

**EL PRINCIPIO PLANEACIÓN COMO EJE DEL PROCESO CONTRACTUAL DE LAS
EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.**

ALUMNO: JOSÉ ÁNGEL MENDIETA GUERRERO

CÓDIGO: 3000756

DOCENTE: JOHN HARVEY PINZÓN NAVARRETE

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

2018

A Claudia, Laura y David por su infinita colaboración y apoyo sin los cuales no hubiese sido posible emprender esta tarea.

**Título: El Principio Planeación como eje del proceso contractual de las Empresas
Industriales y Comerciales del Estado.**

Datos del Estudiante:

Nombre: José Ángel Mendieta Guerrero

Código: 3000756

Trabajo de Grado

Maestría en Derecho Administrativo

Universidad Militar Nueva Granada

Dr. John Harvey Pinzón Navarrete

Docente

RESUMEN

Las empresas industriales y comerciales del Estado cuando estén en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, constituyen una excepción a la aplicación del Estatuto General de Contratación y en tal evento, deben dar aplicación a sus normas internas y a los principios que orientan la función administrativa, la gestión fiscal, al deber de selección objetiva. Aun cuando no se indica explícitamente en las normas contractuales, el principio de Planeación es el eje fundamental de la gestión institucional para llevar a cabo sin contratiempos los objetivos institucionales encomendados a las entidades del Estado, las cuales habitualmente los realizan con el apoyo de contratistas públicos o privados. Se ha evidenciado que cuando falla la planeación por lo general fracasan los proyectos y ello tiene una afectación directa en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. En este contexto, a través de un estudio documental normativo y jurisprudencial con enfoque cualitativo, se pretende establecer si las empresas industriales y comerciales del Estado (en adelante EICE) cumplen el principio de Planeación, así como los fines del Estado.

ABSTRACT

The industrial and commercial enterprises of the State when they are in competition with the private sector and / or public, national or international or in regulated markets, constitute an exception to the application of the General Contracting Statute and in such event, they must be applied to its norms internal and the principles that guide the administrative function, fiscal management, the duty of objective selection. Even when not explicitly stated in the contractual

regulations, the planning principle is the fundamental axis of institutional management to carry out setbacks to the institutional purposes entrusted to State entities, which are usually carried out with the support of contractors public or private. It has been shown that at the time of planning, in general, failed projects have a direct infraction in compliance with the essential fines of the State. In this context, through a normative and jurisprudential documentary study with a qualitative approach, we want to establish whether the State's industrial and commercial companies (hereinafter EICE) comply with the Planning principle, as well the State's objectives.

PALABRAS CLAVE.

- Regímenes especiales de contratación
- Contratos estatales con régimen privado.
- Excepciones a la contratación pública.
- El principio de Planeación en la contratación estatal
- Contratación estatal
- Régimen contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado.

KEYWORDS

- Special hiring regimes
- State contracts with private regime.
- Exceptions to public procurement.
- The principle of planning in state contracting

- Public contract
- Contractual regime of the industrial and commercial companies of the State.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION

TITULO I.

DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO - EICE.

CAPITULO I

Régimen normativo y contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado - EICE.

1.1. Definición

1.2. Creación

1.3. Regulación

CAPITULO II

1. Razón de ser de las empresas industriales y comerciales del Estado objeto de estudio

1.1. Servicios Postales Nacionales S.A. SPN-472

1.2. INDUMIL

1.3. RTVC

1.4. TELECARIBE

1.5. TV ANDINA

1.6. COLJUEGOS

1.7. FONADE

1.8. Fondo Nacional del Ahorro FNA.

1.9. Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía

- 1.10. Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.
- 1.11. Imprenta Nacional de Colombia

TITULO II

PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN GENERAL Y PRINCIPIOS APLICABLES A LAS EICE

CAPITULO I

- 1. Identificación de los principios aplicables a la contratación estatal en general
 - 1.1 Definición.
 - 1.2 Función de los principios.
 - 1.3 Principios aplicables a la contratación estatal en general y aplicables a las EICE.

CAPÍTULO II

- 1. Aplicación de los principios de la Función Administrativa por parte de las EICE.
- 2. Aplicación de los principios de la Gestión Fiscal por parte de las EICE.
- 3. Aplicación otros principios por parte de las EICE, adicionales a los previstos en los art. 209 y 267 de la Constitución Política.
 - a. Principios generales del derecho.
 - b. Principios del derecho administrativo.
 - c. Selección objetiva.
 - d. Ecuación Contractual.
 - e. Principios de la interpretación de las reglas contractuales.
 - f. Aplicación de las reglas que orientan la conducta de los servidores públicos.

TITULO III

EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LAS EICE Y RELACIÓN ENTRE ÉSTE Y LOS FINES DEL ESTADO.

CAPITULO I

1. El principio de planeación en las EICE.
 - a. Concepto de Planeación.
 - b. La Planeación como proceso.
 - c. La Planeación en el ordenamiento jurídico colombiano.
 - i. La Planeación contractual
 - ii. La Planeación presupuestal en aspectos contractuales.
 - d. Medios de planeación en las EICE.
 - e. Relación entre la planeación y los principios de la función administrativa.
2. Documentos que sirven de sustento para afirmar que las EICE en competencia, posiblemente no estén cumpliendo con el principio de Planeación en su doble dimensión, formal y material.
 - 2.1 Industrias Militares – INDUMIL
 - 2.2 Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE

CAPITULO II

1. Efectos de la mala planeación o falta de planeación en las EICE.
2. Relación existente entre la falta de planeación y la afectación de los fines del Estado.

CONCLUSIONES

REFERENCIAS

INTRODUCCIÓN

Atendiendo a razones de orden técnico, estratégico, o de seguridad nacional, estar actuando en competencia con los particulares o cuando entidades sin ánimo de lucro desarrollan actividades de interés público o social que le corresponden al Estado, en el ordenamiento jurídico colombiano, el legislador ha establecido regímenes de excepción a la aplicación del Estatuto General de Contratación, permitiendo a algunas entidades utilizar normas comerciales y civiles que regulan las relaciones entre particulares.

Uno de los retos más importantes para este tipo de entidades es lograr eficiencia en la gestión y los resultados que se le han encomendado en su objeto misional y para tal efecto, a algunas entidades como las empresas industriales y comerciales del Estado – EICE, en adelante las EICE se les faculta en la mayoría de los casos a que cada entidad configure su propio reglamento contractual, sujeto a los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, cuyo papel fundamental consiste en expresar de manera inmediata aunque no desarrollada la derivación normativa de valores jurídicos, aspectos sumamente generales y su contenido normativo es tan evidente en su justificación como inconcreto en su aplicación.

Facultar a las empresas industriales y comerciales del Estado que actúan en competencia con personas del sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados a configurar su propio reglamento contractual, implica para ellas la responsabilidad de auto determinar sus actividades con arreglo a los principios constitucionales establecidos en los

artículos 209 y 267 (Const. 1991), ya que como lo indica Mejía Mejía (2017, p. 328), los principios y las reglas como normas jurídicas que son, establecen un deber ser y tienen un valor frente al derecho, forman parte del ordenamiento jurídico y su violación puede ser sancionada. Esto en tanto la estructura del proceso contractual está controlada por el cumplimiento de una serie de principios que orientan y moldean el quehacer de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado para el cumplimiento de los fines asignados en su norma de creación.

Estos principios a los que se deben ajustar tales empresas son tomados del ordenamiento jurídico constitucional y de algunas normas del estatuto general de contratación y otras de los códigos de Comercio y Civil y aunque en dichos principios no se enlista de manera explícita el principio de planeación, éste constituye el eje del proceso, sin el cual, no es posible lograr éxito en la gestión contractual de tales empresas.

Frente al concepto de principios, afirma Suárez Tamayo (2010, p.57) son estándares generales de obligatorio cumplimiento por ser al mismo tiempo exigencia de un deber moral y presupuesto fundante de la organización estatal. Guían al intérprete en la tarea de hallar y aplicar el derecho pese a que no aseguran una interpretación unívoca. Por su parte los valores o fines últimos son aspiraciones, deseos o intereses de una comunidad específica en un momento determinado de su historia, tal como sucede con el Preámbulo y el artículo 2° de nuestra Constitución Política ilustrando buena parte de la faceta programática, al referirse a la convivencia, seguridad, conocimiento, desarrollo socio económico, equilibrio ambiental.

De esta forma, cuando se exige a las empresas industriales y comerciales del Estado aplicar los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, debe entenderse que éstos son los fundamentadores de los reglamentos internos de contratación, orientan las disposiciones insertándose su sustancia moral y política, facilitando la positivización del derecho natural. Los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal así considerados, inspiran las normas reguladoras de la contratación que adelanten tales entidades y están llamados a cumplir una triple y peculiar función: informadora, interpretadora, y supletoria de la Ley de la costumbre.

Pero conforme lo indican la Procuraduría, Veeduría y Contraloría (Circular conjunta N° 034 de 2011), se debe tener presente que a la contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado no sólo le son aplicables los principios de la función pública, porque la Constitución Política incluye otros principios fundantes del ordenamiento legal y orientadores del comportamiento, tanto de las autoridades públicas, como de los particulares. Estos principios son igualmente derroteros de la función administrativa, porque privilegian el respeto y la garantía de los derechos humanos y la vida armónica en comunidad.

En el ordenamiento jurídico se identifican principios generales del Derecho Administrativo como la prevalencia del interés general o interés público o social, supremacía y jerarquía de la Constitución y obligación política de obedecerla, de legalidad, de control jurisdiccional de constitucionalidad, de legalidad de los actos de la Administración, de responsabilidad jurídica, de

igualdad ante la ley y ante las cargas públicas, de imparcialidad, que son aplicables a los regímenes especiales de contratación estatal. Cosculluela Montaner (2010, p. 136).

