

ESTADO EMPRESARIO Y FUNCIÓN ADMINISTRATIVA: EL CASO DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO¹

Matheo Restrepo Yepes²

RESUMEN. Se estudian las empresas industriales y comerciales del Estado en dos partes. Primero desarrolla las generalidades sobre este tipo de organismos, su creación, administración y régimen jurídico. Lo anterior como un presupuesto para, segundo, problematizar cuál es su objeto, es decir, qué comprende la actividad industrial, comercial y de gestión económica. Finalmente, se argumenta que estas labores son una manifestación de la función administrativa y se expone la tesis opuesta.

Introducción

Aunque no todas las grandes transformaciones de un Estado suponen una aparición del poder constituyente primario, administrativistas y constitucionalistas estarían de acuerdo en que, para el caso colombiano, la Constitución Política de 1991 condensó una *metamorfosis* pública que obedeció a un sin número de fenómenos sociales, políticos, jurídicos y *económicos*. En particular, culminó un proceso de reasignación de roles que inició tiempo atrás en ordenamientos jurídicos extranjeros: los particulares entraron a la esfera pública y el Estado, más *novato* que aquellos, ingresó al mercado³.

Lo hizo desde tres posiciones distintas: como director general de la economía para mejorar la calidad de vida de los habitantes —artículo 334—, como garante de los derechos económicos y especialmente de la libre empresa —artículo 333— y, por último, como un agente directo, participe del mercado. Se resquebrajó la distinción clásica entre dos sectores que, realmente, nunca estuvieron más que conceptualmente escindidos: lo público y lo privado se convirtió en una *aleación* con reflejo en todas las áreas del poder. Pero no se trató de una superación o

¹ Este ensayo, escrito para la sesión del 22 de noviembre de 2025, hace parte de la labor de apoyo a la investigación que el Auxiliar de Investigación realiza al interior del Grupo de Estudio de Derecho Público adscrito al CEDA, para cuya preparación recibió la orientación del profesor Juan David Montoya Penagos, y se utiliza no solo para enriquecer el trabajo que el Investigador Principal adelanta al interior del CEDA —que finalmente aprovecha para construir el texto definitivo—, sino también para beneficio de toda la comunidad académica. La línea de investigación en la que se enmarca el ensayo es: Estructura de la Administración pública, dirigida por los profesores del CEDA.

² Auxiliar de Investigación del *Grupo de Estudio de Derecho Público*, Nivel V básico, adscrito al *Centro de Estudios de Derecho Administrativo* —CEDA—.

³ Se hace énfasis en que la transformación no tiene origen en la Constitución, no es una novedad de aquella. Mejor, se trata del afianzamiento del proceso a partir de un nuevo marco jurídico de la más alta jerarquía normativa.

modificación en lo esencial, el Estado no dejó de ser «*estatal*», sino que asumió, además, actividades típicamente empresariales: industriales y comerciales. En este contexto, toma relevancia una aseveración de Marín Cortés que, cerca de cumplir veinte años, continúa vigente:

«El derecho moderno necesita, hoy más que nunca, construir un sistema jurídico para el "mercado de lo público", ahora en manos de los particulares y del "Estado empresario". *Ese nuevo ordenamiento debe ser capaz de rescatar los valores públicos, en medio de la economía de mercado, cada vez más interesada en liberalizar, incluso del derecho, las relaciones entre los operadores de los servicios y los usuarios.*

»El derecho de este nuevo orden institucional debe estar en capacidad de garantizar las necesidades económicas que dominan el mundo contemporáneo, pero no se le puede permitir que deje de lado el sentido político del derecho» (énfasis fuera de texto)⁴.

En esta sesión, y continuando con la investigación de la estructura de la Administración pública, el CEDA estudia las empresas industriales y comerciales del Estado —EICE—. El presente texto lo hace con énfasis en la *fundamentación* sobre los asuntos constitutivos o intrínsecos de estas entidades. De allí que, sin perjuicio de referenciarlo, estas líneas no son un apoyo útil para comprender —con *fligrana*— su régimen jurídico; pero sí para distinguir el sentido y el lugar que ocupan en el complejo y confuso aparato estatal. Así, se presentarán algunas consideraciones sobre uno de tantos *rostros* que el legislador le ha *maquillado* al Estado empresario, aquel todavía confuso de sí mismo e incomprendido por sus allegados.

1. Generalidades

Desde una perspectiva histórica, el concepto de «empresa industrial y comercial del Estado» tiene un origen eminentemente francés, cuando el Estado incursionó en actividades atípicas, alejadas de su tradicional y exclusivo rol de prestador de servicios públicos⁵. Sin embargo, restringiendo el estudio al contexto local, Tafur Galvis sostiene que las empresas gestionadas directamente por el Estado se remontan a la Colonia y se desarrollaron paulatinamente, siguiendo los pasos del

⁴ MARÍN CORTÉS, Fabián G. Público y privado: Estudio sobre el Estado de derecho, el Estado constitucional, la globalización, la democracia, los derechos fundamentales y la nueva estructura de los poderes público y privado. Bogotá: Editorial Temis, 2008. p. 234.

