**ADMINISTRACIÓN PÚBLICA – Estructura – Entidades descentralizadas – Empresas Industriales y Comerciales del Estado**

Dentro de la estructura de la Administración pública se encuentran las entidades descentralizadas por servicios, y dentro de dicha categoría se ubican las empresas industriales y comerciales del Estado, las cuales cuentan con personería jurídica, autonomía administrativa, sin perjuicio del control de tutela, y el patrimonio propio.

**EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO – Actividades – Régimen jurídico de contratación – Regla general – Régimen de derecho privado**

Dichas entidades, como su nombre lo indica, se caracterizan por desarrollar actividades de carácter industrial o comercial.

En función del tipo de actividad que desarrollan, se itera, industrial o comercial, el régimen jurídico que les aplica a estas empresas difiere del que corresponde a otras entidades descentralizadas funcionalmente o por servicios, como las superintendencias con personería jurídica, los establecimientos públicos o las unidades administrativas especiales, pues la regla general es el derecho privado, salvo excepciones legales y las contenidas en el acto de creación o en los estatutos de la respectiva empresa industrial o comercial del Estado. Sobre el régimen de contratación, conviene destacar que el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 incorporó a las empresas industriales y comerciales del Estado dentro de la categoría de entidades estatales.

**EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO – Situación de competencia – Régimen jurídico de contratación – Derecho privado – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – Principios función administrativa – Gestión fiscal**

En virtud de lo anterior, el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado que se encuentren en competencia o en mercados regulados o monopolísticas es el propio de tales actividades, esto es, por regla general, el derecho privado. Por oposición, empresas industriales y comerciales del Estado que no estén en competencia ni desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas que lo complementan.

Por último, se debe resaltar que, en virtud de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales que tengan un régimen contractual excepcional al contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, están obligadas a aplicar “en desarrollo de su actividad contractual […] los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículo 209 y 267 de la Constitución Política […] y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

**Bogotá D.C., 17/12/2019 Hora 12:12:2s**

**N° Radicado: 2201913000009314**

Señor

Edgar Mauricio Avella Romero

**Radicación:** Respuesta a la consulta 4201913000001662

**Temas:** Régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado

**Tipo de asunto consultado:** Instituto de Turismo y Recreación de Paipa – ITP – y su

régimen contractual

Cordial saludo

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – responde su consulta del 12 de noviembre de 2019 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y el numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, en los siguientes términos:

# Problema planteado

* 1. “¿Cuál es el régimen jurídico de la contratación aplicable a la (SIC) empresas industriales y comerciales del Estado – Instituto de Turismo de Paipa, teniendo en cuenta que su naturaleza es cien por ciento pública y que se encuentra en competencia con empresas del sector privado como lo son: Comfaboy, Hotel Colsubsidio, Hotel Sochagota, Hotel Estelar, etc., en el entendido que prestan servicios con el termalismo y la promoción del sector turístico de la ciudad de Paipa?”.

# Consideraciones

Antes de responder las preguntas formuladas, procede hacer una serie de reflexiones en relación con las empresas industriales y comerciales del Estado y su régimen contractual.

# 2.1. Las empresas industriales y comerciales del Estado

Dentro de la estructura de la Administración pública se encuentran las entidades descentralizadas por servicios, y dentro de dicha categoría se ubican las empresas industriales y comerciales del Estado, las cuales cuentan con personería jurídica, autonomía administrativa, sin perjuicio del control de tutela, y el patrimonio propio.

Dichas entidades, como su nombre lo indica, se caracterizan por desarrollar actividades de carácter industrial o comercial. Así, por ejemplo, son empresas industriales y comerciales del Estado la Imprenta Nacional de Colombia, Coljuegos, Indumil, la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, Colpensiones, entre otras.

En función del tipo de actividad que desarrollan, se itera, industrial o comercial, el régimen jurídico que les aplica a estas empresas difiere del que corresponde a otras entidades descentralizadas funcionalmente o por servicios, como las superintendencias con personería jurídica, los establecimientos públicos o las unidades administrativas especiales, pues la regla general es el derecho privado, salvo excepciones legales y las contenidas en el acto de creación o en los estatutos de la respectiva empresa industrial o comercial del Estado.

Sobre el régimen de contratación, conviene destacar que el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 incorporó a las empresas industriales y comerciales del Estado dentro de la categoría de entidades estatales. En esa línea, el literal g) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 dispone lo siguiente:

“Serán causales de selección abreviada las siguientes:

(…)

Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las Empresas Industriales y Comerciales Estatales y de las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993”.

