

LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 PARA LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.

Autor: JUAN ERASMO PATARROYO*

RESUMEN

El presente trabajo contendrá la óptica de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como esas entidades que complementan los fines del estado desarrollando actividades de índole comercial o industrial y que en razón a esto para el desarrollo de estas actividades debe contratar con los particulares quienes le proveerán bienes y recursos, ahora frente a esto último se busca identificar los mecanismos propios para salvaguardar los intereses de la entidad, en virtud a que dicha contratación está encaminada a apoyar el ejercicio de la Empresas Industriales y Comerciales del Estado, debe ser ágil y eficiente para que estas compitan efectivamente con los particulares, lo que las debe volver competitivas o en su defecto sacarlas del mercado, por lo tanto se deben tener mecanismos idóneos ajustados a sus regímenes para hacer efectivo el cumplimiento de los contratos que celebran en calidad de contratistas.

*Abogado de la Universidad externado de Colombia, con más de diez (10) años de experiencia, especialista en Derecho de los Negocios de la misma universidad y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomas, socio fundador de AGP Consultores, docente de las cátedras de derecho comercial, Ciencias Políticas y Negocios Internacionales.

PALABRAS CLAVE

- Caducidad: Acción de la administración cuando se presenta un grave incumplimiento en la ejecución de un contrato, mediante la cual se da por terminado el mismo anticipadamente.
- Comercial: Régimen legal y de aplicación para los sujetos que se dedican al comercio de bienes y/o servicios
- Contratista: Sujeto de derecho que suscribe un contrato con la administración para prestar servicios o proveer bienes
- Empresa: Actividad económica organizada para la producción y comercialización de bienes y servicios.
- Entidad contratante: Organización de naturaleza perteneciente al Estado
- Industrial: Actividad proveniente de la industria y que se encamina a producir todo tipo de bienes.
- Manual de contratación: Conjunto de normas que rigen la contratación de la entidad
- Mercado: El punto donde la oferta y la demanda se encuentran.
- Multa: Mecanismo punitivo por el incumplimiento de una obligación.
- Procedimiento: conjunto de reglas a seguir para obtener un fin determinado
- Particulares: Sujetos del derecho que se encuentran bajo el régimen privado.
- Régimen privado: Parte del ordenamiento jurídico que regula a los particulares
- Sanción: Mecanismo coercitivo para el cumplimiento de una obligación.

ABSTRACT

The present work will contain the perspective of the Industrial and Commercial Companies of the State, as those entities that complement the objectives of the state developing activities of a commercial or industrial nature and that because of this for the development of these activities must contract with the individuals who they will provide goods and services, now in the face of the latter, it is sought to identify the proper mechanisms to safeguard the interests of the entity, since such contracting is aimed at supporting the exercise of the State's Industrial and Commercial Enterprises, it must be agile and efficient so that they compete effectively with individuals, which should make them competitive or, failing that, take them out of the

market, therefore they should have appropriate mechanisms adjusted to their regimes to enforce the contracts they celebrate as contractors.

KEY WORDS

Expiration: Action of the administration when there is a serious breach in the execution of a contract, by which it is terminated in advance

Commercial: Legal regime and of application for the subjects that are dedicated to the commerce of goods and / or services

Contractor: Subject of law that signs a contract with the administration to provide services or provide goods

Company: Organized economic activity for the production and commercialization of goods and services

Contracting entity: Organization of nature belonging to the State

Industrial: Activity coming from the industry and that is directed to produce all kinds of goods

Hiring manual: Set of rules governing the contracting of the entity

Trade: The point where supply and demand meet

Penalty fee: Punitive mechanism for the breach of an obligation

Process: set of rules to follow to obtain a certain purpose

Individuals: Subjects of law that are under the private regime

Private regime: Part of the legal system that regulates individuals

Sanction: Coercive mechanism for the fulfillment of an obligation

INTRODUCCION

Si bien dentro de las funciones del estado¹, no se habla de aquella como el ejercicio del comercio esto es, que el estado no es una empresa desde la perspectiva

¹ Artículo 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

comercial², si hay situaciones de carácter particular en la que debe proveer a los particulares o bien servicios o una actividad que la Ley a determinado como propia del Estado, enmarcada como una actividad comercial³ o industrial, con lo cual debe gestionarse, de parte de los mecanismos e instituciones pertenecientes al estado, lo necesario para la provisión de las necesidades, tanto de los particulares como del mismo Estado.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

²ARTÍCULO 25. EMPRESA - CONCEPTO. Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio. “código de Comercio – Decreto 410 de 1971”

³ ARTÍCULO 20. ACTOS, OPERACIONES Y EMPRESAS MERCANTILES - CONCEPTO. Son mercantiles para todos los efectos legales:

- 1) La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos;
- 2) La adquisición a título oneroso de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos;
- 3) El recibo de dinero en mutuo a interés, con garantía o sin ella, para darlo en préstamo, y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente dinero en mutuo a interés;
- 4) La adquisición o enajenación, a título oneroso, de establecimientos de comercio, y la prenda, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos;
- 5) La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones;
- 6) El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos-valores, así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos;
- 7) Las operaciones bancarias, de bolsas, o de martillos;
- 8) El corretaje, las agencias de negocios y la representación de firmas nacionales o extranjeras;
- 9) La explotación o prestación de servicios de puertos, muelles, puentes, vías y campos de aterrizaje;
- 10) Las empresas de seguros y la actividad aseguradora;
- 11) Las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados;
- 12) Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes;
- 13) Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, espectáculos públicos y expendio de toda clase de bienes;
- 14) Las empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda y las demás destinadas a la prestación de servicios;
- 15) Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones;
- 16) Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza;
- 17) Las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes;
- 18) Las empresas de construcción, reparación, compra y venta de vehículos para el transporte por tierra, agua y aire, y sus accesorios, y
- 19) Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil.

0

Así las cosas al referirnos a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, debemos observarlas como esas entidades que complementan los fines del estado bajo la óptica del mundo del comercio.

Lo anterior implica que tendrá el estado que suplir o proveer servicios que requieran los particulares y que no están siendo provistos en debida forma o que en efecto no tienen alcance por parte del Estado, en particular puede observarse bajo esta perspectiva el caso del nacimiento de una de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado más representativas del país como lo es SATENA⁴.

Resulta claro que el Estado en representación de dichas Empresas Industriales y Comerciales del Estado, desarrollaran sus actividades propias de su misión como un particular, esto implica que se provean recursos para competir en un mercado o en su defecto prestar servicios que los particulares no otorguen.

No obstante dicha condición de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como organización independiente y autónoma, estas deben suplir con su propio ejercicio las necesidades de su objeto misional, esto es desarrollaran los mecanismos necesarios para actuar como un particular en grado de comerciante, así las cosas deben contratar para que se les provean servicios, suministros o bienes que aporten en la ejecución de su objeto misional.

En el ejercicio de estas actividades tendrán entonces que realizar la debida contratación para la obtención de los recursos que permita el desarrollo de la misión de cada una de estas entidades.