⁵ MONTAÑA PLATA, Alberto. Las actividades industriales y comerciales del Estado: un régimen jurídico de excepción que no responde a su naturaleza jurídica. En: SANTAELLA QUINTERO, Héctor (Editor). Balance y desafíos del Estado regulador, supervisor, promotor y empresario. Tomo III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2023. p. 24.

pensamiento económico que avanzó de un modelo liberal clásico hacia una idea intervencionista del Estado⁶.

Normativamente, el antecedente inmediato es el artículo 6 del Decreto 1050 de 1968, según el cual, las EICE eran organismos creados por ley o con su autorización que desarrollan actividades de naturaleza *industrial y comercial* conforme a las reglas de derecho privado. Gozaban de tres atributos: personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente de origen completamente público. Según el párrafo del artículo 1° *ibidem*, estaban vinculadas a la Administración *central* y sujetas a su orientación, coordinación y control.

El artículo 85 de la Ley 489 de 1998 conservó esta definición y, relevante, solo añadió que además de actividades industriales y comerciales desarrollan «actividades de gestión económica». El artículo 38 *ejusdem* identificó a estas entidades como parte de la rama ejecutiva del poder público en el sector descentralizado por servicios y el párrafo del artículo 50 dispone que están vinculadas a un órgano del sector central.

Por su parte, el artículo 86 establece que su autonomía administrativa y financiera se ejerce de conformidad a los actos que los rigen, la ley de creación o autorización y los estatutos internos. El principal límite material para sus actuaciones está contenido en la parte final de la disposición, según la cual «[...] no podrán destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en la ley o en sus estatutos internos; además de las actividades o actos allí previstos, podrán desarrollar y ejecutar todos aquellos que sean necesarios para el cumplimiento del objeto asignado».

Como parte integrante de la rama ejecutiva, disponen de los «privilegios y prerrogativas» que la Constitución y la Ley reconocen a la Nación y a las entidades territoriales, siempre que no supongan una vulneración de los principios de igualdad y libre competencia en relación con las empresas privadas del sector donde se desempeñan —artículo 87—. Aunque el legislador no desarrolla con precisión cuáles son estas potestades, la Ley 489 de 1998 permite inferir que gozan de una *superposición* orgánica de origen público—estatal que, en todo caso, no se refleja en las actividades industriales y comerciales de forma abusiva.

⁶ Explícitamente, afirma: «El ejercicio de actividades industriales y comerciales por organismos enteramente estatales y su proyección social descansa en las ideologías que inspiran en un momento y lugar determinados la actuación y fines del Estado. En el derecho colombiano actual, la participación estatal en actividades de gestión económica se halla enmarcada, como en la generalidad de los países herederos del individualismo, por una concepción de economía intervenida, en la coexiste la iniciativa privada con la orientación general de la economía por parte del Estado» (TAFUR GALVIS, Álvaro. Las entidades descentralizadas. Bogotá: Temis, 1977. p. 99).

En cuanto a su esquema organizacional, los artículos 88, 89, 90, 91 y 92 prevén que son administradas por una junta directiva y un gerente o presidente. A la primera le aplican las normas relativas a los establecimientos públicos en relación con su integración y tiene a cargo: *i)* formular la política general de la empresa y el plan de desarrollo administrativo de conformidad con el plan nacional de desarrollo; *ii)* proponer al gobierno las modificaciones a la estructura orgánica y estatutos internos que estime pertinentes; *iii)* aprobar el proyecto de presupuesto; *iv)* controlar el funcionamiento de la EICE y *v)* las demás funciones que indique la ley o los estatutos internos. Por su parte, el gerente representa a la empresa, cumple las funciones que no correspondan a otra autoridad, es designado por el presidente de la República y desempeña un cargo de libre nombramiento y remoción.

Debe precisarse que no existen solo EICE del orden nacional, pues, como son entidades descentralizadas, aplica el artículo 68 *ejusdem*, que en parágrafo 1° preceptúa: «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».

Por lo tanto, los departamentos, municipios y distritos también pueden crearlas a través de la respectiva corporación de elección popular o con su autorización, y el nominador del gerente será el alcalde o el gobernador, según el caso⁷. Nótese que, pese a que nominalmente son «empresas», su creación no corresponde al mecanismo tradicional para los particulares, es decir, la celebración de un contrato de sociedad a través de escritura pública; por el contrario, las EICE siempre tienen su génesis en la ley o un acto administrativo.