En este orden, uno de los principios fundamentales de la contratación estatal en general y de los procedimientos contractuales que llevan a cabo las EICE es el de Planeación como principio y como proceso, implícitos de suyo en la contratación para lograr éxito en la gestión institucional, de hecho, entre los principales problemas que se evidencian en la gestión de estas empresas está la falta de planeación rigurosa, de la cual se derivan dificultades para el incumplimiento de los fines estatales, de lo que se deduce la posible relación entre la falta de planeación y la afectación de los fines del Estado.

Como quiera que el principio de planeación es uno de aquellos aplicables a la contratación estatal en general y que las EICE que actúan en competencia con el sector privado o cuando ejecutan contratos administrativos propios de su actividad están exentas de este régimen, **¿en verdad están eximidas de aplicar este principio aun cuando es componente fundamental de otros principios de la función administrativa a los que sí están obligadas?**

Para solucionar este interrogante, partimos de la base que el principio de Planeación es considerado fundamentalmente de la contratación estatal en general, y toda vez que las EICE en competencia con particulares o cuando ejecutan contratos administrativos propios de su objeto están exentas de dicho régimen, pareciera que hubiera habilitación legal para no aplicarlo. No obstante, en toda contratación, así se trate de entidades públicas exentas del estatuto general de

contratación, se debe observar este principio, porque éste, es el eje o componente fundamental de otros principios de la función pública a los que sí están obligadas.

Así las cosas, observando la estructura del Estado Colombiano en el orden nacional encontramos once (11) empresas industriales y comerciales del Estado (Función Pública, 2016) de las cuales tomamos como punto de análisis dos (2), a efectos de establecer el cumplimiento del principio de planeación por parte de las EICE y los efectos frente a los fines del Estado, se desarrollarán los siguientes objetivos específicos: i. Indicar su régimen normativo y contractual; ii. Realizar la identificación de los principios aplicables a la contratación estatal en general y entre ellos los aplicables a las EICE, haciendo énfasis especial en el principio de Planeación; iii. Determinar si las EICE objeto de estudio cumplen con el principio de planeación y demostrar la relación existente entre la falta de planeación y la afectación de los fines del Estado.

Para el desarrollo del presente trabajo se parte de la siguiente hipótesis: La planeación como principio tiene una doble dimensión: por un lado, como principio de la contratación estatal en general (formal y material), al cual no están obligadas las EICE cuando actúan en competencia con particulares o en ejecución de contratos interadministrativos propios de su objeto. Pero, por el otro, es un principio esencialmente material, ya que es el soporte o núcleo de otros principios que sí deben cumplir y que de ser desconocido puede afectar directamente otros principios e incluso los fines del Estado.

Para lograr los objetivos antes planteados se adelantó un estudio documental normativo con enfoque cualitativo, el cual permite responder a las inquietudes inmersas en los objetivos

específicos, teniendo como puntos de referencia en el objeto de análisis las empresas industriales y comerciales del Estado y el Principio de Planeación Contractual.

TITULO I

DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO - EICE.

A manera de contexto en el que se mueven las empresas industriales y comerciales del Estado - EICE, advertimos que antes de la Constitución de 1991, el modelo económico que imperaba reconocía derechos, principios y valores de los ciudadanos, determinado por el énfasis proteccionista y un sistema monetario de fomento basado en una alta participación del Estado en la industria del País, un gasto social moderado, pero igualmente una tributación baja, con un banco central administrado por el presidente de la república (Const. 1886, art. 120, 17) encargado de dosificar el crédito y la inflación.

El modelo constitucional adoptado por el constituyente de 1991, reconoce derechos, principios y valores de los ciudadanos y establece un orden social a ser realizado, indicando que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, otorgándole amplias facultades para intervenir en la economía y diseñar las políticas económicas, orientadas a satisfacer los derechos sociales, con una banca central independiente encargada del manejo de la estabilización cambiaria y monetaria, (Const. 1991, art. 372) lo que muestra de alguna manera un modelo económico abierto valorativo y normativo, que permite de manera libre hacer uso de múltiples alternativas

para atender el interés general, delimitado por el conjunto de derechos individuales y sociales, como lo ha reconocido la Corte Constitucional (Sentencia C-040 de 1993).

Estas limitaciones para definir las políticas económicas se convierten en restricciones normativas, a las cuales se tienen que sujetar los poderes del Estado, quienes en todo momento deben ajustarse a la norma superior para no romper el principio de legalidad y lo más importante, no afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales reconocidos, incluso ante situaciones que contrasten con la sostenibilidad fiscal (Const. 1991, art. 334) y para hacer este control encargó de la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución a la Corte Constitucional (Const. 1991, art. 241).

En la Constitución de 1991 se fortaleció la libertad económica y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, lo que se enmarca en la corriente político económica denominada neoliberalismo (art. 88 y 333 CP) y por otra parte se incluye el concepto de Estado social de derecho y los principios de solidaridad, redistribución de ingresos y participación en el control de los servicios públicos, (art. 1, 367 de la CP), con los cuales se buscan en concepto de Berrocal (2016), matizar o atenuar los desequilibrios o situaciones de desigualdad que las leyes del mercado o del liberalismo económico pueden generar.

Es así que la intervención del Estado en la economía se ha visto de distintas maneras, bien, directamente en la producción de bienes y servicios con empresas industriales y comerciales, o ante la tendencia de reducir el tamaño del Estado bajo el principio de eficiencia, permitiendo el

ejercicio de función administrativa o prestación de servicios públicos por parte de particulares (Const. 1991, art. 48, 49, 210, 267, 269, 355, 365 y 370)

Efecto de lo anterior implica el cambio de régimen legal aplicable a las entidades públicas que actúan como particulares, que en estos casos, mejor se adecuan al derecho privado, que dicho sea de paso ha generado un proceso denominado “*Huida del derecho administrativo*”, caracterizado por la tendencia a utilizar las normas del derecho privado para regular aspectos o campos que nacieron como propios del derecho administrativo o dejando una mezcla de regímenes a los cuales se deben someter las EICE para el cumplimiento de sus funciones. Así, las EICE que antes tenían relaciones legales y reglamentarias con sus trabajadores, al estar en competencia con particulares, han pasado a ser de derecho privado y como efecto, algunos actos unilaterales de estas entidades como la adopción de pliegos de condiciones para procesos de selección y los actos de adjudicación de contratos, siendo regularmente de derecho público, son sustituidos por actos privados.

En este marco se mueven las empresas industriales y comerciales del Estado – EICE, sociedades de economía mixta, empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, entidades financieras de carácter estatal, entidades estatales que prestan servicios de telecomunicaciones, entre otras, en los que el Estado actúa en competencia con personas del sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados para prestar los servicios propios de su objeto y finalidades, para las cuales el legislador ha flexibilizado la aplicación del Estatuto General de Contratación, permitiendo a dichas entidades aplicar reglas del derecho privado y principios de derecho público.

La aplicación del régimen privado se justifica, en aras de lograr agilidad en los trámites, facilidad en la selección de sus contratistas, en los que puede sacrificar costos por oportunidad de negocio o aplicar estrategias de negociación y de competitividad propios de intereses particulares, cuya principal motivación es el afán de lucro, como lo indica el profesor Libardo Rodríguez (2011, p.131) a pesar de ser entidades estatales, ejercen funciones propias de los particulares y por tanto se ha querido que se sometan al derecho privado para que puedan actuar como éstos, en interés particular, lo que contrasta abiertamente el cumplimiento de los fines del Estado, que no es otro que el interés general.

En el cumplimiento de los deberes funcionales, las EICE deben aplicar los principios orientadores de la función administrativa y de la gestión fiscal en la ejecución de sus proyectos sean nacionales o sectoriales a mediano o largo plazo según resulte del diagnóstico general de la economía y las estrategias y políticas en materia económica, social y ambiental las cuales guían la acción del Gobierno para alcanzar los objetivos y metas que se hayan definido, y éstas a su vez, están asociadas a la suscripción y ejecución de contratos dependiendo del plan de inversiones de las entidades públicas según los recursos disponibles para cada caso.

Así las cosas, la manera en que se realiza la planeación y ejecución de proyectos de las EICE está íntimamente relacionada con en el principio de autonomía de la voluntad en materia de contratación estatal y al grado de discrecionalidad que al efecto tienen estas organizaciones, sobre las cuales versa el análisis normativo y jurisprudencial con enfoque cualitativo del presente trabajo,

con el fin de establecer el cumplimiento del principio de planeación por parte de las EICE y los efectos frente a los fines del Estado.

Exceptuadas las EICE de la aplicación del Estatuto General de Contratación, se les permitió el uso de normas comerciales y civiles para lograr mayor libertad de configuración de sus procesos contractuales, agilidad, eficiencia y eficacia en el cumplimiento de sus objetivos institucionales, eso sí, obligándolas al cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que orientan la función administrativa y de eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales que direccionan la gestión fiscal consagrados constitucionalmente y sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal en general; y fundamentalmente, aunque la norma contractual no mencione específicamente el principio de Planeación, es considerado de obligatorio cumplimiento.

Bajo ese panorama, con el fin de establecer el cumplimiento del principio de Planeación por parte de las EICE y los efectos frente a los fines del Estado, a continuación se desarrollarán en tres (3) títulos, el régimen normativo y contractual de las EICE, la identificación de los principios aplicables a la contratación estatal en general y entre ellos los aplicables a las EICE, haciendo énfasis especial en el principio de Planeación y determinar si las empresas objeto de estudio cumplen con el principio de planeación y demostrar la relación existente entre la falta de planeación y la afectación de los fines del Estado.

CAPITULO I

Régimen normativo y contractual de las empresas industriales y comerciales del Estado - EICE.

1.1 Definición. Las EICE, son organismos creados por la ley 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 EICE podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal.

1.2 Creación. Las EICE podrán ser creadas por ley o con autorización de la misma y estarán vinculadas a los ministerios o departamentos administrativos, conforme lo indican los art. 49 y 50 de la Ley 489 de 1998.

A nivel nacional encontramos activas las siguientes EICE:

Fig. N° 1. Fuente. Función Pública, datos abiertos.

EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO - DEL ORDEN NACIONAL				
N°	NOMBRE	SECTOR AL QUE PERTENECE	RAMA	DOMICILIO
1	Servicios Postales Nacionales S.A.	Tecnologías de la Información y las Comunicaciones	Ejecutiva	Bogotá
2	Sociedad Radio Televisión Nacional de Colombia	Tecnologías de la Información y las Comunicaciones	Ejecutiva	Bogotá
3	Administradora del Monopolio Rentístico de Juegos de Surte y Asar -COLJUEGOS	Hacienda y Crédito Público	Ejecutiva	Bogotá
4	Industria Militar - INDUMIL	Defensa	Ejecutiva	Bogotá
5	Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía	Defensa	Ejecutiva	Bogotá
6	Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.	Trabajo	Ejecutiva	Bogotá
7	Fondo Nacional del Ahorro - FNA.	Vivienda Ciudad y Territorio	Ejecutiva	Bogotá
8	Canal Regional de Televisión del Caribe Ltada. - TELECARIBE.	No aplica	Entes Autónomos	Puerto Colombia Atlántico
9	Imprenta Nacional de Colombia	Interior	Ejecutiva	Bogotá
10	Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE	Planeación	Ejecutiva	Bogotá
11	Canal Regional de Televisión T.V. Andina Ltda.	Tecnologías de la Información y las Comunicaciones	Ejecutiva	Bogotá

1.3 Regulación. Conforme con lo dispuesto en el art. 85 de la Ley 489 de 1998, las siguientes reglas de la Ley 142 de 1994, le son aplicables en lo pertinente a las EICE:

- La duración podrá ser indefinida. (Ley 142 de 1994, art. 19.2)
- Los aumentos del capital autorizado podrán disponerse por decisión de la Junta Directiva. (Ley 142 de 1994, art. 19.4)
- Al constituir la EICE, los socios de la misma acordarán libremente la parte del capital autorizado que se suscribe. (Ley 142 de 1994, art. 19.5)
- Serán libres la determinación de la parte del valor de las acciones que deba pagarse en el momento de la suscripción, y la del plazo para el pago de la parte que salga a deberse.

Pero la empresa informará, siempre, en sus estados financieros, qué parte de su capital ha sido pagado y cual no. (Ley 142 de 1994, art. 19.6)

- La EICE se disolverá por vencimiento del plazo acordado de duración, por imposibilidad de desarrollar su objeto social, por reducción modificación del número de socios autorizado en la ley, por declaración de quiebra, por las razones previstas en el contrato de sociedad, por decisión de los socios, por decisión de autoridad competente prevista en las leyes, por las demás causales previstas en la Ley o cuando las perdidas reduzcan el patrimonio por debajo del 50% del capital suscrito, según lo indica el art. 457 del Código de Comercio.
- A los bienes, actos y contratos que versen sobre los mismos les es aplicable el Control Fiscal. (Ley 142 de 1994, art. 27.4).
- La autonomía administrativa y financiera de las EICE se ejerce conforme a la ley o norma que las creó o autorizó y a sus estatutos internos. (Ley 489 de 1998, art. 86)
- Privilegios y prerrogativas. Las EICE, que por razón de su objeto compitan con empresas privadas, no podrán ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas otorgadas por la Constitución o la Ley a las entidades públicas. (Ley 489 de 1998, art. 87).
- La dirección y administración de las EICE está a cargo de una Junta Directiva y de un Gerente o Presidente. (Ley 142 de 1994, art. 88).

- La integración de las juntas directivas de las EICE, la calidad y los deberes de sus miembros, su remuneración y el régimen de sus inhabilidades e incompatibilidades se rigen por las disposiciones aplicables a los establecimientos públicos conforme a la Ley 489 de 1998 (art. 89.)
- Además, los delegados de organizaciones privadas en las juntas directivas de las empresas no podrán ostentar cargos de dirección en empresas privadas que desarrollen actividades similares a las de las empresas ante la cual actúan y en todo caso deberán declararse impedidos cuando ocurran conflictos de intereses.

De la relación de EICE arriba listadas, podemos encontrar que a excepción de la Corporación Abastos de Bogotá S.A., Industria Militar – Indumil, Administradora del Monopolio Rentístico de Juegos de Surte y Asar, Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, la mayoría compiten con los particulares para la prestación de servicios al Estado, caso en el cual se rigen por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la ley 1150 de 2007, es decir que en todo caso deben dar aplicación a los principios orientadores de la función administrativa y la gestión fiscal previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política (Const. 1991) y se rigen por las normas Comerciales y Civiles pertinentes.

De esta forma, a través de la regulación normativa se ha dispuesto que en los contratos que se ejecutan las EICE con recursos públicos, la autonomía de la voluntad como fuente tradicional de los contratos en el enfoque liberal individualista, ha sido moderada por el Estado legislador, desde una perspectiva ética y política, queriendo conciliar los intereses particulares cuya

principal motivación es el afán de lucro, con el interés general que cumplen las EICE que no es otro que el cumplimiento de los fines del Estado debiendo estar soportados en los principios de la administración pública como parámetros de actuación de la función pública que constituyen el núcleo axiológico de la filosofía del Estado social de Derecho, siendo ésta una modalidad de gestión pública, conforme se desprende de la aplicación del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Una manifestación de la situación antes planteada es palpable en la contratación que realizan las EICE que no se encuentren en situación de competencia, las cuales 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. Cuando están en competencia con particulares se rigen por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, según lo dispone el Decreto 1082 de 2015, art. 2.2.1.2.1.2.24.

Indica la norma contractual general que *“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; serán objeto de selección abreviada”*, (Ley 1150 de 2007, art. 2 núm. 2 literal g).

Así mismo, según lo dispuesto por el legislador la entidad ejecutora pública no estará sujeta al estatuto general de contratación cuando desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad en los demás eventos sí. (Ley 1474 de 2011, art. 95).

Dicho de otra manera, las EICE se someten al estatuto general de contratación excepto en los siguientes casos:

- Cuando desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados.
- Para la suscripción y ejecución de contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990.
- Cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad, es decir que se trate del desarrollo de su objeto social.

Cuando las EICE quedan exceptuadas del estatuto general contractual se ven sometidas tanto a reglas de derecho privado como a reglas y principios de derecho público, exigiendo cierto cuidado al operador jurídico a la hora de definir el derecho a aplicar frente a ciertas facultades como los siguientes, tal como lo afirma Magdalena Grueso, (2014, p. 193-194): i. la posibilidad o no de establecer cláusulas excepcionales en los contratos, condición propia de los contratos estatales, pero ajena a los contratos privados. ii. el régimen laboral de las personas vinculadas contractualmente con las entidades de régimen especial y, por ende, la aplicabilidad o no del régimen disciplinario para ellas; y, iii, la aplicabilidad del principio de austeridad en el gasto para

las empresas estatales de régimen privado, a fin de conocer si este límite les es aplicable, con las consecuencias que de ello se derivan.

Tales aspectos han sido decantados jurisprudencialmente, precisando que el régimen especial de contratación que les aplica a las EICE en general contienen prerrogativas especiales y que a diferencia de las entidades privadas, por ejemplo, éstas en sus relaciones contractuales pueden dar aplicación de manera directa a la cláusula penal y a las multas sin tener que acudir al juez del contrato, siempre que así se haya pactado en el contrato (Consejo de Estado, Sentencia 56.562, 2017) y cuando haga uso de las facultades convencionalmente establecidas para ejercer la cláusula penal, multar al contratista o hacer efectivas las garantías constituidas para el cumplimiento del contrato, tendrá que ajustarse a las formalidades allí pactadas y, por supuesto, a las normas de orden público y buenas costumbres, so pena de incurrir en un incumplimiento contractual que conllevará a la indemnización de los perjuicios causados al contratista.

Por su parte, las EICE que por razón de su objeto compiten con empresas privadas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley 489 de 1998, no pueden ejercer aquellas prerrogativas y privilegios que impliquen menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia frente a las empresas privadas.

En esta caso, la ley no les faculta para ejercer prerrogativas y privilegios que tienen las entidades públicas respecto de los particulares, pero les ha autorizado para ejercer plena facultad contractual, al amparo de las normas comerciales y civiles pertinentes, demarcadas por los

principios orientadores de la función administrativa y de la gestión fiscal, además de otros principios de rango constitucional y legal, como más adelante se ampliará.

CAPITULO II

2. Razón de ser de las empresas industriales y comerciales del Estado objeto de Estudio

Todas las EICE relacionados en la figura N° 1, han sido constituidas para el cumplimiento de los fines estatales consagrados en el artículo 2° constitucional (Const. 1991, art. 2), conforme a continuación se describe en el quehacer de cada una de ellas, sin embargo en el desarrollo del presente trabajo verificaremos si tal finalidad efectivamente se cumple acorde con los principios orientadores de la función administrativa y de control fiscal, con particular énfasis en el principio de planeación.

2.1. Servicios Postales Nacionales S.A., cumple con el propósito del Estado de garantizar a todos los habitantes de un territorio nacional en todo momento, en cualquier lugar y a un valor asequible, del conjunto de servicios postales básicos mínimos de calidad disponibles, como enviar y recibir mercaderías y mensajes desde y hacia cualquier parte del mundo englobados en el concepto de Servicio Postal Universal SPU contenido en la

Resolución C 103 de 1999 aprobada por la XXII Congreso de la Unión Postal Universal (UPU) realizado en Pekín (China) en 1999. (Wikipedia. 2015).

2.2. INDUMIL. En otros frentes de acción estatal, para asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado, y en particular de la Fuerza Pública por mandato constitucional (Const.1991, art. 22A) se identifica la necesidad de tener una empresa Industrial y Comercial del Estado, para el desarrollo de la Industria Militar, encargada de fabricar y comercializar armas, municiones, explosivos y accesorios de voladuras. Atiende las necesidades de sectores claves para el país y su economía como la defensa, la seguridad, la minería, la infraestructura vial y la construcción.