⁴ [3] SATENA nació con la firma del Decreto 940 del 12 de abril de 1962 por parte del señor Presidente de la República, Señor Alberto Lleras Camargo, quien crea a SATENA con el propósito de “ser un servicio de transporte aéreo en beneficio de las regiones subdesarrolladas del país, con el objeto de colaborar en las campañas asistenciales, docentes, de incremento agrícola y pecuario, de colonización y en el fomento económico y social de tales territorios

Este contenido ha sido publicado originalmente en **Aviacol.net**. Si desea hacer uso del mismo, y ya obtuvo autorización expresa nuestra, recuerde que es obligación legal citar la fuente y publicar un enlace hacia la nota original de donde usted ha tomado este contenido, incluyendo el link completo a dicho artículo. Adicionalmente, de acuerdo a nuestros Términos y Condiciones, no está permitido el uso de nuestro contenido sin una autorización expresa escrita de nuestra parte. Gracias de antemano. **Aviacol.net - El Portal de la Aviación en Colombia.**

En este mismo sentido es necesario indicar que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como organismos vinculados, reglados a partir de lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 489 de 1998 y siguientes, han dispuesto entre otras consideraciones que el régimen legal de contratación de las mismas será lo dispuesto en las normas de Derecho Privado.

Dado lo anterior y conforme a esta disposición legal, la contratación si bien debe desarrollarse bajo los principios de la contratación pública, en el ejercicio claro de la ejecución del contrato, se aplicara el derecho privado.

Ahora bien cuando nos encontramos en las condiciones de ejecución del contrato, se pueden presentar situaciones de incumplimiento, las cuales legalmente al no estar cubiertas por las normas, de Derecho Público, en especial las condiciones excepcionales para administrativamente sancionar, multar o declarar caducidad, se tendrá que acudir al juez ordinario y de competencias del Derecho Privado, para declarar la responsabilidad, del contratistas.

Bajo estas situaciones se buscara definir que tanto pueden las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, aplicar las disposiciones de Derecho Público y o de Derecho Privado, lo anterior sobre todo en los caso de incumplimiento,

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

Luego de analizado el régimen general de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional y revisados los manuales de contratación de las mismas, en orden a las más significativas en el país, así como revisado el procedimiento administrativo del orden de la contratación pública en Colombia, se evidencia la falta de mecanismos que coaccionen a sus contratistas para el debido cumplimiento de las obligaciones cuando estos por cualquier motivo se encuentran en un estado de incumplimiento, y menos aún se tienen las facultades extraordinarias de la administración en general para aplicar las clausulas excepcionales, por lo que resultado de la investigación lo siguiente:

0

Primero: Los manuales de Contratación no contienen los suficientes mecanismos y procedimientos para coaccionar a los contratistas.

Segundo: Por disposición Legal no procede la aplicación de lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Tercero: Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, pueden disponer en sus manuales los mecanismos y procedimientos y así mismo llevarlos a los contratos en particular para su aplicación.

Cuarto: EL procedimiento, es necesario en aras a la conminación del contratista para que cumpla con sus obligaciones.

APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011 PARA LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO DEL ORDEN NACIONAL.

1. EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.

La Constitución Política de Colombia ha dispuesto unos fines esenciales del estado⁵ dentro de su parte dogmática, los cuales desarrolla entre otros con lo dispuesto en los artículos 333⁶ y 334⁷, del componente orgánico de la Constitución, y en concreto

⁵ **ARTICULO 2.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

⁶ **ARTICULO 333.** La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

⁷ **ARTICULO 334.** Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 003 de 2011, Desarrollado por la Ley 1695 de 2013. El nuevo texto es el siguiente: La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la

el cual se apoya con las disposiciones en particular de las empresas estatales que nacen para el mundo del comercio como una necesidad del estado en cuanto a que deben suplirse unas necesidades propias del estado, teniendo en cuenta que debe adelantar gestiones industriales y/o comerciales, para cumplir dicha función, razón por la cual se les impone un régimen especial distinto al de las demás entidades del sector público.

Es por lo tanto que se debe identificar el régimen legal de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, toda vez que como se indica deben contener un régimen especial que las haga competitivas y a las vez no vulneren derechos de igualdad frente a los particulares, ya que con estos son con los cuales entraran a competir en el mercado, así las cosas estas, en conjunto con las Sociedades de Economía Mixta, son entidades del sector descentralizado⁸ vinculadas a órganos de la rama

misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

⁸ **Artículo 68°.- Entidades descentralizadas.** Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas. **Ver Sentencia C 702 de 1999 Corte Constitucional, NOTA: Expresión subrayada declarada EXEQUIBLE mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-736 de 2007.**

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente Ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

Parágrafo 1°.- De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

Parágrafo 2°.- Los organismos o entidades del Sector Descentralizado que tengan como objetivo desarrollar actividades científicas y tecnológicas, se sujetarán a la Legislación de Ciencia y Tecnología y su organización será determinada por el Gobierno Nacional.

Parágrafo 3°.- Lo dispuesto en el presente artículo no se aplica a las corporaciones civiles sin ánimo de lucro de derecho privado, vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente, creadas por la Ley 99 de 1993.

0

ejecutiva del orden nacional y se regulan en el artículo 85 de la Ley 489 de 1998⁹, lo que indica que estas organizaciones por disposición legal son de carácter nacional¹⁰ y su conformación o creación de igual forma la determinará la Ley, en un principio, lo cual no obsta para que se hayan desarrollado a nivel regional, departamental y municipal.

⁹ **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:

- a. Personería jurídica;
- b. Autonomía administrativa y financiera;
- c. Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

El capital de las empresas industriales y comerciales del Estado podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal.

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.

Parágrafo.- Las disposiciones legales que protegen el secreto industrial y la información comercial se aplicarán a aquellos secretos e informaciones de esa naturaleza que desarrollen y posean las empresas industriales y comerciales del Estado.

¹⁰ Ley 489 de 1998. **Artículo 38°.- Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional.** La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

- a. La Presidencia de la República;
- b. La Vicepresidencia de la República;
- c. Los Consejos Superiores de la administración;
- d. Los ministerios y departamentos administrativos;
- e. Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a. Los establecimientos públicos;
- b. Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c. Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d. Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

NOTA: Expresión subrayada declarada EXEQUIBLE mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-736 de 2007.