El artículo 93 preveía que sus actos y contratos expedidos o celebrados para el desarrollo de su actividad propia, industrial, comercial o de gestión económica, se sujetan al derecho privado; pero los contratos para el cumplimiento de su objeto se sujetan al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública —EGCAP—. No obstante, el régimen contractual fue modificado por el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011⁸.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia del 21 de junio de 2018. Rad. 05001-23-31-000-2006-93419-01. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

⁸ El artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011, prevé: «Artículo 14. 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

Como un comentario transversal a las generalidades expuestas, Montaña Plata crítica el «exceso» de derecho administrativo aplicable, pues, por la función que cumplen —industrial, comercial o de gestión económica—, la generalidad debería ser la *libertad* inherente a las demás sociedades comerciales que participan del mercado, es decir, el derecho privado. Sin embargo, estima que la excepción —el derecho administrativo— excede con creces el número de asuntos donde *materialmente* debería intervenir. Propone que esto se ha justificado de forma irreflexiva en un criterio orgánico insuficiente:

«Con base en lo anterior es posible afirmar que, en el caso de la actividad industrial y comercial del Estado, la organización no está subordinada a la actividad; se evidencia un claro desajuste. En efecto, por un lado, su "especialidad" hace que no se pueda catalogar como parte de la función administrativa y, por el otro, el régimen jurídico atribuido no ha sido coincidente con la "especialidad" que se reconoce a esas actividades. Con lo anterior, se pretende evidenciar que, además, a efectos de este tipo de actividades y de administraciones públicas, *se ha asumido de manera poco reflexiva que la justificación de un régimen jurídico especial, el Derecho Administrativo, es de tipo subjetivo u orgánico, por la condición de Administración pública de los titulares de la actividad. Sin embargo, el discurrir histórico y teórico ha evidenciado que la justificación para ese tratamiento diferenciado es, primordialmente, de tipo material: la función administrativa*» (énfasis fuera de texto)⁹.

En suma, como no admite que las EICE cumplen funciones administrativas, sino exclusivamente industriales y comerciales, entonces la aplicación del derecho administrativo no se justifica en un criterio material —función/régimen— y, por lo tanto, esta queda reducida a una lectura orgánica —sujeto/régimen—, que valora insuficiente. En el siguiente acápite se estudiará esta dificultad, pues ¿por qué concluir que no ejercen función administrativa? ¿es incompatible con la actividad industrial, comercial o de gestión económica? Se estudiará la naturaleza y la finalidad de las EICE desde una perspectiva funcional.

2. Función(es)

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». Tan solo se menciona el régimen de los actos y contratos por ser un elemento «característico» de las EICE. No obstante, una investigación profunda sobre este asunto implicaría evaluar, además, las normas laborales, disciplinarias, presupuestales, de control interno, disciplinario y fiscal, entre otros asuntos.

⁹ MONTAÑA PLATA, Alberto. Las actividades industriales y comerciales del Estado: un régimen jurídico de excepción que no responde a su naturaleza jurídica. Op., Cit. p. 22.

Según el artículo 85 de la Ley 489 de 1998, las EICE desarrollan «actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica». En principio, solo la intuición parece suficiente para llenar de contenido estas expresiones, pues cualquiera, a través de los ejemplos más comunes del medio jurídico, podría hacerse a una idea *válida* de estos conceptos. No obstante, prescindiendo de las definiciones extensivas, no es realmente tan sencillo. Para solucionar esta dificultad, puede consultarse, en primer lugar, el Código de Comercio.

2.1. Industriales, comerciales y gestión económica

El artículo 25 dispone que «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». Para Barreto Cifuentes, esta noción fue intencionalmente amplia y contine cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, que desarrolle una actividad económica organizada, entre estas las EICE¹⁰. Por el contrario, para Tafur Galvis, como el fin esencial de las EICE no es la obtención de utilidades sino la satisfacción del interés general, entonces, los conceptos de empresa y acto mercantil de los artículos 10 y 25 no son aplicables. Propone:

«[...] En ese sentido, ha de puntualizarse que las empresas industriales y comerciales del Estado no son comerciantes para los fines del Código de Comercio. En efecto, el carácter comercial de una entidad en el sentido del Código, según se desprende, entre otros de los arts. 10 y 25, no depende del modo de organización de ella: es indispensable la existencia de vocación comercial profesional y la persecución de utilidades como fin esencial de la organización»¹¹.

Entre ambas lecturas, se prefiere a Barreto, por tres motivos: primero, no se observa que la finalidad de producir utilidades contravenga o vulnere el interés general de ninguna forma. Por el contrario, se trata de un medio para la consecución de un fin superior. Además, los artículos 10 y 25 no cualifican teleológicamente la noción de *empresa*. Segundo, tampoco se advierte una contradicción entre la definición que proporciona la legislación comercial y la regulación de la Ley 489. Mejor, se interpreta que las EICE son una especie del género que dispone el Código. Tercero, sostener la idea anterior no equivale a una

¹⁰ BARRETO CIFUENTES, Sebastián. La empresa pública y la tensión entre el interés general y la búsqueda de utilidades: régimen jurídico y modelos de organización en la Administración pública colombiana. En: ZÁRATE, Anibal (Editor). La organización administrativa como presupuesto de la actividad administrativa. Tomo III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2025. p. 372.