En especial, Indumil vende explosivos a las carboneras a cielo abierto, como Drummond, Cerrejón, Caipa en las cuales tiene plantas dentro de sus minas y no solo les vende explosivos, sino que hace parte de todo el proceso.

2.3. Radio Televisión Nacional de Colombia - RTVC. De acuerdo a lo establecido en la escritura pública de creación número 3.138 del 28 de octubre de 2004, es una sociedad entre entidades públicas indirecta, cuyo objeto social está definido por la prestación de servicios de preproducción, producción, post producción y emisión y transmisión de la radio y televisión públicas nacionales. La radio y televisión pública es una herramienta de información y de educación, accesible a todos y que se dirige a todos,

independientemente de la condición social o económica de unos y otros. Su mandato no se limita a la información y al desarrollo cultural; también ha de alimentar la imaginación y divertir, pero con una preocupación por la calidad que debe distinguirla del servicio audiovisual comercial.

Conforme con la UNESCO (2001), *“ni comercial ni estatal, la radio y televisión pública tiene su única razón de ser en el servicio público. Es la radio y televisión del público; se dirige a cada uno en calidad de ciudadano. Fomenta el acceso a la vida pública y la participación en ella. Desarrolla los conocimientos, amplía los horizontes y permite que cada uno se comprenda mejor al comprender al mundo y a los demás”*.

Esta es la razón de ser de la radio y la televisión públicas a la cuales está dirigido el objeto de RTVC.

2.4. Canal Regional de Televisión del Caribe – Telecaribe. Estuvo conformado inicialmente con recursos del extinto INRAVISIÓN, conformada por aportes de Inravisión, el Fondo para la Educación Superior y el Deporte del Atlántico – Fesord, la Universidad de Cartagena, el Instituto de Cultura y Turismo del Cesar, el Instituto de Desarrollo de Córdoba, la Corporación de Turismo de la Guajira, Instituto de Cultura del Magdalena y el Instituto para el Desarrollo de Sucre – IDES, quienes acordaron en Escritura Pública N° 875 de abril 28 de 1986 de la Notaría Única de Valledupar, crear esta sociedad con la finalidad de prestar el servicio público regional de televisión, mediante la administración, programación y operación de un canal o cadena regional de televisión, en el marco de la estrategia de formar, informar y recrear, contribuyendo al

desarrollo integral del ser humano y a la consolidación de la democracia, la cohesión social, la paz interior y exterior y la cooperación internacional, cuyos estatutos fueron aprobados por el Decreto 3641 de 1986.

2.5. Sociedad Canal Regional de Televisión Teveandina Ltda. - Canal 13. Creada en el año de 1998, con aportes iniciales de los departamentos de Boyacá, Tolima y Huila y el apoyo de Telecom, con el propósito de prestar el servicio público regional de televisión en la región suroriental del país, a los cuales se unieron posteriormente 10 departamentos más. Inicialmente operaba con emisión y venta de espacios. Luego identificó un nicho de mercado - los jóvenes, desatendido por otros canales nacionales y cambio su nombre a Canal Trece con una programación juvenil produciendo contenidos y comercializando el Canal como una alternativa para jóvenes con programas culturales y edu-entretenidos de alta calidad.

A partir del año 2011, disminuyó los videoclips y aumentó la parrilla de programación sobre la base de la música complementada con temáticas como la moda, los deportes, el incentivo y apropiación de tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otros. Así mismo, adquirió un centro de emisión, producción, postproducción para la transmisión de contenidos en alta resolución a partir del año 2015.

2.6. COLJUEGOS. Igualmente, la actividad económica objeto de un monopolio ha sido reservada por voluntad del constituyente al Estado, según lo regulado en el art. 336 de la Constitución Política, en el que se dispuso que *“ningún monopolio podrá establecerse*

sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley”. Dicha actividad puede ser desarrollada directamente por el Estado o a través de los particulares, mediante el otorgamiento de una autorización o la celebración de un contrato de concesión y a cambio de una contraprestación. Es así que con el art. 1º de la Ley 643 de 2001, por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar, definido como *“la facultad exclusiva del Estado para explotar, organizar, administrar, operar, controlar, fiscalizar, regular y vigilar todas las modalidades de juegos de suerte y azar, y para establecer las condiciones en las cuales los particulares pueden operarlos, facultad que siempre se debe ejercer como actividad que debe respetar el interés público y social y con fines de arbitrio rentístico a favor de los servicios de salud, incluidos sus costos prestacionales y la investigación”*. Con esta finalidad se constituye COLJUEGOS - EICE Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar, 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, cuyo objeto es la explotación, administración, operación y expedición de reglamentos de los juegos que hagan parte del monopolio rentístico sobre los juegos de suerte y azar que por disposición legal no sean atribuidos a otra entidad.

En otro sector de la economía, tenemos el Fondo Nacional del Ahorro, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE y la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, de los cuales a continuación se hace una breve reseña, así:

2.7. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE, es una EICE, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, creado por el Decreto con fuerza de ley N° 3068 16 de diciembre 1968 dictado por el Presidente Carlos Lleras Restrepo en ejercicio de las facultades especiales conferidas por la Ley 65 de 1967, con la finalidad de impulsar las obras que transformarían al país. Su objeto principal es ser agente en el ciclo de proyectos de desarrollo mediante la financiación y administración de estudios, y la coordinación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo.

El ciclo de proyectos de FONADE, consiste en la preparación, ejecución y evaluación de proyectos. (Decreto 2606 de 1998).

Dentro de las principales líneas de acción de FONADE están las de:

- Promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales e internacionales.
- Realizar operaciones de crédito externo o interno con sujeción a las normas legales vigentes.
- Realizar operaciones de financiamiento no reembolsable con recursos del presupuesto nacional o con utilidades líquidas asignadas a la entidad sin deteriorar su patrimonio en términos reales.

FONADE como entidad financiera de carácter estatal, no está sujeta a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se rige por las disposiciones legales y reglamentarias.

Aun cuando las líneas de acción están definidas para aportar a la realización de los fines del Estado, esta institución merece una crítica importante ya que con la primera de sus líneas de negocio, dejó de ser medio eficaz para el logro de los fines estatales y se convirtió en un mecanismo para evadir el deber de planeación contractual y ser un receptor indiscriminado de recursos de muchas entidades públicas para evadir el principio planeación presupuestal y de anualidad, convirtiéndose en un fortín burocrático y en un paquidermo para la ejecución de proyectos. En este punto volveremos más adelante al abordar la aplicación del principio de Planeación.

2.8. Fondo Nacional del Ahorro FNA: Esta entidad creada por el expresidente Carlos Lleras Restrepo en 1968, surgió con la finalidad de lograr el pago oportuno del auxilio de cesantía para los trabajadores al servicio del Estado; que los trabajadores se beneficiaran con intereses producto de la expectativa del auxilio de cesantía que se genera año tras año y obtener una contribución positiva a la solución del problema de vivienda de los trabajadores oficiales y la de captar, encauzar ahorros hacia determinadas actividades que elevan la producción nacional y que aumentan los niveles de ocupación del país, tal como se visualiza en el Decreto 3118 de 1968, con las modificaciones introducidas por la Ley 432 de 1998.

Con el paso del tiempo, El FNA cuenta con 2'195.038 personas afiliadas, 1'581.691 por Cesantías y 613.347 por Ahorro Voluntario. Desde el lanzamiento de "Ahorra Tu Arriendo ¡Para Todos!", el primero de septiembre de 2017, de 172.316 colombianos interesados en este producto, 9.618 han radicado su solicitud para acceder a vivienda propia y se han aprobado 5.093 por un valor de \$ 652 mil millones y ha consolidado programas como Colombianos en el Exterior, que entró en vigencia desde junio de 2015, ya está presente en 58 países ofreciendo a 3.629 afiliados la posibilidad de hacer realidad su sueño de tener casa propia en Colombia, con lo cual se evidencia que los objetivos propuestos con su creación se han ido consolidando. (www.fna.gov.co, 2018.)

2.9. Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía. EICE de carácter financiero del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito, de naturaleza especial, dotada de personería jurídica autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Defensa Nacional y vigilada por la Superintendencia Financiera, con el objeto facilitar a sus afiliados la adquisición de vivienda propia, mediante la realización o promoción de todas las operaciones del mercado inmobiliario, incluidas las de intermediación, la captación y administración del ahorro de sus afiliados y el desarrollo de las actividades administrativas, técnicas, financieras y crediticias que sean indispensables para el mismo efecto, creada por la Ley 87 de 1947 y reorganizada por los Decretos 3073 de 1968, 2351 de 1971, 2184 de 1984, 2162 de 1992 y actualmente regulada por las Leyes 973 de 2005, 1305 de 2009 y el Decreto 1160 de 2010.

1.10 Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, EICE organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo, con la finalidad de otorgar los derechos y beneficios establecidos por el sistema general de seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, hace parte del Sistema General de Pensiones y tiene por objeto la administración estatal del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las prestaciones especiales que las normas legales le asignen y la administración del Sistema de Ahorro de Beneficios Económicos Periódicos, garantizando los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetando los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumiendo el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo (Acto Legislativo 01 de 2005), en su calidad de entidad financiera de carácter especial.

La gestión de Colpensiones busca garantizar que por ningún motivo se deje de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho, en el marco del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, caracterizado porque los aportes de los afiliados y empleadores y sus rendimientos integran un fondo común de naturaleza pública, mediante el cual se garantiza el pago de las prestaciones a cargo de los recursos de dicho fondo, los gastos administrativos y las reservas, de acuerdo con la ley. (Ley 1151 de 2007, art. 155 y art. 1° del Decreto 4121 de 2011). A dicha entidad también le aplican las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en la reglamentación del acceso y operación del servicio social complementario de beneficios económicos periódicos BEPS se rige por los decretos 604, 1872 y 2983 de 2013.

Conforme con lo anterior, a través de Colpensiones de alguna forma se ha construido un sistema de aseguramiento público para obtener el derecho a una pensión bajo las condiciones establecidas en la ley para tener acceso a ella, ya que, en el régimen privado, en particular para las personas de bajos recursos, aun cuando cumplan con el tiempo de cotización difícilmente logran obtener una pensión digna, esto es no inferior al salario mínimo legal mensual vigente, por todo el resto de su vida.