- e. Los institutos científicos y tecnológicos;
- f. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g. Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Parágrafo 1°.- Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Parágrafo 2°.- A demás de lo previsto en el literal c) del numeral 1 del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de Constitución se indicará al Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos. **Frases subrayadas EXEQUIBLES Sentencia C-702 de 1999 Corte Constitucional.**

Es importante resaltar como el Consejo de Estado, ha identificado las funciones de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en cuanto a que si bien pueden estar dentro del comercio y competir con los particulares, su identidad como organizaciones del sector público las convierte en entidades muy especiales y que obedecen a unos fines distintos a los de cualquier otra entidad u organización del estado, en este orden de ideas se indica que:

“Si bien es cierto, que a veces, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado realizan actividades idénticas a las que cumplen los particulares, ello no significa que el Estado al crearlas persiga las mismas finalidades. Teleológicamente Estado y Particulares pretenden la obtención de fines diferentes: El particular - persona natural o jurídica – busca la obtención de utilidades y el ánimo de Lucro; el Estado tiene una concepción bien diferente. La creación de este tipo de figuras jurídicas puede responder a un propósito de descentralización de servicios o a la necesidad de contribuir al bien común, emprendiendo actividades de naturaleza industrial y comercial indispensables para la comunidad y cuyo desarrollo no es adelantado por los particulares ya por carecer de suficiente capital de inversión, ya de tratarse de empresas improductivas”

Ahora bien el profesor Penagos, indica que la actividad económica corresponde al elemento objetivo¹¹, de la Empresas Industriales Y Comerciales del Estado, postura tomada del profesor argentino José Roberto Dromi, llevando esto a que la actividad económica y por contera la industrial se convierte en un elemento de la naturaleza para la creación de estas entidades, no obstante, no pierde la función teleológica constituida dentro de los fines del estado.

Con lo anterior se identifica que se les puede seguir dando su naturaleza como entidades del sector público y que por lo tanto deben en términos generales seguir normas, reglas y principios ligados a la actividad administrativa del estado.

¹¹ Penagos, Gustavo. Empresas Estatales proyección al siglo XXI. Ediciones Doctrina y Ley , 200. Pg 28.

1.1. RÉGIMEN GENERAL

En términos prácticos la aplicación de un régimen común para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, se encuentra en términos generales por lo dispuesto en la ley, no obstante y frente a lo que indica el artículo 68 de la ley 489 de 1998, cuando este manifiesta que serán entidades del orden nacional, con *“personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio autónomo”*, y adicionalmente que *“Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas”*, se abre el camino a que en particular las Empresa Industriales y Comerciales del Estado, creen para las mismas su propio régimen jurídico, el cual no desconocerá la normatividad de orden superior. Lo mismo se infiere de los párrafos subsiguientes al artículo 68 enunciado.

En este orden de idea encontramos el artículo 85 de la ley 489, el cual a su vez proviene del derogado artículo 6 del decreto 1050 de 1968, incorpora la definición en los siguientes términos:

“aquellos organismos creados por la Ley o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza Industrial o Comercial conforme a las reglas del derecho privado salvo las excepciones que consagra la Ley, que reúnan las siguientes características:

a.- Personería Jurídica

b.- Autonomía administrativa

c.- Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasa o contribuciones de destinación especial”

No obstante la figura de nacionales, existen Empresas Industriales y Comerciales del Estado, de orden territorial y departamental y municipal, que sin ser objeto directo del presente trabajo, sus elementos y designación, son los mismos, con lo

que lo dicho por aquellas de carácter nacional se verá reflejado en todo tipo de Empresa Industrial y Comercial del Estado¹².

1.1.1. NIVEL NACIONAL

Corresponden a LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO, del orden Nacional más representativo, las siguientes;

- **COLJUEGOS**¹³
- **FONADE**¹⁴
- **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**¹⁵
- **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA**¹⁶

¹² Ley 489 de 1998. **Artículo 49°.- Creación de organismos y entidades administrativas.** Corresponde a la ley, por iniciativa del Gobierno, la creación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y los demás organismos y entidades administrativas nacionales.

Las empresas industriales y comerciales del Estado podrán ser creadas por ley o con autorización de la misma.

Las sociedades de economía mixta serán constituidas en virtud de autorización legal.

Parágrafo.- Las entidades descentralizadas indirectas y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente Ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal.

¹³ Coljuegos es la Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar. Fue creada mediante el Decreto 4142 del 3 de noviembre de 2011, como una empresa descentralizada del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

¹⁴ DECRETO 288 DE 2004 El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo- FONADE es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilado por la Superintendencia Bancaria. Tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá.

Creada en 1968 como un establecimiento Público denominado Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo FONADE, mediante la expedición del Decreto Ley 3068, en el gobierno del presidente Carlos Lleras Restrepo. En 1992 se convierte en una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero y se le asigna la función de ser Agencia de Proyectos de Desarrollo.

¹⁵ El Fondo Nacional del Ahorro es una empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, que compete con el sector privado nacional especialmente en el área de crédito para vivienda. Por tal condición, se encuentra exceptuado de aplicar el estatuto general de la contratación pública. Le corresponde, sin embargo, tal como lo dispone el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, aplicar en desarrollo de su actividad contractual los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, además del régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal.

¹⁶ El 28 de junio de 1999 el Banco Agrario de Colombia S.A., entidad financiera estatal, abrió sus puertas al público con el objetivo principal de prestar servicios bancarios al sector rural. Actualmente,

- **IMPRENTA NACIONAL¹⁷**
- **RTVC¹⁸**
- **INDUMIL¹⁹**
- **SATENA²⁰**

a través de sus 749 sucursales financia actividades rurales, agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales. Para atender las necesidades financieras del sector rural y urbano cuenta con la red de oficinas más extensa del país.

El Banco es el producto de la conversión de la sociedad Leasing Colvalores -Compañía de Financiamiento Comercial-, de establecimiento de crédito del tipo de las Compañías de Financiamiento Comercial al tipo de los establecimientos de crédito de los bancos comerciales, denominado inicialmente Banco de Desarrollo Empresarial S. A. y, posteriormente, Banco Agrario de Colombia S.A.; conversión autorizada por la Superintendencia Bancaria, mediante Resolución No. 0968 del 24 de junio de 1.999.

Por su composición accionaria, el Banco es una sociedad de economía mixta del orden nacional, del tipo de las anónimas, sujeta al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

¹⁷ El objeto de la Imprenta Nacional de Colombia es la edición, diseño, impresión, divulgación, comercialización y distribución de las normas, documentos, políticas públicas, impresos y publicaciones de las entidades nacionales que integran las ramas del poder público en Colombia, para garantizar la seguridad jurídica.

Asimismo, podrá editar, diseñar, imprimir, divulgar, comercializar y distribuir los documentos y comunicación gráfica de las entidades nacionales que integran las Ramas del Poder Público.

De igual manera, la Imprenta Nacional de Colombia puede prestar sus servicios a los particulares, o a las entidades territoriales bajo las condiciones y características propias del mercado.

¹⁸ Radio Televisión de Colombia es una empresa que gestiona contenidos de calidad y garantiza su disponibilidad y circulación, con el propósito de formar, informar, entretener y fortalecer la ciudadanía.