¹¹ TAFUR GALVIS, Álvaro. Op. Cit, p. 111

aplicación irreflexiva de las normas de derecho privado a estas entidades, pues es preciso reconocer como presupuesto el carácter *especial* de las EICE y su integración a la Administración pública, así como la prevalencia de las normas de derecho público que tienen carácter derogatorio del derecho común. Asumida esta posición, los verbos rectores del artículo 25 son herramientas muy útiles para la identificación de lo «industrial y comercial» pues, por lo menos, permiten identificar lo «empresarial».

Otro apoyo normativo está dispuesto en los artículos 20 y 21 *ibidem*, que prevén criterios para identificar los actos «mercantiles». Para no hacer una relación explícita del contenido de estas normas, solo se demarcará que tienen este carácter todos los actos ejecutados para el cumplimiento de obligaciones comerciales. A modo de ejemplo, se invocan textualmente los numerales 11, 12, 15, 16 y 17 del artículo 20:

«Artículo 20. Son mercantiles para todos los efectos legales:
[...]

»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;

»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; [...]

Nótese que, hasta este punto, el Código de Comercio contribuye a comprender qué es lo «empresarial» y lo «mercantil», por lo menos desde una perspectiva normativa. Pero nada se ha dicho puntualmente sobre lo industrial y comercial, mucho menos sobre la «gestión económica». Esto solo se explica en la ausencia de una definición, más allá de los acercamientos lógico conceptuales que permiten las normas antes citadas.

La Sección Primera del Consejo de Estado ya se enfrentó a esta dificultad en el 2018. En aquella oportunidad decidió en segunda instancia un proceso de nulidad donde se demandaron múltiples actos administrativos expedidos por el Departamento de Antioquia que adscribían a la Fábrica de Licores de Antioquia –FLA– a la Secretaría de Hacienda de la entidad territorial, como si se tratara de una dependencia más y eludiendo el trámite común previsto para la conformación de EICE que, entre otros asuntos, es objeto de deliberación en la corporación pública de elección popular. El origen de aquel litigio realmente fue de orden

laboral, pues comprender a este órgano como una EICE, esto es, lo que realmente es, tiene incidencia en el régimen jurídico de sus colaboradores.

El razonamiento de la Corporación fue eminentemente material, contrastando el objeto de la FLA previsto en los actos reprochados con lo que habitualmente se comprende «industrial y comercial». Sostuvo que su actividad central era la producción, comercialización y venta de licores alcohólicos y productos afines, conductas que conservan afinidad con lo dispuesto en los numerales 12 y 17 del artículo 20 antes citado. De allí que asumió su objeto como uno de carácter «mercantil». Luego lo calificó como «industrial», con fundamento en el lenguaje común y la consulta del diccionario. La Sección no aludió a otras normas ni buscó definiciones en otras áreas del conocimiento, como la economía. Revocó parcialmente la sentencia de primera instancia y concluyó: «La Sala [...] encuentra que el ordenamiento jurídico, *para los eventos en que los departamentos quisieren desarrollar actividades industriales y comerciales*, previó unas estructuras para llevarlas a cabo, que denominó empresas industriales y comerciales del Estado, las cuales deberían contar con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y capital independiente» (énfasis fuera de texto).

En síntesis, las EICE desarrollan actividades industriales, comerciales y de gestión económica. Aunque una norma no define con claridad cuáles tareas pueden ingresar o no en estos conceptos, los operadores jurídicos pueden aproximarse a partir de las definiciones de «empresa» y «acto mercantil» del Código de Comercio. A su vez, y no menos relevante, el lenguaje común es una herramienta indispensable para tratar de delinear con alguna suficiencia estos términos¹². En cualquier caso, son nociones que se transforman al *ritmo* del desarrollo social, tecnológico y económico, permanecen en constante mutación.

2.2. Función administrativa

Con estas precisiones, es oportuno problematizar si las actividades industriales, comerciales y de gestión económica por parte de las EICE suponen o no el cumplimiento de función administrativa. Este interrogante, típico de los administrativistas, es curioso porque, pese a su carácter constante, no logran —y no lo harán— un acuerdo sobre la noción de «función administrativa». Entonces ¿por qué indagar si una categoría ingresa en otra si no se tiene certeza sobre la segunda? La respuesta es sencilla: este tipo de inquietudes son las que acompañan

¹² Industrial es «Pertenece o relativo a la industria» e industria: «Conjunto de operaciones materiales ejecutadas para la obtención, transformación o transporte de uno o varios productos naturales» o «Negocio o actividad económica». Lo comercial es «Del comercio o de los comercios» y el comercio «Negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías» o «Tienda, almacén, establecimiento comercial» (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Consultado en línea el 21 de noviembre de 2025).

la construcción del derecho administrativo como una ciencia o, si se quiere, una disciplina.