1.11 Imprenta Nacional de Colombia. En otro Sector encontramos la Imprenta Nacional de Colombia, constituida como EICE vinculada al Ministerio de Justicia, con el objetivo de lograr la edición, impresión, divulgación y comercialización, como garante de la seguridad jurídica, de las normas, documentos, publicaciones, impresos y demás necesidades de comunicación gráfica, de todas las entidades nacionales que integran las ramas del poder público en Colombia, sin limitarse a ellas, lo que le permite prestar sus servicios también a los particulares, o a las entidades territoriales bajo las condiciones y características propias del mercado (Ley 109 de 1994, art. 2°).

Dentro de las principales funciones de esta empresa encontramos: Dirigir e imprimir el "Diario Oficial", publicando los actos administrativos y los contratos de las entidades estatales, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes; Imprimir la Gaceta del Congreso, la Gaceta Judicial, la Gaceta Constitucional, los Anales del Consejo de Estado y demás publicaciones de la rama judicial; Elaborar con eficiencia y calidad los trabajos de impresión contratados con las entidades públicas; Colaborar con el Gobierno Nacional en

lo relacionado con la difusión de los actos y documentos oficiales; Organizar y administrar el archivo de documentos, diarios, gacetas, boletines, folletos y demás publicaciones elaborados en la Imprenta Nacional de Colombia para su posterior consulta e información por parte de la comunidad, entre otros., lo cual constituye su razón de ser y justifica su existencia.

Consistente con el panorama sucintamente esbozado de las EICE antes referidas, no se puede perder de vista la complejidad en la que se mueven las EICE, ni desconocer que son entidades políticas en el sentido que articulan intereses de grupos diversos, de manera que las decisiones referidas a objetivos, políticas y estrategias no operan en el vacío de poder (Etkin, 2014, p. 161.) aunque quieran presentarse como definiciones técnicas o económicas. Los diferentes grupos de interés o *stakeholders* (actores externos que influyen sobre la empresa), pueden estar en conflicto al interior de la organización, o en casos extremos ir en contravía de los fines de la empresa como sucede cuando los administradores atienden a intereses politiqueros o personales que distorsionan los logros de los objetivos institucionales, evidenciando lo anterior, que posiblemente afecten la misión y visión que marcan el quehacer para el cual han sido constituidas, aunque sea necesaria en el cumplimiento de los fines del Estado.

TITULO II

**PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN GENERAL Y PRINCIPIOS
APLICALES A LAS EICE**

En la legislación colombiana las EICE en general deben aplicar en sus relaciones contractuales principios de derecho público, disposiciones especiales y normas comerciales y civiles. Por tal razón, en primera medida, en este acápite determinaremos qué se entiende por principios, reglas y valores aplicables a la contratación estatal en general y se elabora un mapa de principios sobre los cuales se resaltan los explícitamente definidos en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, luego se hacen algunas reflexiones orientadas a mostrar que le son aplicables todos los principios de la contratación estatal en general y finalmente nos centramos en el análisis del cumplimiento del principio de Planeación como elemento fundante del quehacer público.

CAPITULO I

1. Identificación de los principios aplicables a la contratación estatal en general

1.1 Definición. Un principio, como concepto jurídico expresa la inmediata y no desarrollada derivación normativa de valores jurídicos, su presupuesto es sumamente general y su contenido

normativo es tan evidente en su justificación como inconcreto en su aplicación. (Arce y Flórez, 1990, p. 44.).

En el contexto jurídico la denominación de principio, conforme lo expresa el profesor Lisandro Peña, (2017, p. 8) constituye en la fuente de valoración, contenido axiológico o final para la interpretación y análisis de las situaciones particulares, frente a las cuales existe una ausencia directa de reglas para ser comprendida la relación contractual y obligacional de las personas en un negocio jurídico y por tanto es la base del ordenamiento jurídico, al considerarse y tenerse como parte integral y esencial de éste.

1.2 Función de los principios y los valores normativos. Los principios son fundamentadores del ordenamiento jurídico, orientan las disposiciones legales insertándoles su sustancia moral y política, facilitando de esta forma la positivización del derecho natural. Los principios están llamados a cumplir una triple y peculiar función: informadora, interpretadora, y supletoria de la Ley de la costumbre. (Arce y Flórez, 1990 p. 44).

Conforme lo afirma el Dr. Suárez Tamayo (2010, p.57) *“los principios son estándares generales de obligatorio cumplimiento por ser al mismo tiempo exigencia de un deber moral y presupuesto fundante de la organización estatal. Guían al intérprete en la tarea de hallar y aplicar el derecho pese a que no aseguran una interpretación unívoca”*, como es el caso de los artículos 1, 4, 6, 121, 122, 209 de nuestra Constitución, en los que se mencionan el Estado Social de Derecho, legalidad, principios de la función administrativa.

Por su parte, *los valores o fines últimos son aspiraciones, deseos o intereses de una comunidad específica en un momento determinado de su historia. Ilustran buena parte de la faceta programática de una constitución*”, tal como lo podemos visualizar en el preámbulo de la constitución y su artículo 2º al referirse a la convivencia, seguridad, conocimiento, desarrollo socio económico, equilibrio ambiental.

En criterio del Consejo de Estado (Sentencia 24.715, 2007) *“los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales”*.

Los principios desempeñan un papel constitutivo del orden jurídico; las reglas son leyes reforzadas de forma especial. Éstas pueden ser objeto de múltiples interpretaciones, con el juego decisivo que desarrolla la Ciencia del Derecho, y además se obedecen, se acatan. Los principios no suscitan problemas de interpretación, puesto que su formulación es clara, precisa, nítida. No se acatan: se les presta adhesión. Los principios no se interpretan porque sencillamente se da por entendido lo que quieren decir, aunque no sea del todo claro. (Zagrebelsky, G. 2005)

1.3 Principios aplicables a la contratación estatal en general. A la contratación estatal general le son aplicables los principios constitucionales y legales según el marco orientador fundamental definido por el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, el cual establece que *“las actuaciones de*

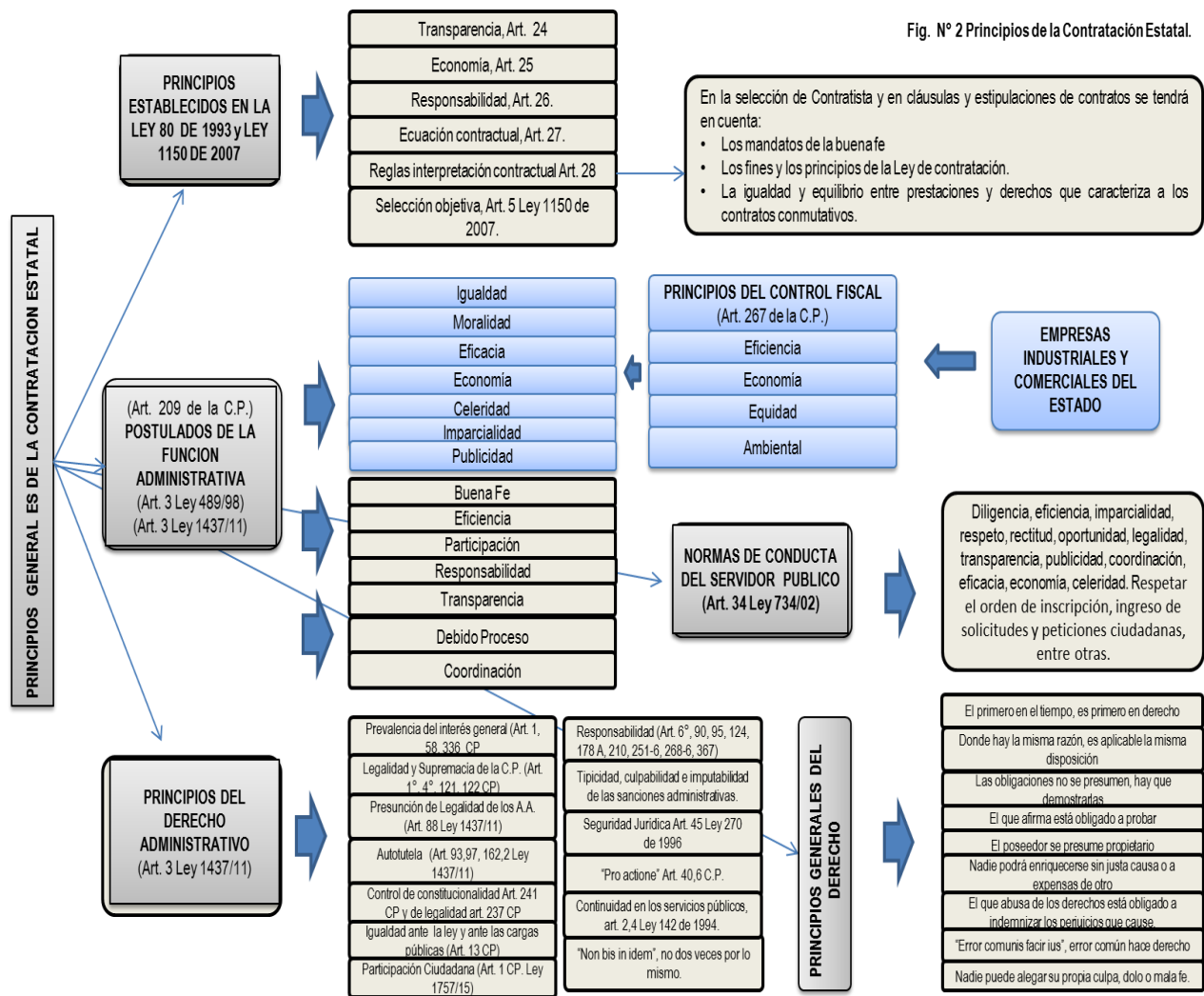
quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa”. Igualmente, indica que “se deben aplicar en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

La disposición antes citada, exige en materia contractual en general, la aplicación de los principios orientadores de la función administrativa consagrados constitucionalmente, los establecidos en las leyes 489 de 1998, 1150 de 2007, 1437 de 2011, 1882 de 2018 y el decreto 1082 de 2015, con la definición y alcance dados en algunos fallos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, con un enfoque propio de la contratación estatal, en tanto los principios establecidos en el ordenamiento constitucional sirven a todas las actividades administrativas del Estado.