¹⁹ Funciones de Industria Militar:

- Colaborar con el Ministerio de Defensa Nacional en la formulación de la política y en la elaboración de los planes que le corresponda desarrollar conforme a los programas sectoriales respectivos.
- Producir, importar y abastecer de armas, municiones, explosivos, equipos y elementos complementarios a las Fuerzas Militares, a la Policía Nacional y a otros organismos estatales.
- Fabricar, importar y comercializar armas deportivas, de defensa personal, municiones, explosivos y materias primas para estos.
- Producir, importar y comercializar materias primas para utilización industrial con las cuales puedan formarse mezclas explosivas.
- Prestar asesoría y servicios relacionados con la producción que conforme a la ley le corresponde.
- Explotar los ramos industriales que permitan la utilización de las maquinarias y equipos de sus fábricas, con miras a complementar las necesidades industriales del país y de la exportación.
- Cooperar con los entes descentralizados estatales y con otros organismos que cumplan funciones análogas a las suyas.
- Las demás que le señale la Ley.

²⁰ Su objeto social principal, es la de prestar el servicio de transporte aéreo y desarrollar la política y los planes generales que en materia de transporte aéreo para las regiones menos desarrolladas del país, adopte el Gobierno Nacional, contribuyendo al desarrollo e integración en aspectos sociales, culturales y económicos; así como vincular apartadas regiones del país a la economía y vida nacional.

SATENA es la única aerolínea estatal que tiene la obligación de hacer presencia en aquellas regiones donde por cuestiones geográficas, de orden público y de pobreza, no llega ningún otro

0

Todas estas, creadas por el Legislador, y con las características propias de lo dispuesto en la Ley 489 de 1998, en su artículo 85 y siguientes, no obstante hay una particularidades de cada una de ellas que vamos a enunciar a continuación, con relación especial a lo que disponen sus manuales de contratación.

COLJUEGOS, quien en concreto es la administradora del monopolio rentístico de los juegos de azar, indica en su manual de contratación, (Acuerdo 006 de 2012 del 09 de mayo de 2012) que se regirá en términos generales por los principios de la función administrativa²¹, con lo cual a pesar de tener un régimen de contratación privada como en su manual de contratación lo indica, deberá acomodar su contratación a unos presupuestos especiales y así se observa toda vez que dispone de un régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el procedimiento para la contratación contiene un modelo similar al de la contratación pública, con estudios previos, con un presupuesto asignado y una vigencia fiscal para el mismo, así lo indica en su artículo 9.

Dispone el en artículo 16 de tres modalidades de selección, "*Invitación Pública, Invitación Cerrada e Invitación Directa*) los cuales se diferencian por las cuantías a contratar en especial y con unos procedimientos y requisitos que se asemejan a los modelos de contratación estatal. Se observa finalmente que no trataron el tema de posibles incumplimientos y lo que conllevaría a sanciones multas y terminaciones del contrato.

operador y es aquí donde precisamente se refleja el Estado en desarrollo y cumplimiento de sus fines y objetivos, cumple una labor de vital importancia en la generación de desarrollo económico y social de las regiones atendidas, integrándolas con los principales centros económicos del país.

²¹ **ARTICULO 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. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

Se considera que la aplicación de modelos muy parecidos a los de la Ley 80 de 1993 y siguientes, se dan por los principios que entran a regir el modelo de contratación.

En FONADE, que es el Fondo Financiero de Proyectos, se observa inmediatamente que su manual indica que se regirá por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y las normas que la complementen. Así las cosas el manual referencia el modelo de contratación pública del país.

Pero su manual de contratación si hizo referencia la terminación anticipada del contrato y las sanciones por incumplimiento contractual, estas últimas en particular conforme a lo dispuesto en el manual de interventoría e indicando que será el ordenador del gasto quien imponga la sanción, sin dejar señalado el procedimiento a seguir. Para esto último será necesario entrar a verificar el procedimiento general de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) o en su defecto lo consagrado en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.

FONDO NACIONAL DEL AHORRO-FNA, nace como Empresa Industrial y Comercial del estado dedicado al crédito financiero del orden nacional y con una vigilancia especial de la Superintendencia Financiera, en virtud a su actividad comercial.

El Fondo en virtud a su naturaleza como establecimiento de crédito financiero, se le aplica el artículo 15 de la ley 1150 de 2007, mediante la cual exceptúa la aplicación del régimen de contratación estatal, no obstante y así lo dispone la ley 1150 de 2007 y el manual de contratación del Fondo, seguirá los principios consagrado en la constitución política en el artículo 209 y el régimen de control fiscal que se encuentra en el artículo 267.

El Fondo en su manual de contratación tiene un régimen de inhabilidades, referencia los estudios y documentos previos, referencia el plan anual de adquisiciones, propio de las entidades públicas y de la ley de presupuesto y que hace referencia a la necesidad de un certificado de disponibilidad presupuestal,

0

tiene 5 modalidades de contratación, así; “Convocatoria Pública, Invitación a Ofertar, Convocatoria privada, Contratación Directa, Compra en grandes superficies” todas y cada una de ellas con sus propios procedimientos y diferenciadas en primer lugar por las cuantías, con excepción de la compra en grandes superficies en donde no se habilita por cuantía y la entidad deberá soportar las razones para realizar la compra de los bienes o productos.

Contiene el manual una disposición excepcional llamada “Cláusula de Apremio” la cual opera en caso de retraso del cumplimiento de sus obligaciones, y condiciona al contratista para que la entidad pueda retener dineros del pago o imponer sanciones en caso de incumplimiento de las obligaciones.

Por otro lado el manual dispone un procedimiento en particular para la imposición de multas, el cual esta próximo al procedimiento general de la Ley 1474 de 2011.

BANCO AGRARIO DE COLOMBIA, al igual que el Fondo Nacional del Ahorro, corresponde a una entidad que se encuentra supervisada por la Superintendencia Financiera, toda vez que su actividad se enmarca como una actividad financiera estatal, artículo 15 de la Ley 1150 de 2007 y por lo tanto se rige en lo concerniente a su contratación por lo manifestado en el artículo 14 y 13 de la citada Ley. Así las cosas su régimen de contratación será el privado pero siguiendo los principios de la administración pública que consagra la Constitución Política, artículo 209.

En este caso el manual de contratación, configura los tipos de contratación de la entidad que no se sujetan al mismo y que por ende se regirán por otras disposiciones, cosa que hace como parte inicial del manual, con lo cual se deja claro que lo no dispuesto en dicha cláusula, tendrá que ser contratado por lo dispuesto en el manual.

Por otra parte en lo que respecta a la forma y procedimiento para contratar, se hace un mayor énfasis en los órganos de control y sobre quienes recae la responsabilidad de la contratación.

Finalmente y respecto al procedimiento se dispone de cuatro tipos de procedimientos, primero para abastecer bienes y servicios no uniformes segundo abastecimiento de bienes y servicios con características técnicas uniformes, tercero procedimiento para la competitividad del banco y cuarto procedimiento de selección de mercado, con lo que se observa que el manual esta apartado de la Ley 80 como lo dispone en su régimen jurídico y principios aplicables, el cual está más cercano a las necesidades de la entidad, no obstante esto último se mantienen elementos como las inhabilidad adicionando incompatibilidades y conflictos de competencia, conceptos de presupuesto como las disponibilidades presupuestales, acepciones precontractuales como los estudios previos, dejando por fuera lo relacionado con sanciones, multas y terminaciones anticipadas por posibles incumplimientos en la ejecución del contrato.

