo, y se crea en ejercicio de una función administrativa, debe respetar todas las reglas y requisitos para la creación de un acto administrativo.</p> <p>Consejo de Estado de Colombia, 2016.</p>	<p>La creación del manual de contratación de las entidades exceptuadas del EGCAP es un proceso que requiere una cuidadosa consideración de los principios y requisitos de la función administrativa, en este sentido, es fundamental que el manual sea creado de manera transparente, que se base en la Ley y la jurisprudencia.</p> <p>La aplicación de los principios de la función administrativa en la creación del manual de contratación es crucial para garantizar que el proceso de contratación sea justo, transparente y eficiente, en particular, es importante que el manual establezca procedimientos claros y precisos para la contratación y que se base en criterios objetivos y no discriminatorios.</p>

#	Cita Textual	Comentarios de Aplicabilidad
		En la práctica, la creación del manual de contratación debe ser un proceso dinámico y flexible, que permita la adaptación a las necesidades y circunstancias cambiantes de la entidad.

Fuente: elaboración propia.

Las EICE se enfrentan a la necesidad de aumentar su competitividad en el mercado para enfrentarse con éxito con las empresas privadas y públicas en su sector, para lograr esto, es fundamental que las EICE tengan la flexibilidad necesaria para tomar decisiones estratégicas en materia de contratación, en este sentido, el régimen de contratación de las EICE se rige por un marco normativo flexible, que se encuentra establecido en diversas leyes, entre ellas la Ley 142 de 1994, la Ley 996 de 2005, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1712 de 2014 y la Ley 2195 de 2022.

Como resultado, el marco jurídico establece restricciones mínimas en comparación con los regímenes de contratación de las EICE, lo que se refleja en la jurisprudencia correspondiente.

La jurisprudencia ha establecido límites a la autonomía y libertad de configuración en el régimen de contratación excepcional de las EICE, los cuales se fundamentan en la aplicación de normas legales específicas, tales como la ley 489 de 1998 y la ley 1150 de 2007, que tienen como objetivo garantizar la competencia leal, la transparencia y el fomento de la industria nacional en la contratación pública.

Finalmente, en el desarrollo de este capítulo, se ha logrado recopilar un conjunto integral de reglas normativas y jurisprudenciales que deben ser consideradas al momento de constitución y en la elaboración de un Manual de Contratación para las EICE, este manual debe respetar los límites y restricciones establecidos por el derecho público, y se fundamenta en 21 referentes normativos y 7 referentes jurisprudenciales.

Es fundamental destacar la importancia de aplicar los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, así como la necesidad de respetar las reglas de derecho público en el régimen privado de las EICE, para garantizar la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad en la contratación pública.

La identificación y aplicación de estos límites no necesariamente conduce a una uniformidad absoluta en la implementación de los regímenes de contratación, ni elimina por completo las áreas de incertidumbre y ambigüedad, sin embargo, proporciona un marco normativo y axiológico que permite a los operadores administrativos realizar una interpretación integral y sistemática, que

equilibre el cumplimiento del objeto social de la empresa con la mitigación del riesgo de incumplimiento del principio de legalidad, esto, a su vez, facilita la toma de decisiones informadas y responsables en el ámbito de la contratación pública.

Conclusiones

Las empresas industriales o comerciales del Estado son entidades públicas con autonomía administrativa y financiera, que desarrollan actividades industriales o comerciales bajo un régimen jurídico mixto que combina elementos del derecho público y privado, teniendo como su función principal buscar el interés general y social a través de actividades económicas.

Las EICE dentro de su objetivo principal, se enfrentan a la necesidad de ser más competitivas dentro del sector privado, se buscan que sean competitivas dentro de un sector económico, y así puedan enfrentar las industrias privadas y las públicas que compiten en su segmento; en consecuencia, son pocos los límites legales que se imponen en el régimen de contratación a las empresas industriales o comerciales del Estado, las principales reglas normativas las encontramos en la Ley 142 de 1994, la Ley 996 de 2005, Ley 1150 de 2007, Ley 1712 de 2014 y la Ley 2195 de 2022.

1. Igualmente, pocos son los limitantes que se establecen frente a los regímenes de contratación de las empresas industriales o comerciales del Estado dentro de la Jurisprudencia.

Los límites reconocidos por la jurisprudencia en la autonomía y libertad de configuración para el régimen excepcional de contratación de las EICE se basan en la aplicación de normas legales específicas, como la Ley 489 de 1998 y la Ley 1150 de 2007, que buscan garantizar la competencia y transparencia en la contratación pública, así como el fomento de la industria nacional.

Los principales pronunciamientos se encuentran en las Sentencias (Consejo de Estado de Colombia , 2013), (Consejo de Estado de Colombia, 2016), (Consejo de Estado de Colombia , 2011), y (Consejo de Estado de Colombia, 2016), y están encaminados a que se respeten dentro de estas entidades los principios de la Función Pública, de la Función Administrativa y de la Gestión Fiscal.