Incluso, la «función administrativa» ha hecho parte del amplio número de criterios propuestos por la doctrina para identificar, cualificar y definir el derecho administrativo en sí mismo. Junto con el servicio público, los actos de autoridad o las prerrogativas públicas y el interés general—público, es una entre tantas ideas de carácter material, sustancial, objetivo o funcional que se han discutido como pauta para rastrear la *esencia* de esta subárea del derecho. Aunque esta dificultad no ocupa el texto, se sostendrá que si bien son cuestionamientos necesarios de orden o naturaleza teórica, la historia devela que la búsqueda de un criterio único para definir el derecho administrativo ha fracasado. Quizá, como lo propone Díaz Díez, sería más fructífero que la doctrina contemporánea sume esfuerzos en la construcción de una definición «gradual»¹³. Es decir, en lugar de perseguir afanosamente un elemento que sea capaz de explicar este fenómeno tan complejo, sería preciso identificar cuántos y cuáles elementos lo integran, para dedicarse al porcentaje o el grado de ellos presente en el mismo. Este cambio metodológico permitiría acercarnos alrededor de aquello que nos une, en lugar de apartarnos y escudarnos con falsas ilusiones descriptivas¹⁴.

Retomando el interrogante planteado, y ante una dificultad genuinamente ineludible, es necesario tomar una postura sobre la noción de «función administrativa» para avanzar en la solución del problema. Sobre este asunto,

¹³ Díaz Díez explica qué supone este adjetivo: «Los conceptos graduales tienen esta connotación tipológica, pues admiten que una característica se aplique sobre un objeto o situación en mayor o menor medida. En consecuencia, no se oponen a que una realidad ingrese en el ámbito semántico —en la intensión— de dos o más conceptos excluyentes a primera vista» (DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. Definición gradual del derecho administrativo en la metodología académica: construcción sistemática y análisis del lenguaje. En: Revista Derecho del Estado. Mayo-agosto, 2025, N°62. p. 337).

¹⁴ Se sugiere otra lectura de Díaz Díez, donde propone: «En definitiva, la cantidad de materias que son objeto de regulación por el Derecho administrativo contemporáneo y *la especialidad de sus sectores de referencia desaconsejan el proyecto académico de reducirlo a un único elemento, como el ejercicio de prerrogativas públicas, por ejemplo. Los esfuerzos metodológicos deberían orientarse a sistematizarlo, de manera que la parte general guarde consonancia con los regímenes sectoriales y estos se nutran de las elaboraciones dogmáticas.* Además, la unidad del ordenamiento jurídico justifica que, a pesar de la *summa divisio* —la distinción fundamental entre Derecho público y Derecho privado—, se tracen canales de comunicación entre las ramas del Derecho. No hay que ver ello como la desnaturalización de la identidad de cada una. Por tanto, cuando el Derecho administrativo admite la aplicación de ciertas dosis de Derecho privado, aquel no desaparece. Más aún, el Derecho administrativo “metaboliza” las normas jurídico-privadas para adecuarlas a sus reglas y principios» (énfasis fuera de texto) (DÍAZ DÍEZ, Cristian A. Acto administrativo y derecho privado: ¿una relación antagónica? Las decisiones de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en Colombia. En: Revista de Derecho Administrativo. Enero-junio, 2024, N° 39. p. 88)

Pacheco Reyes se cuestiona sobre la calificación de los servicios públicos como desempeño de esta función y explica que existen varias tesis al respecto. Se retoma su descripción, pero para ilustrar la multiplicidad de criterios sobre la función administrativa, no es propósito aún estudiar el *servicio público* o su relación con las actividades industriales y comerciales.

Desde una perspectiva *orgánica*, la prestación de los servicios públicos es función administrativa únicamente cuando es desarrollada por una entidad estatal, es decir, y aunque suene redundante, la función administrativa es lo que hace la Administración¹⁵. Esta postura parte de la idea de que la actividad comúnmente ejercida por los *comerciantes*, tratándose de ellos, no puede ser función administrativa. Pacheco reprocha que esta tesis, precisamente por la existencia de órganos estatales dedicados a lo industrial y comercial, como las EICE y las sociedades de economía mixta¹⁶. Otro criterio es el *finalista* o teleológico, que ignora si el prestador del servicio público es un particular o una entidad estatal. Basta considerar que, por tratarse de una actividad de interés general, se traduce en función administrativa.