La IMPRENTA NACIONAL es una empresa que tiene por objeto *“la edición, diseño, impresión, divulgación, comercialización y distribución de las normas, documentos, políticas públicas, impresos y publicaciones de las entidades nacionales que integran las ramas del poder público en Colombia”* a la cual se le ha dispuesto como régimen aplicable las normas del derecho civil y comercial, teniendo en cuenta que dispone como principios rectores los dispuestos en el artículo 209 de la Constitución Política y la Ley 80 de 1993.

En lo que hace referencia al contenido del manual, este resulta ser de condiciones generales asimilado en gran medida a los términos de la contratación pública, diferenciando las modalidades de contratación de acuerdo a las necesidades de la entidad, y las cuales se subdividen en modalidades para la aplicación de un procedimiento en particular. Como particularidad está la de la aplicación de un convenio de precios marco que surge a partir de las directrices de Colombia Compra Eficiente²² para simplificar la contratación de las entidades públicas.

²² El gobierno del Presidente Juan Manuel Santos reconoce que la compra y contratación pública es un asunto estratégico por lo cual decidió crear Colombia Compra Eficiente por medio del [Decreto Ley 4170](#) de noviembre 3 de 2011. El [Decreto Ley 4170](#) reconoce la necesidad de: (a) crear políticas unificadas que sirvan de guía a los administradores de compras y que permitan monitorear y evaluar el desempeño del Sistema y generar mayor transparencia en las compras; y (b) tener una Entidad rectora que provea un soporte adecuado para ejecutar el Plan de Desarrollo. Tomado de; <https://www.colombiacompra.gov.co/colombia-compra/colombia-compra-eficiente>

Finalmente, el manual no dispone de reglas y o procedimientos cuando se presenten posibles incumplimientos de los contratistas, mas allá de una cláusula de amigable composición que puede no tener efectos, sobre todo frente a los organismos de control.

Con Radio Televisión de Colombia –RTVC- quien es la empresa encargada del servicio de medios y contenidos públicos tanto en la televisión como en radio e internet, encontramos un manual de contratación bastante robusto, en virtud del tamaño de la organización, así mismo el manual dispone dentro del régimen de contratación una división en sus tipos de contratación la cual dependerá de lo que se contrata de cara a la necesidad de la empresa, por lo que dividió el en *contratación misional* y *contratación administrativa o de funcionamiento*, y con esto su régimen jurídico dejando para la contratación misional un régimen privado y para la contratación administrativa o de funcionamiento el régimen dispuesto en la Ley 80 de 1993 y demás normas que la complementan y adicionan. No obstante se indica que se aplicaran los principios generales de la administración consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política.

En cuanto al contenido del manual y como ya se indicó, el mismo prevé los elementos necesarios, para que su contratación en sus diferentes modelos este lo suficientemente cubierta de posibles riesgos, respecto de los incumplimiento de los contratistas, en este mismo sentido al modelo de contratación misional se le asigna unos procedimientos de selección de sus contratistas, a partir de la invitación abierta y la invitación cerrada, acuerdos de marco de precios y la modalidad de contratación directa. Adicionalmente se dispone de unos mecanismos de contratación excepcionales plenamente reglados y que son:

- La Orden de Compra y/o servicios, la cual corresponderá a cuantías bajas, esto es el menos del diez por ciento (10%) del presupuesto de la entidad, en determinadas condiciones y sobre la cual su procedimiento es mucho más flexible para contratar de
- Contratación de Urgencia, pero que la lleva a las disposiciones de la Ley 80 de 1993, sin dar una real explicación de la misma.

Finalmente y frente a lo que haría referencia a los posibles incumplimientos de los contratistas el manual indica que lo reglado por la ley 80 se llevara a cabo a través de los procedimientos dispuestos por esta, en cuanto a lo que se contrata a través del régimen privado o comercial, se indica la posibilidad de pactar en los contratos la cláusula compromisoria, no obstante esto último, no se indica cuando ni en que ocasiones o contratos pactar esta cláusula, con lo cual queda a discreción del funcionario de turno la decisión de pactar dicha cláusula.

Cuando nos referimos a INDUMIL, hacemos referencia a la industria militar de Colombia, quien en particular tiene el monopolio armamentístico del país, y que por disposición de la ley tendrá un régimen especial, inicialmente reglado por el artículo 16 de la Ley 1150 de 2007, en donde deberá seguir lo dispuesto en el artículo 209 y 267 de la Constitución Política de Colombia.

En razón de lo anterior se diseña un manual de contratación que se ajusta la necesidad de la entidad, teniendo en cuenta que se debe planear los modelos de contratación, a partir de su disponibilidad presupuesta y demás temas concernientes hasta la creación de procedimientos para cada uno de los bienes o servicios que adquiere la entidad para su funcionamiento, de igual forma el manual esta actualizado con los nuevos modelos de contratación que con apoyo de Colombia Compra Eficiente se han venido creando como lo son la subasta electrónica y el uso de las bases de invitación²³.

Respecto de los posibles mecanismos que se encargan de solucionar los posibles incumplimientos de los contratistas, no se evidencia ni se hace relación al respecto en el manual de contratación.

En cuanto a SATENA, que es una aerolínea nacional que se enmarco en llegar a los territorios más apartados del país, donde las demás aerolíneas no llegaban y para la cual encontramos que a partir del año 2011, cambio su régimen legal de

²³ La invitación a presentar ofertas de la correspondiente contratación se pondrá a disposición de los interesados a través de la página web de INDUMIL www.indumil.gov.co.

0

Empresa Industrial y Comercial del Estado a una empresa de Economía mixta²⁴ con lo cual se observa la facultada que tiene las mismas empresas industriales y comerciales del estado que en virtud a las necesidades del mercado puede cambiar su régimen y que con ello llegara a ser más competitivas en el mercado.

No obstante lo anterior SATENA, fue una empresa industrial y comercial del estado que contenía un régimen especial de contratación en cuanto a que lo hacía referencia a su misión de transporte aéreo se regía por las reglas de la Aeronáutica civil, cosa que aún sigue y que frente a su contratación de carácter administrativo se llevaba por lo dispuesto en la contratación pública, cosa que cambia ahora que es una sociedad de economía mixta.

1.1.2. NIVEL REGIONAL

A nivel regional encontramos en diferentes órdenes empresas Industriales y Comerciales del Estado, de los cuales daremos unos simples ejemplos:

De carácter municipal; entre las cuales encontramos la, Empresas Públicas de Medellín (EPM), como su nombre lo indica del municipio de Medellín.

De tipo departamental; pueden corresponder a las licoreras, y en alguna época a tabacaleras.