Lo anterior se encuentra dentro del quehacer de los servidores públicos que materializan el accionar del Estado, quienes deben tener en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. (Ley 80 de 1993, art. 3°).

En este contexto, para lograr una aproximación a la identificación de los principios aplicables a la contratación estatal en general en el siguiente cuadro se presentan aquellos que están

planteados explícitamente en los artículos 24 a 29 de La Ley 80 de 1993; los definidos en el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011, norma que relaciona el mayor número de principios aplicables a la materia y subsume los previstos en el artículo 209 constitucional que menciona los principios de la función pública, complementados con el artículo 3° de la Ley 489 de 1998, tomamos los demás principios que se manifiestan en varias normas plasmadas en el ordenamiento que regula la actividad contractual, para contrastarlos con los principios que de manera explícita se relacionan en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 referidos a la función administrativa y a la gestión fiscal, como aplicables a los regímenes especiales de contratación pública, resaltados en el siguiente cuadro:



Todos estos principios deben estar al servicio de los intereses generales y deben ser aplicados a través de las distintas técnicas de manejo administrativo como la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones atribuidas a las autoridades.

CAPÍTULO II

4. Aplicación de los principios de la Función Administrativa por parte de las EICE.

Conforme con lo antes indicado podemos afirmar con claridad que los principios orientadores de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política en su enunciación fueron complementados por el artículo 3° de la Ley 489 de 1998. Tales principios están relacionados y definidos en la parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011, la cual, por disposición su art. 2, se aplica a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas y a todos ellos se les da el nombre de autoridades. Igualmente fueron complementados con los principios de Debido Proceso y Coordinación definidos en los numerales 1° y 10 de la citada norma.

Así mismo, en cumplimiento de los fines del 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. (Const. 1991, art. 2.2) De esta forma, no solamente los 7 principios indicados en el art. 209 de la CP, sino los 14 principios identificados en la figura N° 1- Principios de la Contratación Estatal, como Postulados de la Función Administrativa, deben ser aplicables en todas las actividades administrativas del Estado y por expresa disposición legal prevista en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, aun cuando su función sea naturaleza industrial

o comercial y de gestión económica, las EICE en competencia deben aplicarlos sus procesos y trámites contractuales.

Vale la pena resaltar que siguiendo el mapa propuesto en la figura N° 1- Principios de la Contratación Estatal, vemos que de los principios aplicables a la contratación estatal en general establecidos en los artículos 24 a 29 de la Ley 80 de 1993, se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares cuando cumplan funciones administrativas.

Evidentemente las EICE hacen parte de la rama ejecutiva (Const. 1991, art. 115 y Ley 489 de 1998, art. 38 núm. 2, lit. b.) pero tienen una función de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado (Ley 489 de 1998, art. 85) y por tanto en estricto sentido no cumplen función administrativa. El lineamiento de aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal en sus procesos y trámites contractuales, surge por disposición del Congreso de la República que sin desconocer la autonomía ya otorgada en la Ley 489 de 1998 y en las leyes de creación de cada EICE, les asignó de una manera práctica y sencilla en el art. 14 de la Ley 1150 de 2007, la obligación de aplicar estos principios.

As las cosas, la citada norma dispone que las EICE que estén en competencia con particulares, o en desarrollo de sus actividades propias del objeto institucional, están obligadas al cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y

publicidad que orientan la función administrativa y de eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales que direccionan la gestión fiscal consagrados en la Constitución Política en los art. 209 y 267 respectivamente, y sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal en general.

Dichas empresas, al no estar sometidas al Estatuto General de Contratación Pública, en sus procedimientos contractuales pueden aplicar las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, lo que les permite lograr agilidad, eficiencia y eficacia en el cumplimiento de sus objetivos institucionales, conforme a las disposiciones especiales de cada entidad.

5. Aplicación de los principios de la Gestión Fiscal.

Según lo define el artículo 3° de la Ley 610 de 2000, “*se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales*”.

En este sentido, el manejo de recursos públicos en las EICE en competencia y en general en los regímenes de excepción al Estatuto de Contratación involucra el deber de los servidores públicos y los particulares cuando participen en la gestión fiscal, de aplicar tales principios orientadores en su gestión, so pena de incurrir en responsabilidad.

Así, si quienes manejan recursos públicos en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causan por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado, deberán resarcir el perjuicio, debido a que *“la esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.* (Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001).

6. Aplicación otros principios por parte de las empresas industriales y comerciales del Estado, adicionales a los previstos en los art. 209 y 267 de la Constitución Política

Adicional a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, las EICE deben dar aplicación a otros principios como los generales del derecho, los del derecho administrativo, el de ecuación contractual, interpretación de normas de contratación estatal y el de selección objetiva definido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, las reglas de conducta de los servidores públicos, tal como a continuación se pasa a sustentar.

3.1 Principios generales del derecho. A pesar de que por su carácter normativo estos principios no precisan de un reconocimiento a través de normas escritas, existe últimamente una tendencia a su positivación expresa como una forma de garantizar su máxima efectividad, así encontramos varios de ellos en el texto Constitucional (Const. 1991) como norma fundamental que contiene los principios fundamentales que orientan la vida (económica, política, jurídica, social ...) de una nación.

Respecto a la función de los principios generales del derecho conforme lo advierte Enrique Alcalde - 2016, no siempre ha existido una opinión unívoca, así, durante la Ilustración los principios generales aparecían como manifestaciones o concreciones del derecho natural, según la concepción racionalista de aquél. Posteriormente, como reflejos del “*espíritu del pueblo*”; para considerarlos, después, como ideas jurídicas formales que atienden a aspiraciones, deseos o intereses de una comunidad.

El profesor Lorenzo Gardella (1969. p. 132), define a los principios generales del derecho como “*esos principios de justicia universal de donde derivan todas las leyes.*”

De acuerdo con De Pina, (2006, p. 418.), los principios generales del derecho son “*criterios o ideas fundamentales de un sistema jurídico determinado que se presentan en la forma concreta del aforismo y cuya eficacia como norma supletoria de la ley depende del reconocimiento expreso del legislador*” de los cuales podemos citar algunos como los siguientes: El primero en tiempo, es primero en derecho; donde hay la misma razón, es aplicable la misma disposición; las obligaciones no se presumen, hay que demostrarlas; el que afirma está obligado a probar; el

poseedor se presume propietario; nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro, (Código de Comercio, art. 830); el que abusa de los derechos está obligado a indemnizar los perjuicios que cause. (Código de Comercio, art. 831); error “*communis facit ius*”, (error común hace derecho), esta premisa está condicionada a la existencia de dos requisitos, la existencia de la buena fe colectiva y que el error sea común, generalizado e invencible; nadie puede alegar su propia culpa, dolo o mala fe (Código Civil, art. 1525 y 1744). Estos principios son aplicables a todas las actuaciones públicas o privadas y por tanto también son aplicables a las actuaciones de las EICE, cuando en el desarrollo de su gestión se den las circunstancias para las cuales sean aplicables.

3.2 Principios del derecho administrativo. Su concepto pertenece a la Teoría General del Derecho explican y justifican las reglas jurídicas y permiten dar sentido al funcionamiento del sistema jurídico expresando un valor jurídico de la comunidad (Cosculluela 2010, p. 136); informan al derecho administrativo y controlan el ejercicio de las potestades administrativas y constituyen la norma a aplicar en defecto de otras normas administrativas. No hay total acuerdo en indicar cuáles son y tampoco pretendemos hacerlo en el presente documento, consideramos de especial relevancia identificar algunos principios haciendo una breve referencia a los mismos, partiendo de aquellos que están enunciados en la Constitución (Const. 1991) y luego en las leyes y por tanto cuando las circunstancias del quehacer administrativo lo indiquen deben aplicarse en las relaciones jurídico negociales de las EICE.

En nuestra Constitución Política (Const. 1991) identificamos varios principios jurídicos generales aplicables al derecho administrativo, entre los cuales podemos mencionar los

siguientes: Prevalencia del interés general (art. 1°) o interés público o social. (art. 58 y 336); supremacía y jerarquía de la Constitución y obligación política de obedecerla (art. 4° y 95); de legalidad (art. 1°, 4, 121 y 122); control jurisdiccional de constitucionalidad (art. 241) y de legalidad de los actos de la administración (art. 237); de igualdad ante la ley y ante las cargas públicas (art. 13 y 209); responsabilidad (art. 6°, 90, 95, 124, 178 A, 210, 251-6, 268-6, 367).

Estos principios tienen aplicación en las actuaciones que adelantan las EICE cuando dictan actos administrativos que adoptan pliegos de condiciones, ordenan la apertura de procesos públicos de selección, se declara la ocurrencia de siniestros para hacer efectivas las garantías otorgadas en el contrato. Al respecto, y refiriéndose al pliego, el Consejo de Estado (Sentencia 32.041, 2016) ha indicado que *“de tiempo atrás se ha sostenido que, una vez publicada, la invitación a contratar, al margen de que se trate de una invitación pública o privada, no puede modificarse o alterarse y menos aún después del cierre de la licitación o de la presentación de ofertas, so pena de nulidad... las reglas del proceso constituyen un acto de carácter general que contiene la voluntad de la administración con efectos vinculantes, en orden a la realización de los principios constitucionales y legales”*.

3.3 Selección objetiva. La selección objetiva es un deber, un principio y un fin derivados de los artículos 6°, 121 y 124 de la Constitución, antes definido en el art. 29 de la Ley 80 de 1993 y hoy en el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, según el cual:

“es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”.