No obstante, Pacheco Reyes destaca que la tesis *mayoritaria* —porque admite excepciones— adoptada por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado es que la prestación de servicios públicos no implica función administrativa, excepto en los casos en los que esta labor suponga el ejercicio de prerrogativas estatales. En palabras de la Corte:

«Las anteriores referencias permiten señalar que no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público.

»El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que *requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado*» (énfasis fuera de texto)¹⁷.

Siguiendo estas consideraciones, el Consejo de Estado ha sostenido:

«En otros términos, y de acuerdo con las consideraciones realizadas por la Corte Constitucional, en ningún caso la prestación de servicios públicos puede ser considerada, en sí misma, como una función pública, y *solamente aquellas actividades que las empresas prestadoras de*

¹⁵ PACHECO REYES, Ronald. Los conceptos de función administrativa y servicio público en la jurisprudencia y en la doctrina iuspublicista colombiana. En: Revista digital de derecho administrativo. Segundo semestre, 2021, N°26. p. 34.

¹⁶ *Ibid.*, p. 35.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-37 del 28 de enero de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

servicios públicos ejerzan en desarrollo de prerrogativas propias del Estado, pueden ser consideradas como tales» (énfasis fuera de texto)¹⁸.

Pacheco Reyes admite la preeminencia de esta tesis, pero no la comparte. Concluye, y este era el propósito de referenciarlo, que la postura mayoritaria equipara la función administrativa con el ejercicio de potestades o prerrogativas estatales. Sin embargo, no está muy claro cuáles atribuciones configuran o no una prerrogativa y, especialmente, admite que existen múltiples manifestaciones de función administrativa que no suponen el ejercicio de una exorbitancia en favor del Estado. Además, la aplicación de normas de derecho público no supone, por sí solo, el ejercicio de potestades autoritativas. En sus palabras: «A pesar de que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado plantean como diferencia entre la prestación de servicios públicos y el ejercicio de función administrativa que en los primeros no se ejerce autoridad y en los segundos sí, tal argumento es insuficiente pues *en ambas actividades se ejercen tantos actos autoritativos como no autoritativos*»¹⁹ (énfasis fuera de texto).

La postura crítica de Pacheco Reyes no es una novedad, de tiempo atrás se advertían voces disidentes al planteamiento mayoritario de la jurisprudencia, incluso desde múltiples orillas conceptuales. Por ejemplo, Montaña Plata comentó el auto del 17 de febrero de 2005 en los siguientes términos: «[...] la comprensión de que las prerrogativas públicas son uno de los elementos que hacen parte de la función administrativa, la observamos impropia y equivocada, y lo que es peor, que produce unos efectos nocivos como consecuencia de la referencia jurisprudencial que pueda hacerse»²⁰.

Al referirse al caso de los servicios públicos domiciliarios, Marín Cortés también se apartó de la equiparación entre función administrativa y prerrogativa pública, pues considera que existen múltiples casos donde ningún administrativista dudaría en la presencia de la función, pero que no suponen una manifestación de exorbitancias. Más interesante es su oposición a la idea de que, por tratarse de servicios que se prestan en condiciones de mercado y con particulares, entonces no pueden, solo por esta circunstancia, ser una expresión de función administrativa. Indica:

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 17 de febrero de 2005. Rad. 50001-23-31-000-2003-00277-01 (27673). C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁹ PACHECO REYES, Ronald. Op. Cit., p.32.

²⁰ MONTAÑA PLATA, Alberto. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Concepto de función administrativa. Servicio público y función administrativa. En: OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Editor). Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 290.

«De manera que lo que se encuentre en el mercado no necesariamente es pura y simplemente actividad privada comercial. Contra quienes profesan la ideología neoliberal, es menester replicarles que el mercado no tiene la capacidad de mutar la naturaleza de estas cosas —por lo menos la que estamos analizando—: el mercado es un accidente que no interfiere en la esencia de las instituciones. De esta manera, así como el servicio público no ha dejado de serlo por estar en el mercado, o sea, sigue siendo servicio público, del mismo modo tampoco deja de ser función administrativa por esa misma razón. La naturaleza del servicio no se opone a eso.

[...]

«En este mismo sentido, no se puede admitir que en el mercado no se pueda desenvolver la función administrativa. ¿Qué se opone a ello? Cuando lo hace —lo cual no es nuevo del todo— sencillamente se somete a un escenario distinto al tradicional, que no tiene por qué desfigurar la función misma» (énfasis fuera de texto)²¹.

Con Pacheco, Montaña y Marín, se comparte la crítica a la idea de que la función administrativa necesariamente implica el ejercicio de prerrogativas estatales. En particular con Pacheco, que todos los criterios para definir la función administrativa en relación con los servicios públicos tienen debilidades desde el punto de vista de la «coherencia interna» en términos de Luhmann, por lo que se debe preferir la *menos incorrecta*²². En especial con Marín, que en el mercado puede observarse función administrativa.