Y existe otro orden correspondiente a asociaciones de municipios o municipios con entidades del estado del orden nacional, como por ejemplo los canales de televisión Regional.

En cada caso y frente a aquellas características propias de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, lo que las diferencia es el aporte de cada

²⁴ **EI SERVICIO AÉREO A TERRITORIOS NACIONALES S.A. - SATENA**, es una Sociedad de Economía Mixta por Acciones del orden Nacional, de carácter anónimo, vinculada al Ministerio de Defensa Nacional, naturaleza jurídica que fue autorizada por la Ley 1427 de 2010, constituida mediante escritura pública No. 1427 de mayo 9 de 2011 de la Notaria 64 de Bogotá, e inscrita bajo el número 01486354 del libro IX de la Cámara de Comercio de Bogotá, cuyo objeto social es el de prestar el servicio aéreo de pasajeros, correo y carga.

entidad del estado para su constitución y que por supuesto se encuentren autorizadas por una Ley de la Republica.

Luego de observados los diferentes manuales de contratación en las diferentes Empresa Industriales y Comerciales del Estado a nivel nacional, se encuentra y evidencia la atribución que le confiere la ley a las mismas para ejercer la voluntad de la administración en su máxima expresión, dentro de unos criterios de transparencia y libre competitividad adicionalmente y en virtud a los principios de la misma función administrativa.

Bajo la anterior perspectiva se logró obtener lo siguiente:

Primero; Cada entidad se encuentra obligada a tener un manual que satisfaga sus necesidades de acuerdo al tipo de actividad que desarrolla, no obstante se obtiene que en su mayoría los manuales no contienen más que los mismos procedimientos de la Ley 80 de 1993, con pequeñas modificaciones y que no se ajustan a sus necesidades.

Segundo: Solo en muy pocos eventos se está diferenciando en el manual de contratación entre lo misional y lo administrativo y financiero, esto es reflejado en cuanto a que lo misional es para lo cual fue creada la empresa y lo administrativo hace referencia a los recurso para su correcto funcionamiento, con lo que el manual y sus procedimientos quedan circunscritos a las dos actividades, frente e a esto debe tenerse en cuenta los manuales deben buscar o encaminarse en el apoyo y fiel cumplimiento de los fines de la entidad, en este orden de ideas el manual debe usar la prerrogativa que le otorga la Ley para usar el régimen de derecho privado para todo lo que tenga que ver con el régimen de carácter misional, en virtud a que en esto se enmarca la condición de competir con los particulares dentro de un mercado en particular.

Tercero; Se evidencio una falencia desde el punto de vista de los manuales en donde si bien la mayoría dispone de los elementos del contrato a suscribir, esto es su clausulado, y estos a su vez no se pueden regir por las normas de la contratación pública a menos que ellos mismos lo dispongan, si pueden pactar mecanismos alternativos que les permitan coaccionar en casos de posibles incumplimientos a los

0

contratistas para que cumplan con las obligaciones pactadas y en específico los manuales no tratan respecto a qué hacer cuando hay incumplimientos más exactamente los procedimientos a seguir.

1.2. CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.

Dada la naturaleza jurídica de la Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y en razón a que estas en términos generales deben nacer a la vida jurídica y desarrollarse conforme a lo dispuesto en los artículo 85 a 94 de la Ley 489 de 1998, se le da el alcance suficientemente posible en cuanto a que lo dispuesto a nivel nacional puede llevarse al orden local.

Y es que la función de las empresas industriales y comerciales del estado como ya se ha venido explicando está enmarcada dentro de las actividades comerciales propias de los particulares²⁵ pero que el estado debe suplir como un servicio o actividad, que satisfaga los fines y principios del mismo estado en aras de mantener el bien común²⁶.

Por lo anterior se considera a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como un sujeto de carácter público que entra a competir con particulares en un mercado (cualquiera que sea la actividad por la cual fue creada la Empresa Industrial y Comercial del Estado) y por lo tanto en aras a ser competitivo debe tener desarrollado en su estructura y funcionamiento modelos competitivos, así mismo lo indica la norma,²⁷ mecanismos de contratación propios del derecho privado, esto en

²⁵ En este sentido se ha pronunciado El Consejo de Estado, indicando que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, realizan funciones industriales o comerciales similares aquellas que de ordinario ejercen los particulares. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente; Jaime Betancur Cuartas. 3 de mayo de 1990. Radicado 354.

²⁶ Ibid.

²⁷ **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.

0

términos más concretos es que a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado no se les aplica el régimen de contratación Pública en Colombia.²⁸

Sin embargo debe considerarse lo manifestado por el Consejo de Estado, mediante su Sala de Consulta y Servicio Civil el 3 de mayo de 1990. Radicado 354 con Consejero Ponente; Jaime Betancur Cuartas, en cuanto a la razón y naturaleza de las Empresas Industriales y Comerciales del estado, el cual dejó una serie de consideraciones de interés así:

“(...) estos organismos deben cumplir con las políticas y los planes que el Estado haya fijado para el cumplimiento de sus finalidades, por cuanto no son ruedas sueltas dentro del engranaje estatal, sino que precisamente son piezas importantes que, por su naturaleza y organización, permiten realizar con mayor prontitud y eficacia los objetivos del Estado

(..)

Su finalidad es la realización de actividades industriales y comerciales, para lo cual debe entrar a competir con los particulares, colocándose, en el mismo nivel de ellos. La participación del Estado en actividades que anteriormente solo se llevaban a cabo por los particulares, tienen su razón de ser en la necesidad de prestar mejores servicios, estabilizar los precios y asegurar el abastecimiento de artículos necesarios, lo mismo que conseguir un mejor desarrollo económico, todo con miras a elevar la situación económica y social del país.

(..)

...la jurisprudencia y la doctrina han sostenido que las empresas industriales y comerciales del Estado se les aplica un régimen mixto, es decir, unas normas provenientes del derecho público se aplican a la actividad pública y otras del derecho privado para la actividad propiamente económica

(...)”.

Resulta de gran importancia indicar que en ocasiones se ha dispuesto normativamente que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado., deben constituirse como sociedades comerciales, esto no conlleva a que dejen de ser

²⁸ Ley 80 de 1993, **Artículo 1º.- Del objeto.** La presente Ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

0

entidades de orden público, si no que explicara razonablemente la razón de ser de las mismas, en cuanto al porqué de su creación.

Así mismo las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, gozan de unas características que las identifican y tipifican de una forma diferente a cualquier otra entidad del estado, entre las cuales encontramos:

- Personería jurídica.
- Autonomía administrativa.
- Capital público y autonomía financiera.
- Control por el poder central.
- Aplicación del derecho privado.
- Organización a cargo de una junta directiva y un gerente o presidente.
- Ejercen funciones propias de los privados.