A su turno, el artículo 2.2.1.2.1.2.24. del Decreto 1082 de 2015 prevé:

“Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, sus filiales y las empresas en las cuales el Estado tenga más del cincuenta por ciento (50 %) del capital social **que no se encuentren en situación de competencia**, deben utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía para los contratos que tengan como objeto su actividad comercial e industrial, salvo para los contratos de obra pública, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargo fiduciario y fiducia pública para los cuales se aplicará la modalidad que corresponda”. (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 establece:

“Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50 %), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50 %), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales**, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes”. (Negrilla fuera de texto)

En virtud de lo anterior, el régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado que se encuentren en competencia o en mercados regulados o monopolísticas es el propio de tales actividades, esto es, por regla general, el derecho privado.

Por oposición, empresas industriales y comerciales del Estado que no estén en competencia ni desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas que lo complementan. La Corte Constitucional en la Sentencia C-691 del 5 de septiembre de 2007, con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández precisó:

“La Corte, en varias decisiones ha referido explícitamente al régimen jurídico que cobija los actos propios de las empresas industriales y comerciales del Estado, y al respecto ha señalado que, (i) son entidades de naturaleza jurídica pública aunque por razón de su objeto sus actos se rigen por el derecho privado sin que por ello se elimine dicha naturaleza jurídica, (ii) en cuanto a su objeto institucional se rigen por las normas del derecho privado , (iii) son entidades estatales sujetas a las normas del derecho público aunque el legislador puede señalarles una regulación especial con remisión al derecho privado dada la naturaleza de las actividades que desarrollan, similares a las que ejecutan los particulares y al no comprender el ejercicio exclusivo de funciones administrativas, sin que ello signifique que su régimen sea estrictamente de derecho privado ni que se encuentren excluidas del derecho público ya que tienen un régimen especial que cobija ambas modalidades , (iv) se les ha señalado un objeto comercial específico cuyo desarrollo se sujeta al derecho privado atendiendo la similitud de las actividades que cumplen con las que desarrollan los particulares, **por lo que se les otorga un tratamiento igualitario respecto a la regulación, imposición de límites y condicionamiento de sus actividades, y aplicación del respectivo régimen jurídico, en esta medida el precepto constitucional que consagra la libre competencia (art. 333) debe aplicarse en forma igualitaria tanto a las empresas particulares como a las que nacen de la actuación del Estado en el campo de la actividad privada**, y

(v) aunque se regulan por las normas y procedimientos de derecho privado y con un propósito lucrativo o rentable, se encuentran vinculadas a la administración pública”. (Negrilla fuera de texto)

Siguiendo esa línea, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la Sentencia del 16 de julio de 2015, expediente 31.683, con ponencia de Carlos Alberto Zambrano Barrera, explicó las razones que justifican el régimen contractual aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado:

“El sometimiento de las empresas industriales y comerciales del Estado al régimen de derecho privado se justifica (…) en la necesidad de que en su actividad industrial y comercial, tradicionalmente ajena al Estado y propia de los particulares**, ellas actúen en términos equivalentes a éstos cuando realicen actividades similares, sin tener prerrogativas exorbitantes que atenten contra el derecho a la igualdad ni estar sujetas a procedimientos administrativos que entraben sus actuaciones y las pongan en situación de desventaja frente a sus competidores**”, de tal manera que “... sus actividades de explotación industrial o comercial se desarrollen con las mismas oportunidades y las mismas ventajas o desventajas que las adelantadas por aquellos, sin que influya para nada su investidura de entidad estatal; que puedan actuar como particulares, frente a las exigencias de la economía y del mercado.

**Por ello, la regla general es que en sus actos y contratos rijan las normas de derecho privado**, salvo en cuanto a sus relaciones con la Administración y en aquellos casos en los que por expresa disposición legal ejerzan alguna función administrativa, puesto que allí sí deberá dar aplicación a las reglas de derecho público pertinentes”. (Negrilla fuera de texto)

Por último, se debe resaltar que, en virtud de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales que tengan un régimen contractual excepcional al contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, están obligadas a aplicar “en desarrollo de su actividad contractual (…) los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículo 209 y 267 de la Constitución Política (…) y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

# Respuesta

Con base en las consideraciones expuestas en el numeral anterior, se procede a responder la pregunta formulada, no sin antes recordar que los conceptos emitidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – son orientaciones de carácter general y no suponen la solución directa de controversias específicas o el análisis de actuaciones particulares de entidades estatales.

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – no tiene competencia para pronunciarse sobre el régimen de contratación aplicable al Instituto de Turismo y Recreación de Paipa, ni cuenta con la información necesaria para ello.

Sin perjuicio de lo anterior, y de forma general, el régimen contractual aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado que estén en competencia o desarrollen su actividad en mercados regulados es el propio de tal actividad, esto es, por regla general, el derecho privado, salvo las excepciones legales o las contenidas en el acto de creación o en los estatutos de la respectiva empresa industrial o comercial del Estado.

Por el contrario, aquellas empresas industriales y comerciales del Estado que no estén en competencia ni desarrollen su actividad en mercados regulados están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas que lo complementan, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



Proyectó: Felipe Antonio Hadad Álvarez