Pero, no debe olvidarse el cuestionamiento principal: ¿qué es función administrativa? y ¿las EICE la ejercen? En cuanto a lo primero, es evidente que no hay ningún acuerdo sobre el concepto, pero está claro que la noción prevalente de las altas cortes no es adecuada ¡no es prerrogativa pública! Ante un escenario conceptual e ideológico tan *confuso*, se preferirá la tesis negativa o residual, según la cual, es todo aquello que no es legislativo o judicial y que le ha sido asignado a los órganos del Estado como labor, función o competencia. Marín Cortés reformula esta noción en términos positivos o afirmativos, así:

«[...] la función administrativa, excluidas las tareas a cargo de las ramas legislativa y judicial, es toda actividad que realice la rama ejecutiva del poder público, porque al fin y al cabo con ella cumple las tareas asignadas por la Constitución y la ley en favor de la dirección de esa fracción del aparato estatal. Y desde luego que otras ramas del poder, así como los particulares, ejercen la misma función, cuando cumplen tareas similares encomendadas a la rama administrativa.

[...]

²¹ MARÍN CORTÉS, Fabián G. Los servicios semipúblicos domiciliarios. Bogotá: Editorial Temis, 2010. p. 76.

²² PACHECO REYES, Ronald. Op. Cit., p. 15.

De algún modo, se trata de formular la noción más completa posible, admitiendo que todas corren el riesgo de incorporar lo que no debe incluirse en ellas, y también de excluir lo que deben abarcar. Por eso creo que función administrativa es todo lo que el ordenamiento le asigna a los órganos administrativos del Estado, bajo la forma de competencia, pues al hacerlo la Constitución y la ley deciden llamar función a cargo de la administración lo que le han encomendado»²³.

Adoptado este criterio, es claro que las actividades industriales y comerciales, o de gestión económica, a cargo de las EICE constituyen función administrativa. Lo anterior porque no cumplen una labor judicial o legislativa, pero sí una competencia o actividad asignada a un órgano que, en los términos expresos del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, integran la rama ejecutiva del poder público. Esta tesis, como todas, admite críticas.

Como se advirtió en el acápite sobre las generalidades de las EICE, Montaña Plata no admite que estas conductas se califiquen como función administrativa. A su juicio, al margen de que se ejerzan prerrogativas públicas, esta supone «[...] actividades directa y estrechamente ligadas con la satisfacción de fines estatales, salvo que se trate de función legislativa o judicial»²⁴. Es decir, parte de un criterio funcional y teleológico que las EICE no superan.

En defensa del criterio acogido en el texto, se tomarán los argumentos de Barreto Cifuentes, que se opone directamente a los postulados de Montaña Plata. Especialmente, ataca la idea de que las actividades industriales y comerciales de las «empresas públicas» no tienen un vínculo *directo y estrecho* con los fines estatales. Sostiene que la intervención del Estado en la economía, aún como un agente más que participa en igualdad de condiciones, encierra fines superiores al solo ánimo de lucro. Y si no fuera suficiente con pensar que la producción de recursos para atender las necesidades estatales es un fin público de forma directa, lo cierto es que la Constitución en el artículo 334 sí le impone funciones de intervención económica que encuadran perfectamente como satisfacción directa de los intereses estatales de origen constitucional y legal²⁵.

²³ MARÍN CORTÉS, Fabián G. Los servicios semipúblicos domiciliarios. Op. Cit., p. 80

²⁴ MONTAÑA PLATA, Alberto. Las actividades industriales y comerciales del Estado: un régimen jurídico de excepción que no responde a su naturaleza jurídica. En: SANTAELLA QUINTERO, Héctor (Editor). Balance y desafíos del Estado regulador, supervisor, promotor y empresario. Tomo III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2023. p. 39.

²⁵ En palabras de Barreto Cifuentes: «Al respecto, es importante recordar que la misma acción, materialmente considerada, puede estar valorada de manera distinta por el derecho. Dos acciones puedan parecer idénticas desde el punto de vista material -como la suscripción de un contrato, la prestación de un servicio o incluso la producción de un bien- pero el derecho no las califica del mismo modo si son realizadas por actores diferentes (unos

El argumento de Barreto tiene sustento en la jurisprudencia constitucional reciente, que afirma con claridad:

«La jurisprudencia constitucional ha señalado que *las empresas industriales y comerciales del estado*, las sociedades de economía mixta, las empresas de servicios públicos y las empresas sociales constituyen mecanismos mediante los cuales el Estado interviene en diversos sectores de la economía. *Esto responde al mandato constitucional dado al Estado de asegurar la producción y distribución de bienes y la prestación de servicios en los ámbitos industrial, comercial y social; o de proveer determinados servicios públicos, ya sean domiciliarios o no, con el fin de satisfacer las necesidades tanto individuales como colectivas de la población*» (énfasis fuera de texto)²⁶.