Las anteriores características si bien son propias y nacen de los modelos de descentralización creados por la Ley 489 de 1998, y con lo que vuelve a la entidad un sujeto objeto de responsabilidad de la función administrativa, conlleva también otro tipo de responsabilidades más aun cuando dentro de sus características encontramos que desarrollan actividades propias de los particulares y que pueden aplicar en su modelo de contratación el régimen de derecho privado, con lo que se da un carácter especial frente a la misma sociedad, ya que debe garantizarse la seguridad jurídica frente a sus actividades.

Por otra parte y es lo que abre camino al siguiente tema, el cual hace referencia la posibilidad de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de aplicar procedimientos sancionatorios cuando sus contratistas en ejecución de un contrato presentan un grado de posible incumplimiento, téngase en cuenta que no se puede hablar de incumplimiento plenamente en virtud del principio constitucional de la presunción de inocencia y el cual a su vez crea la necesidad de crear procedimientos que permitan llegar a corroborar los incumplimientos, eso sí respetando el debido proceso y el derecho a la defensa.

2. ARTÍCULO 86 DE LA LEY 1474 DE 2011

En cuanto a la aplicación del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual se encuentra dentro del título que previene y combate la corrupción en la contratación pública y que hace referencia a la facultad del estado cuando las entidades del estado, que se encuentran sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, para que puedan y en los casos que sea necesario adelanten procedimientos para “(...) declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal”, se tratará entonces de determinar si la citada disposición legal es procedente dentro del régimen de contratación de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en los casos en que una vez realizada la contratación los contratistas no cumplen o lo hace de manera parcial, .

En este sentido es importante tener en cuenta lo dicho por la corte Constitucional en sentencia C-499 de 2015:

“En un Estado Social y Democrático de Derecho la contratación estatal, en tanto modalidad de la gestión pública, está regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad, previstos en el artículo 209 de la Constitución. En la contratación estatal está comprometido el interés general, ya que el contrato estatal es un instrumento para cumplir las finalidades del Estado, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios públicos, con la colaboración de los particulares. La prevalencia del interés general, que es uno de los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho de Colombia, conforme a lo previsto en el artículo 1 de la Constitución, implica que la defensa de este interés es una finalidad primordial en materia de contratación estatal y, además, un elemento relevante para su fundamento y estructura[9]. Por ello, la entidad estatal debe cumplir con los antedichos principios y garantizar que los contratistas también los cumplan, tanto en planeación como en la celebración y ejecución del contrato estatal.”

No obstante el principio que indica la regulación e igualdad frente a la regulación de la contratación pública, la misma sentencia ha indicado:

4.2.2. En el contexto de la contratación estatal, este tribunal ha fijado una serie de criterios para determinar el margen de configuración del legislador[11]: (i) el legislador puede regular esta materia en diversas normas, que conforman un estatuto general de la contratación, de tal suerte que no está obligado a dictar un estatuto único de contratación (art. 150.25 CP); (ii) dada la amplitud de su competencia, que le permite "expedir el estatuto general de la contratación de la administración pública y en especial de la administración general"[12], el legislador tiene un amplio margen de configuración "para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender hacia el logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho", dado que, como ya se advirtió, el contrato estatal "no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado"; (iii) dentro de este margen de configuración se puede regular "los aspectos más significativos de la contratación pública", entre los que se encuentran, por ejemplo, las cláusulas o potestades excepcionales, la clasificación de los contratos, los deberes y derechos de las partes, la competencia y la capacidad para contratar, los principios fundamentales, las nulidades, el control de la gestión contractual, la responsabilidad contractual, la liquidación del contrato, la solución de controversias, etc., "dentro de los límites de la razonabilidad y proporcionalidad y con arreglo a parámetros constitucionales".

Por lo tanto y en concreto es una prerrogativa de la administración no desde el punto de vista de la excepción si no como el mecanismo para lograr que la contratación publica en Colombia se convierta en un hecho transparente y con todas las garantías posibles para su cumplimiento, más aun en razón a que con la misma se apoya con el cumplimiento de los fines del estado y se evita el engorroso y largo camino de acudir a la jurisdicción para declarar incumplimientos que conlleven a multas, sanciones o caducidad de los contratos.

2.1. ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN – CONTRATACIÓN PÚBLICA.

El estatuto nace para la vida jurídica con el propósito de lograr en la contratación publica la tan anhelada y esperada transparencia, que se quiso siempre con la Ley 80 de 1993 y las demás normas que la complementaron, adicionaron y hasta que la modificaron, por lo que con el mismo se otorgó una seguridad jurídica a las

0

entidades del estado frente al cumplimiento de los contratos firmados sea cual fuere el tipo de contrato.

De igual forma es una norma que complementa el estatuto de la contratación estatal, no solo desde el punto de vista procedimental, más aun para nuestro caso en las etapas de contrato y finalización del mismo, si no que aporta elementos materiales a la contratación pública, con lo que la convierte en una norma más robusta y que prevé los posibles actos de corrupción, con lo que se generaron mecanismos sustanciales de coacción en el cumplimiento de obligaciones para todo aquel sujeto que este relacionado con la contratación pública sin importar el orden.

2.2. PROCEDIMIENTO PARA IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES O CADUCIDAD.

Cuando se hace referencia a dicho procedimiento, resulta procedente dividirlo en las sanciones multas y la imposición de la caducidad, esta última proveniente de las clausulas exorbitantes que tiene la administración para terminar en casos excepcionales y de grave incumplimiento los contratos, ahora frente a las sanciones y multas estas tiene una finalidad que va más allá de la misma sanción o multa, y es que busca compeler al contratista a que cumpla con la ejecución del contrato y las obligaciones fielmente pactadas en el mismo, así que es procedente observar el articulo y el procedimiento desde perspectivas varias y no solo el aspecto sancionatorio.

2.2.1. ANTECEDENTES.

Previo a la expedición de la Ley 1474 de 2011, las consideraciones de una multa una sanción y la caducidad en contratos públicos operaba de forma separada, toda vez que solo se tenía la Ley 80 de 1993, como la fuente legal que regía el procedimiento a seguir en caso de operar un incumplimiento cualquiera fuese el grado del mismo.

Así mismo y en concreto solo se contempló la caducidad como mecanismo de terminación anormal del contrato y visto de igual forma como una cláusula excepcional de contrato.

Ahora bien bajo este precepto, dichas cláusulas excepcionales que corresponden a prerrogativa de la administración, y que solo eran aceptadas en algunas modalidades de contratos, excluyendo totalmente de otros que podían también requerirlas.

Bajo las anteriores consideraciones y a la luz de la Ley 80 de 1993, dichas cláusulas se encontraban plasmadas en los artículos 14, 15, 16, 17 y 18²⁹, con lo que taxativamente se dejaron las condiciones de las mismas.

²⁹ **Artículo 14º.-** *De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual.* Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignent expresamente.

Parágrafo.- En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

Ver el Concepto de la Sec. General [360](#) de 1998, Ver el Concepto del Consejo de Estado [10540](#) de 2000.

0

No obstante lo anterior, y conforme a lo indicado por la Corte Constitucional³⁰, dicho clausulado es propio de la contratación pública y como una manifestación propia de

Artículo 15°.- De la Interpretación Unilateral. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.