2. La libertad de concurrencia y la pluralidad de oferentes, son principios que cada vez ganan más terreno en las reglas del Estatuto General de Contratación Pública, por ejemplo a través de mecanismo como lo pliegos tipos; lo mismo que *contrario sensu*, apenas alcanzan a ser una buena práctica o recomendación frente a los regímenes exceptuados de contratación de la EICE, donde los principios dominantes se identifican con aquellos que imperan el

sector privado, esto es, la eficiencia, la celeridad y la economía para garantizar más allá de la mera pluralidad el desarrollo del objeto social en condiciones de lucro y competitividad.

3. Estas dinámicas e inserciones en el derecho privado, hacen que estas EICE exploren y adopten cada vez más, formas de contratación atípicas y globalizadas, trayendo nuevos retos regulatorios, rompiendo los paradigmas básicos de las modalidades de contratación, ampliando los horizontes de relacionamiento en cada uno de los sectores donde se aplican; con lo cual, traen nuevos retos para juzgar la conformidad normativa y moralidad de sus actos para todos los actores encargados de su control político, fiscal y legal.
4. Si bien las empresas industriales o comerciales del Estado ostentan una gran autonomía en la configuración de sus reglas contractuales, además de los límites señalados en la jurisprudencia, están excluidos de la aplicación de las cláusulas exorbitantes, lo que los pone en una relación de igualdad con los contratistas, sin perjuicio de que a través del principio de la autonomía de la voluntad privada puedan pactar cláusulas similares como la terminación unilateral, entre otros.
5. Se decantan limitaciones que en el mismo sentido se vienen imponiendo jurisprudencialmente, frente a la imposibilidad jurídica que tienen las EICE para adelantar las prerrogativas que son propias de como lo hacen las entidades que aplican el Estatuto General de Contratación, relacionadas con la aplicación del procedimiento sancionatorio de que trata la Ley 1474 de 2011 para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.
6. Otros de los límites importantes, tiene que ver con la vigencia de principios que son transversales a los regímenes exceptuados como lo son la transparencia, la responsabilidad, y la selección objetiva, mediante procedimientos de selección que garanticen unas etapas mínimas de convocatoria, procedimientos claros -aunque expeditos- y un debido proceso que, si bien resulta más acotado, no puede ser nugatorio de las garantías mínimas de contradicción e igualdad.
7. También se constata que existen principios, normas e instituciones de raigambre privado y público, que se constituyen igualmente en límites a la capacidad regulatoria de la EICE en sus manuales de contratación. Principalmente se trata de aquellos mandatos relacionados con las normas denominadas imperativas, de orden público, prohibitivas y las que por reserva legal son de competencia exclusiva del legislador; de tal suerte que, en ejercicio de dicha capacidad regulatoria, no se puede modificar *contra legem*, tópicos como: los términos de prescripción o caducidad de las acciones contractuales o regular otro tipo de límites u obstáculos para los administrados; establecer vía reglamento o exceptuar por la

misma vía, causales de inhabilidad, incompatibilidad o conflictos de interés; así como los requisitos de existencia y validez de los contratos, entre otros similares.

8. Finalmente se logran compilar todas las reglas normativas y jurisprudenciales que se deben tener en cuenta a la hora de constituir un Manual de Contratación de las empresas industriales o comerciales del Estado, para respetar todos los limitantes del derecho público, contando con 21 referentes normativos y 7 referentes jurisprudenciales. Se destaca la importancia de aplicar los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, así como la necesidad de respetar las reglas de derecho público en el régimen privado de las EICE.
9. La identificación de estos límites y su aplicación no garantiza la uniformidad en dichos regímenes ni permite sortear la totalidad de las llamadas “zonas grises o de incertidumbre”; sin embargo, proporcionan unas reglas y marco axiológico con las cuales los operadores administrativos pueden realizar una interpretación sistemática que garantice un balance entre el cumplimiento del objeto social de la empresa y la mitigación del riesgo frente al principio de legalidad.