La selección objetiva es un deber, entendido como descripción positiva de las conductas a las cuales se debe sujetar el comportamiento del servidor público o particular temporalmente investido de funciones públicas para el desarrollo de actividad contractual, que guarda expresa relación con el principio de transparencia, en tanto su concreción supone la definición previa de reglas objetivas, justas, claras y completas en el pliego de condiciones que permitan realizar un ejercicio comparativo entre las diversas propuestas presentadas.

Es un principio que orienta el desarrollo de los procesos de selección tanto de licitación pública o privada como de contratación directa.

Es un fin en la medida en que en sí mismo apunta a obtener un resultado que consiste en la oferta más favorable a la entidad y a los fines que ella busca.

Respecto al alcance de este postulado, la Sala Plena del Consejo de Estado (Sentencia 38.924, 2012) lo ha precisado en los siguientes términos:

De la manera más simple, selección objetiva es la que no está inspirada en razones subjetivas, personales, viscerales de los servidores públicos, sino en consideraciones de colectividad, de interés general y de respuestas a necesidades evidentes de la comunidad.

La objetividad en la selección de un contratista tiene relación sustancial con el concepto de interés público o general.

... Referirse a la escogencia objetiva en materia contractual significa abordar de manera concreta y efectiva, en todos los procedimientos de escogencia de contratistas principios como los de igualdad, participación y, en especial, el de la libre competencia económica.

Igualmente, guarda una estrecha relación con el principio de libre concurrencia de los interesados, que implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes. (Consejo de Estado, Sentencia 49.847, 2016).

Ampliando el campo de aplicación del principio de selección objetiva, el Estatuto Anticorrupción - Ley 1474 de 2011, en su art. 95, modificó el inciso segundo del literal c) del numeral 4° del artículo 2° de la ley 1150 de 2007, para indicar que en casos de subcontratación que realicen entidades públicas también se deben aplicar los principios de la función administrativa, el deber de selección objetiva y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la Ley 80 de 1993, salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política.

Así mismo dispuso que cuando la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o

vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal.

La norma citada muestra como las EICE en competencia, aun cuando en el acto de su creación haya dispuesto que en su contratación se rijan por el derecho privado y por tanto no se aplique la ley general de contratación, deben cumplir con el deber de selección objetiva en los procesos de selección de contratistas.

3.4 Ecuación Contractual. La ecuación contractual es propia de los contratos estatales regidos por el Estatuto General de Contratación Pública y busca garantizar que los contratistas del Estado como colaboradores de la administración mantengan sus condiciones al momento de proponer o contratar, pues el desarrollo del contrato atiende al cumplimiento de los fines del Estado y por tanto se relaciona directamente con el cumplimiento del interés general como fundamento y fin último de la actividad contractual.

Los contratos que celebran las EICE, con régimen de excepción se consideran estatales, porque una de sus partes es una entidad pública en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 32 de la Ley 80 de 1993 y en tal sentido, resulta irrelevante el régimen jurídico aplicable a efectos de reconocer la obligatoriedad de dar aplicación al principio de equilibrio económico del contrato, criterio que ha sido aceptado por el Consejo de Estado (Sentencia 19.526, 2010), donde se recalca la adopción del criterio orgánico por la legislación en materia de contratación administrativa.

En este orden en los contratos en que en uno de los extremos del contrato esté una entidad del Estado, son contratos estatales pues el hecho que el régimen aplicable al contrato sea el de derecho privado, no les quita su naturaleza estatal y por tanto le es aplicable el principio de ecuación contractual. (Consejo de Estado, Sentencia 22.756, 2012).

Por el contrario, los contratos de Derecho Privado, no tienen esa característica y su obligatoriedad de mantener las condiciones pactadas al momento de su celebración, se fundamenta legalmente en el artículo 1602 del Código Civil que establece que el contrato legalmente celebrado es ley para las partes y por tanto de obligatorio cumplimiento.

3.5 Principios de la interpretación de las reglas contractuales. Siempre que en uno de los extremos del contrato esté una entidad del Estado, estamos en presencia de un contrato estatal y por tanto, cuando resulte necesario dar aplicación a las reglas de interpretación contractual, se deben tener presentes los principios y los fines de los contratos estatales, la buena fe y el equilibrio de las prestaciones recíprocas.

Ahora bien, la calificación de contratos estatales no conlleva per se la aplicación de normas de derecho público para todos los efectos, pues en general, dependiendo del objeto y obligaciones contractuales se da aplicación a normas comerciales y civiles conservando el fin público en la prestación de los servicios a cargo del Estado, reconociendo que para otros efectos, a la hora de resolver eventuales diferencias que puedan surgir en la celebración, ejecución o liquidación de los mismos, por competencia corresponda su conocimiento a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo que exige que sobre tales contratos se aplique un régimen mixto.

En este orden, en Colombia como en otras latitudes no tenemos en particular contratos puramente administrativos o puramente privados, tenemos contratos con régimen mixto, en el que los contratos administrativos se nutren del ordenamiento comercial y civil y los contratos privados se orientan por principios propios de la función administrativa y la gestión fiscal y unos y otros están orientados al cumplimiento de los fines del Estado. Esta práctica al parecer no es única de nuestro país, pues de países como España, los profesores García de Enterría y Fernández (2013, p. 749) nos muestran que su regulación distingue entre contratos administrativos y contratos privados de la administración, indicando que *“la distinción entre los de carácter administrativo y los de carácter privado no se remite a regímenes jurídicos irreductiblemente diferentes, sino en buena parte próximos”*, considerando que tales regímenes no son unitarios y compactos, esto es que no hay un solo régimen jurídico para los contratos administrativos y otro para los contratos privados, sino varios regímenes distintos a cada lado de la línea divisoria de lo público y lo privado.

Por lo anterior, cabe preguntar si las orientaciones sobre cómo interpretar las normas contractuales, prevista en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, que prevé que *“en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”* es aplicable también a los contratos estatales de régimen especial. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que *“el valor ético de la confianza como fundamento del contrato administrativo adquiere relevancia particular porque contribuye a humanizar las*

relaciones entre la Administración y el administrado. ... el derecho le confiere a la Administración una posición de potentior personae, que se manifiesta no sólo en la atribución de las potestades de modificarlo, terminarlo o interpretarlo mediante el ejercicio de la decisión unilateral y ejecutoria, sino también en otros poderes y privilegios, tales como el de control y dirección, el de imponer sanciones, etc.” (Corte Constitucional., Sentencia T -209 de 2006).

En este orden, a la interpretación del contrato estatal con régimen especial, le aplica el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 1618 y siguientes del Código Civil, bajo la aplicación lógica de estos aspectos: 1. En primer lugar se debe observar la voluntad común y originaria que acompañó a los contratantes, la cual conocida claramente debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras, según lo dispone el artículo 1618 del Código Civil, lo cual ha sido ratificado por el Consejo de Estado, tanto en partes del derecho privado como de derecho público *“El propósito de esta norma no es otro que lograr que entre los contratantes prevalezca la voluntad real sobre la voluntad declarada”*. (Sentencia 10.196, 1999). 2. En segundo término se debe considerar la adecuación del acto jurídico celebrado a las disposiciones comerciales o civiles pertinentes o a las regulaciones que resulten aplicables al caso concreto y de conformidad con las mismas definir el sentido y alcance de las disposiciones del contrato, considerando otros negocios jurídicos similares; y 3. En tercer lugar, se deben considerar otras disposiciones que tienen fundamento en normas imperativas y supletorias, en los usos, costumbres, la buena fe y la equidad que imponen deberes o reconocen derechos a las partes en el marco de los contratos suscritos.

3.6. Aplicación de las reglas que orientan la conducta de los servidores públicos. Por otro lado, aun cuando se diga que no le aplica el Estatuto General de Contratación a las EICE, en la práctica, las reglas que orientan la conducta de los servidores públicos son de obligatorio cumplimiento ya que en ellas encontramos los derechos, las funciones, deberes, obligaciones o prohibiciones concretas respecto del cargo o función que se le ha encomendado y cuyo incumplimiento genera una falta disciplinaria. (Ley 1952 de 2019, art. 26.)

En este sentido se pronunció el Consejo de Estado (Sentencia 17.757, 2013) indicando que *“al establecer la ley que los contratos exceptuados del régimen de contratación estatal en todo caso seguían sometidos a sus principios, subordinó la conducta de la administración al cumplimiento de las actuaciones que garanticen la aplicación de los criterios contenidos en los mismos, los cuales, así el reglamento de la entidad no los hubiere desarrollado en forma expresa, continúan siendo obligatorios en su actividad contractual”*.

En cuanto a la naturaleza de los empleos de las personas que prestan sus servicios en las EICE, son trabajadores oficiales según lo indica el inciso segundo del artículo 5° del Decreto-Ley 3135 de 1968, declarado exequible (Corte Constitucional, sentencia C-283 de 2002), sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

De conformidad con lo anterior puede afirmarse que por regla general la clase de vínculo de quienes prestan sus servicios en las EICE, es la de trabajadores oficiales. El trabajador oficial se vincula mediante un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que va a prestar,

permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones aplicables, las cuales están regidas por normas especiales que consagran un mínimo de derechos laborales

En este sentido, en calidad de trabajador oficial es un servidor público y como tal, dentro de las normas de conducta que debe aplicar en el ejercicio de sus funciones encontramos la diligencia, eficiencia, imparcialidad, respeto, rectitud, oportunidad, legalidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía, celeridad, respeto por el orden de inscripción, ingreso de solicitudes y peticiones ciudadanas, entre otras, descritos a lo largo del catálogo de deberes previsto en el artículo 38 de la Ley 1952 de 2019, el cual se constituye en el eje regulador de la manera en que debe comportarse.

TITULO III

EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LAS EICE Y RELACIÓN ENTRE ÉSTE Y LOS FINES DEL ESTADO.