¡Las actividades industriales y comerciales de las entidades y órganos del Estado son función administrativa!

Bibliografía

Doctrina

habilitados para ello por el ordenamiento) y con fines diversos (lucro simple vs las finalidades del estado en la intervención en la economía). ¿Acaso es jurídicamente equivalente la celebración de un contrato de suministro por parte de una sociedad privada y por parte de una entidad estatal? ¿Es lo mismo, desde el derecho penal, disparar un arma llanamente con intención de matar que hacerlo en legítima defensa? Evidentemente, no. No es la forma externa del acto lo que determina su régimen jurídico, sino su finalidad o su valoración jurídica y, en ocasión, su contexto institucional.

La empresa pública, aun cuando materialmente actúe en el mercado, lo hace en función de finalidades públicas constitucionalmente vinculantes. Esa finalidad transforma su actuar y permite sostener que su conducta sí constituye -al menos en ciertos aspectos esenciales-un ejercicio de función administrativa. En consecuencia, debe estar sometida a controles jurídicos coherentes con esa función y con la garantía del interés general. Esta afirmación no implica, por supuesto, que toda empresa pública actúe siempre como administración activa en sentido tradicional y su régimen deba ser exclusivamente el derecho administrativo. Pero sí obliga a reconocer que el análisis del régimen jurídico aplicable no puede agotarse en la revisión formal de su naturaleza societaria o en la aplicación automática del derecho privado. La función que la empresa cumple, su finalidad, su acto de creación, el origen y destino de los recursos que gestiona, y su rol dentro de la arquitectura institucional del Estado son elementos fundamentales para valorar la existencia, o no, de función administrativa» (BARRETO CIFUENTES, Sebastián. La empresa pública y la tensión entre el interés general y la búsqueda de utilidades: régimen jurídico y modelos de organización en la Administración pública colombiana. En: ZÁRATE, Aníbal (Editor). La organización administrativa como presupuesto de la actividad administrativa. Tomo III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2025. pp. 387-388).

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-32 del 4 de febrero de 2025. M.P. Jorge Enrique Ibañez Najjar.

BARRETO CIFUENTES, Sebastián. La empresa pública y la tensión entre el interés general y la búsqueda de utilidades: régimen jurídico y modelos de organización en la Administración pública colombiana. En: ZÁRATE, Aníbal (Editor). La organización administrativa como presupuesto de la actividad administrativa. Tomo III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2025. pp. 367-407.

DÍAZ DÍEZ, Cristian A. Acto administrativo y derecho privado: ¿una relación antagónica? Las decisiones de los prestadores de servicios públicos domiciliarios en Colombia. En: Revista de Derecho Administrativo. Enero-junio, 2024, N° 39. pp. 85-100. Disponible en: <https://redad.uc.cl/index.php/REDAE/issue/view/3538>

DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. Definición gradual del derecho administrativo en la metodología académica: construcción sistemática y análisis del lenguaje. En: Revista Derecho del Estado. Mayo-agosto, 2025, N°62. pp. 317-344. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/10364/18306>

MARÍN CORTÉS, Fabián G. Público y privado: Estudio sobre el Estado de derecho, el Estado constitucional, la globalización, la democracia, los derechos fundamentales y la nueva estructura de los poderes público y privado. Bogotá: Editorial Temis, 2008. 258 p.

MARÍN CORTÉS, Fabián G. Los servicios semipúblicos domiciliarios. Bogotá: Editorial Temis, 2010. 648 p.

MONTAÑA PLATA, Alberto. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Concepto de función administrativa. Servicio público y función administrativa. En: OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando (Editor). Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. pp. 283-292.

MONTAÑA PLATA, Alberto. Las actividades industriales y comerciales del Estado: un régimen jurídico de excepción que no responde a su naturaleza jurídica. En: SANTAELLA QUINTERO, Héctor (Editor). Balance y desafíos del Estado regulador, supervisor, promotor y empresario. Tomo III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2023. pp. 20-51.

PACHECO REYES, Ronald. Los conceptos de función administrativa y servicio público en la jurisprudencia y en la doctrina *iuspublicista* colombiana. En: Revista digital de derecho administrativo. Segundo semestre, 2021, N°26. pp. 11-48. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/7293>

TAFUR GALVIS, Álvaro. Las entidades descentralizadas. Bogotá: Temis, 1977. 271 p.

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-37 del 28 de enero de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-32 del 4 de febrero de 2025. M.P. Jorge Enrique Ibañez Najjar.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto del 17 de febrero de 2005. Rad. 50001-23-31-000-2003-00277-01 (27.673). C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia del 21 de junio de 2018. Rad. 05001-23-31-000-2006-93419-01. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