Referencias Bibliográficas

- Acosta Díaz, L. R. (29 de Marzo de 2021). La Función Administrativa y sus Principios. *Plus Publicación*.
- Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. (2021). *Concepto N° C-014. Fuentes del derecho- Reglamento- Manual de contratación*. Bogotá.
- Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. (2022). *Concepto C-049. Entidades exceptuadas – Régimen especial – Derecho Privado - Manuales de contratación*. Bogotá.
- Baron Barrera, G. A. (2016). *Transformación del Derecho Administrativo en Derecho Económico* (Primera ed.). Bogotá: Ediciones de la U.
- Brito Ruíz, F. (2016). *Estructura del Estado Colombiano y de la Administración Pública Nacional*. Colombia: Ediciones LEGIS.
- Congreso de la Republica de Colombia. (1993). *Ley 80 del 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá: Diario Oficial No. 41094 de 28 de octubre de 1993.
- Consejo de Estado de Colombia . (2011). *Sentencia del 13 de abril de 2011. Expediente 37.423. Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá.
- Consejo de Estado de Colombia . (2013). *Sentencia del 27 de febrero de 2013. Expediente 25.590. Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez*. Bogotá.
- Consejo de Estado de Colombia. (2005). *Sentencia del 16 de marzo de 2005. Expediente 27.921. Magistrada Ponente: Ruth Stella Correa Palacio*. Bogotá.
- Consejo de Estado de Colombia. (2014). *Sentencia del 20 de octubre de 2014. Expediente 2012-00762. Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero*. Bogotá.
- Consejo de Estado de Colombia. (2015). *Sentencia del 27 de mayo de 2015. Expediente. 38.600. Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón*. Bogotá. Bogotá.
- Consejo de Estado de Colombia. (2016). *Sentencia del 10 de febrero de 2016. Expediente 38.696. Magistrada Ponente: Marta Nubia Velásquez*. Bogotá.
- Consejo de Estado de Colombia. (2016). *Sentencia del 24 de octubre de 2016. Expediente 45.607. Magistrada Ponente: Marta Nubia Velásquez*. Bogotá.
- Consejo de Estado de Colombia. (2017). *Sentencia del 6 de julio de octubre de 2017. Expediente 51.920. Magistrada Ponente: Marta Nubia Velásquez*. Bogotá.
- Consejo de Estado de Colombia. (2020). *Sentencia del 3 de septiembre de 2020. Expediente 42.003. Magistrada Ponente: Alberto Montaña Plata*. Bogotá.
- Consejo de Estado Ex. 38600. (2015). *Sentencia 27 de mayo de 2015. Sección Tercera. Subsección A. Rad. 38600. M.P. Hernán Andrade Rincón*. Bogotá: Rama Judicial de la República.

- Gómez Lee, I. D. (2010). *Contratación visible: Manual para un buen control de recursos en la contratación pública*. Bogotá: Auditoría General de la República y Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Gutierrez, E. E., Ortega, G. A., Guevara, L. J., Rodriguez, J., & Jaramillo, L. F. (2024). Metodología de evaluación de la calidad de los documentos presentados en la fase precontractual y contractual de la contratación de las entidades públicas colombianas. En C. d. Antioquia, *Separata Juridica*. Medellín. Obtenido de <https://www.camaramedellin.com.co/biblioteca-virtual/abc-metodologia-contratacion-publica>
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2018). *Metodología de la investigación* (Vol. 4). Mexico: Mc Graw Hill Interamericana.
- Hernández, C. F. (2021). El Régimen Jurídico de las Empresas Industriales y/o Comerciales del Estado, ¿Derecho administrativo o Derecho económico? *Revista de la Facultad de Derecho*.
- Herrera Robles, A. (2012). *Aspectos Generales del Derecho Administrativo Colombiano* (Tercera ed.). Barranquilla: Universidad del Norte.
- Ibáñez Najar, J. (2007). *Estudios de derecho constitucional y administrativo*. Bogotá: Editorial Legis.
- López Medina, D. E. (2006). *El Derecho de los Jueces*. (Segunda ed.). Bogotá: Temis.
- Marín Vélez, M. (2016). *Temas fundamentales del Derecho Administrativo*. Bogotá: Ediciones Ibáñez - Universidad Libre.
- Palacio Jaramillo, M. T. (2004). Clausulas Exorbitantes. *Revista de Derecho Público*, 101-110.
- Palacio Jaramillo, M. T. (2008). Derogatoria de la garantía de utilidad de Contratista frente al reconocimiento del equilibrio económico del contrato. *V Jornadas de Contratación estatal*. Bogotá. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Pardo, J. E. (2013). *Lecciones de derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- Pino Ricci, J. (2005). *El Régimen Jurídico de los Contratos Estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia. (2015). *Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional*. Bogotá.
- Quintero, A. M., & Mutis, A. V. (1995). *Los Contratos del Estado en la Ley 80 de 1993*. Bogotá: TEMIS.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2012). *Estructura del poder público en Colombia*. TEMIS.
- Rodríguez, L. (2008). *Derecho Administrativo General y Colombiano* (16 ° ed.). Bogotá: Temis.
- Suarez Beltrán, G. (2014). *Estudios de Derecho Contractual Público* . Bogotá: LEGIS.
- Suárez Tamayo, D. (2010). *Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios Transformaciones-Tendencias del Derecho Administrativo*. Medellín: Universidad de Antioquia. Obtenido de https://libros.udea.edu.co/index.php/editorial_fdcp/catalog/book/382
- Tafur Galvis, Á. (1996). *Estudios de Derecho Público*. Ediciones Ibáñez.