Artículo 16°.- De la Modificación Unilateral. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.

Artículo 17°.- De la Terminación Unilateral. [Reglamentado por el Decreto Nacional 1436 de 1998](#). La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-454 de 1994, en la medida en que la incapacidad física permanente impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista.

3o. Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista.

4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.

Ver el Concepto de la Sec. de Hacienda 380 de 1997.

Artículo 18°.- De la Caducidad y sus Efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

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

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

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-620 de 2012 En esta providencia se señaló: "...Las cláusulas exorbitantes son prerrogativas derivadas del poder público de la Administración pública y que no podrían aplicarse en un contrato de derecho privado[129]. Estas cláusulas se derivan fundamentalmente de la presencia del interés público en los contratos estatales y de la especial naturaleza de los mismos, permitiendo a la entidad ejercer determinadas prerrogativas que no podrían aplicarse en una relación contractual de carácter privado[130]. "Al

la voluntad de la administración, mediante la cual se logra salvar responsabilidad frente al contratista incumplido.

Por otra parte las cláusulas solo conllevaban condiciones excepcionales, dispuestas en la norma, adicionalmente que frente al concepto de posibles incumplimientos debía tramitarse bajo el procedimiento ordinario y excepcionalmente cuando la entidad disponía de procedimiento especial previamente autorizado en la Ley.

Frente a las multas y sanciones estas resultaban ser una cláusula más del contrato, y que se quedaban en la tipificación de las mismas y la tasación de la misma, y dejaban abierta la posibilidad de la aplicación de un debido proceso, a los dispuesto en la norma especial de la administración o al régimen general, cosa esta que como se observó en los anteriores manuales de contratación aún no se ha subsanado.

Así las cosas con el surgimiento de la Ley 1474 de 2011³¹, dispone en casos de posibles incumplimientos un procedimiento común a toda la contratación pública para adelantar las investigaciones y entrara decidir el supuesto incumplimiento, por parte de la entidad, sin tener que acudir a la jurisdicción.

2.2.2. PROCEDIMIENTO ACTUAL

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, consagra el procedimiento para imponer multas, sanciones y la caducidad de los contratos administrativos, con lo que nos encontramos en primer lugar en la determinación de multas y sanciones toda vez que tiene una naturaleza distinta a la imposición de caducidad, que es y proviene de situación excepcional y diferente.

respecto esta Corporación ha señalado que las cláusulas exorbitantes implican “el reconocimiento de poderes excepcionales a la administración que le permiten extinguir el vínculo contractual para asegurar la primacía de los intereses públicos o sociales que están vinculados a la realización del objeto del contrato”

³¹ ***Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.***

o

Así las cosas, la aplicación del artículo 86 se convierte en la posibilidad de cualquier entidad del sector público para que en su contratación, se aplique lo allí dispuesto en la norma.

Es de suma importancia agregar que la aplicación del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, no se puede hacer de forma separa de lo dispuesto en las demás normas del capítulo, y de los propios manuales de contratación. Lo anterior dado que es necesario crear los mecanismos mediante los cuales se supervisa y se le indica previamente al contratistas sus obligaciones de cara al contrato que suscribe, si bien las dos partes se encuentran obligadas, la administración asume una carga mayor frente al correcto uso de los recursos, por lo tanto se le imparte la obligación de realizar y tener los medios y mecanismos propios de supervisión y control, con el ánimo de no llegar a las imposiciones de sanciones multas y caducidades, toda vez que se convierten estas como en la *ultima ratio*, de la actividad contractual del estado, es necesario agotar todas las instancias previas antes de llegar a las consecuencias dadas en el artículo 86.

Como se observara a continuación el procedimiento del artículo 86 es sencillo y que implica una rápida pronta y oportuna actividad de la administración.

“Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

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

0

Lo anterior refleja la necesidad de aplicar lo dispuesto en los artículos precedentes, respecto a la supervisión del contratista y la correcta actividad de este de cara a la presentación de informes de ejecución de su supervisado. Aquí también se fija el inicio del proceso de la forma más clara y rápida para el contratista y aquellos quienes garantizan el cumplimiento del mismo.

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

Este segundo literal es la manifestación clara del Debido Proceso y de la posibilidad del contratista de ejercer su derecho de contradicción y defensa.

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

Con lo anterior se observa la celeridad que debe tener la administración para el nacimiento del acto administrativo que decide al respecto de lo debatido en el proceso.

“d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.”

Esto hace referencia a las prerrogativas que tiene el contratista para demostrar su cumplimiento frente a lo que se le endilga y así subsanar los incumplimientos o aclarar las situaciones que sean del caso.

0

“(…)La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.”

Con esto último se ratifica lo dispuesto en el literal anterior respecto de la posibilidad de subsanar los estados de incumplimiento y le da fuerza a la consideración especial del artículo en cuanto a que se busca que el contratista cumpla con lo pactado en el contrato.

Y con esto se da el procedimiento que a la luz del mismo, puede ser aplicado por toda entidad de carácter público, no obstante el mismo ha indicado que aplicara para aquellas entidades sometidas al estatuto general de la contratación de la administración pública lo cual es una cortapisa que puede efectivamente saltar las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en virtud a que están desprovistas de mecanismos coercitivos para que los contratistas les cumplan.

CONCLUSIONES

Agotado el estudio de los dos componentes generales de la presente investigación, esto es el régimen jurídico de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional y el procedimiento para imposición de sanciones, multas y caducidad, consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se logró llegar a dos conclusiones de carácter práctico, la primera de índole legislativo y la segunda enmarcada en la autonomía de la voluntad de la administración como esa prerrogativa que tiene la misma para contratar y hacer que los recursos públicos tengan una destinación efectiva, todo en aras al cumplimiento de los principios del estado.

Por lo tanto, y de cara a una modificación legislativa, la misma consistiría en ampliar el espectro de acción del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, identificando cuando la aplicación se da de frente a las actividades misionales y cuando frente a lo administrativo y financiero, siempre que la empresa sea el contratista.

0

Frente a la segunda posibilidad, encontramos que la actividad estará en cabeza de las mismas Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como organizaciones del carácter público que deben y están obligadas a tener un manual de contratación lo suficientemente robusto y que satisfaga sus necesidades, de cara a la actividad comercial y/o industrial que van a desarrollar, dicho manual deberá darle competitividad a la entidad frente a los particulares pero así mismo salvaguardar los interés de la misma frente a la contratación que realice, toda vez que de todas formas sus recursos son provenientes del erario, y los órganos de control ejercerán su labor sobre la misma.

De frente a esto entonces la entidad podrá en su manual disponer de procedimientos y clausulado en específico para sus contratos y los montos o tasaciones de las sanciones y multas a imponer, todo esto reflejado en el contrato, que será el encargado de llevar a cuentas la carga de las prerrogativas de la administración, pero que a su vez representara claramente la manifestación de la voluntad de las partes.