La planeación y ejecución de proyectos que las EICE consideren necesarios para el cumplimiento de su objeto misional, exige la aplicación de las figuras contractuales y obligacionales que mejor se adecuen a las necesidades que en sí mismo demanden tales proyectos y optan por las diversas posibilidades que le confiere la ley comercial y civil para elegir a sus contratistas en un plano de autodeterminación y autorregulación, lo que implica centrarnos explícitamente en un aspecto fundamental para el éxito en la gestión contractual y es la mirada al principio de planeación.

CAPITULO I

1. El principio de planeación en las empresas industriales y comerciales del Estado – EICE.

1.1 Concepto de Planeación.

La definición y alcance del concepto de planeación no está en el ordenamiento contractual general, pero si se visualizan los presupuestos o insumos necesarios para el desarrollo de la contratación que suponen un proceso orientado a satisfacer las necesidades estatales traducidas

en obras, bienes o servicios a favor del Estado, en los mejores términos de cantidad, calidad, oportunidad y precio que significan Planeación.

No disponiendo de una definición explícita del concepto de Planeación en la normativa contractual, para hacer un acercamiento al mismo, consultamos autores sobre administración gerencial y el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, encontrando que no se habla de planeación sino de planificación, entendido como: *“f. Acción y efecto de planificar. f. Plan general metódicamente organizado y frecuentemente de gran amplitud para obtener un objetivo determinado, tal como el desarrollo armónico de una ciudad, el desarrollo económico, la investigación científica, el funcionamiento de una industria”*.

El concepto de planeación viene de la ciencia administrativa que se torna cada día más compleja, producto del ambiente externo provocado por la economía y tecnología mundiales y para atender sus exigencias, cada día emplea más equipos de expertos que tienen habilidades matemáticas, analíticas, computacionales, así como intuición y sentido común para brindar apoyo a las operaciones de toma de decisiones y planeación administrativa (Stoner y Freedman, 1994) en la que el gerente público trabaja directamente o se beneficia del trabajo de los expertos para el desarrollo de su gestión.

La Planeación consiste en establecer el curso concreto de acción a seguir indicando la secuencia de operaciones y las determinaciones en tiempos y cifras para lograrlo. Como indica Reyes (1994, p. 244.) mientras la previsión estudia *“lo que puede hacerse”*, *“pre-vé”*, las condiciones

en que deberá desarrollarse la futura acción administrativa con base en esas previsiones, la planeación fija con precisión *“lo que va a hacerse”*.

La Planeación define el rumbo hacia el que se dirige la organización y los resultados que se pretenden obtener mediante el análisis del entorno y la definición de estrategias para minimizar riesgos con la finalidad de lograr la misión y la visión organizacional y puede ser estratégica, táctica o funcional y operativa (Münch, 2014, p. 37) dependiendo del nivel jerárquico en que se realice, con el ámbito de la organización que abarque y el período que comprenda, encontrándose en ésta última (operativa) por lo general el trámite contractual, siendo significativo y determinante para la realización exitosa de las dos primeras.

1.2 La planeación como proceso.

El concepto de planeación antes indicada, nos lleva a observar La Planeación como un proceso dentro del campo administrativo y gerencial en el que el Estado en sus distintos órdenes y niveles define lo que habrá de lograrse en el futuro y asignar las acciones y responsables de cumplirlas no como un ejercicio mecánico sino como un proceso riguroso, preciso y diligente de definición de las acciones que mejor atiendan sus necesidades.

La Planeación debe considerar instrumentos como manuales, políticas, estrategias, programas, gráficas de Gantt, procedimientos, diagramas del proceso y técnicas de control y presupuestos; hacerse atendiendo a principios como la unidad de dirección, precisión, flexibilidad, factibilidad,

objetividad, consistencia, rentabilidad y participación y supuestos o cambios que puedan ocurrir proveyendo de antemano caminos de sustitución para circunstancias especiales que se presenten.

Acorde con lo anterior, la Planeación debe entenderse como un proceso que incluye una serie de etapas, objetivos y actividades encaminadas a lograr un fin, en este caso, las EICE en sí mismas, constituyen parte de la planeación de la estructura estatal y mecanismo de ejecución de las políticas encaminadas a lograr los fines del Estado.

1.3 La planeación en el ordenamiento jurídico colombiano.

La realización de los fines del Estado, está definida en la Constitución Política y la ley (Const. 1991, art. 2, 339 y 342, 345, 346) bajo la proyección de largo y de mediano plazo y que cada cuatrenio se haga en el Plan Nacional de Desarrollo, las leyes orgánicas de planeación y de presupuesto, los planes de acción y contratación de cada una de las entidades públicas, como a continuación se describe:

- El Plan Nacional de Desarrollo bajo las disposiciones de la Ley 152 de 1994, es considerado como *“el instrumento formal y legal por medio del cual se trazan los objetivos del Gobierno permitiendo la subsecuente evaluación de su gestión”*.

De acuerdo con la Constitución política (Const. 1991, art. 339) el Plan Nacional de Desarrollo se compone por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalan los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal en el mediano plazo

y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno.

- Por otro lado, y como complemento, se tiene el Plan de Inversiones Públicas que contiene los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución y, sus fuentes de financiación.

El marco legal que rige el Plan Nacional de Desarrollo incluye, entre otros, los principios generales de planeación, la definición de las autoridades e instancias nacionales de planeación y el procedimiento para la elaboración, aprobación, ejecución y evaluación del Plan Nacional de Desarrollo”. (Departamento Nacional de Planeación, 2016).

Por otra parte, se resalta que el Plan Nacional de Desarrollo - PND vigente, (Ley 1753 de 2015, art. 148) permite la orientación de la inversión a resultados, como técnica presupuestal que promueve el uso eficiente y transparente de los recursos de inversión, alinear los objetivos y prioridades definidos en el PND con el Plan Plurianual de Inversiones y hace posible establecer una relación directa entre el gasto y los bienes y servicios entregados a la ciudadanía.

Una vez sancionada la ley del PND, su ejecución se logra a través de las entidades y organismos del nivel central y del nivel descentralizado según el énfasis que pretenda lograr el Gobierno de turno. En este sentido, parte de las tareas definidas en el PND, son

ejecutadas por las EICE como parte de la estructura estatal que son, para el cumplimiento de los fines del Estado.

- Igualmente, la asignación presupuestal de las EICE está soportada en cada uno de los proyectos que conforman el presupuesto de las mismas, aprobado por el Consejo Superior de Política Fiscal, de tal forma que la programación, ejecución y seguimiento contractual de los recursos de inversión o funcionamiento, está delimitado por la planeación de las actividades que pretenda desarrollar en la respectiva vigencia. Sin embargo, para realizar la programación y la ejecución presupuestal, El Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General del Presupuesto Nacional, efectúa el seguimiento financiero del presupuesto de las EICE dedicadas a actividades no financieras. El Departamento Nacional de Planeación evalúa la gestión y realiza el seguimiento de los proyectos de inversión pública.

1.3.1 La planeación contractual.

En el trámite contractual los aspectos referidos a la planeación, no se definen explícitamente como principio o como proceso, pero su obligatoriedad es indiscutible y se infiere de las siguientes disposiciones normativas: artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993. Así mismo en los artículos 2.2.1.1.1.3.1, 2.2.1.1.1.4.1., 2.2.1.1.2.1.1 del Decreto 1085 de 2015, según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, para lograr uso eficiente de los recursos y obtener un

desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales, lo cual no es otra cosa que realizar un proceso de planeación, conforme lo ha explicado el Consejo de Estado. (Sentencia 19.730, 2012).

El proceso contractual requiere la aplicación del Plan Anual de Adquisiciones: Plan general de compras al que se refiere el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011 y el plan de compras al que se refiere la Ley Anual de Presupuesto. Es un instrumento de planeación contractual que las Entidades Estatales deben diligenciar, publicar y actualizar en los términos del presente título.

Realizar la planeación contractual, supone el conocimiento real y efectivo de la necesidad a satisfacer y el desarrollo de los estudios, análisis, diseños y demás gestiones que permitan definir con certeza las condiciones del contrato a celebrar y del proceso de selección pertinente, con el fin de que la necesidad que motiva la contratación sea satisfecha en el menor plazo, con la mayor calidad y al mejor precio posible. Tal como lo indica Aponte Díaz (2014 pp. 177-207), la planeación exige identificar: “... *¿qué es lo que se requiere contratar?, ¿con cuántos recursos se cuenta?, ¿cuáles son los términos tanto de la ejecución presupuestal, como los requisitos de la obra requerida por la comunidad? y ¿cuáles son los factores que inciden en el desarrollo de los procesos que se realizan?*”.

En este contexto se debe entender que el proceso de planeación contractual, en su programación y ejecución establece la secuencia lógica de pasos que inician con la consignación en las metas

del Plan Nacional de Desarrollo, la asignación presupuestal, la definición del plan de acción, la realización de los estudios previos para precisar la necesidad de la entidad, conveniencia y oportunidad del contrato, estudio de mercados, permisos, licencias y autorizaciones, análisis de riesgos, garantías, detalles del contrato, el proceso de selección del contratista y concluyen en la realización de las obras o la adquisición de los bienes y servicios que requiere el Estado para el cumplimiento de sus fines.

1.3.2 La planeación presupuestal en aspectos contractuales

Por otra parte, en relación con la planeación presupuestal, la Constitución Política en su artículo 352 establece que aparte de lo especificado en la Constitución “*la Ley Orgánica de Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo*”. En consecuencia, el Estatuto Orgánico de Presupuesto es la norma que rige el marco presupuestal para todos los niveles administrativos y los desarrollos particulares para el nivel nacional o territorial están sujetos a lo establecido en este. En el caso de las EICE que hacen parte de la rama ejecutiva del gobierno (Const., 1991, art. 115), constituidas mediante ley (Const., 1991, art. 150), ordenanza (Const., 1991, art. 300) o acuerdo (Const., 1991, art. 313) se les aplica el Estatuto Orgánico de Presupuesto en lo que se les señale expresamente.

Mediante el Decreto 115 de 1996 se establecen normas sobre la elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos de las EICE y de las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de aquellas, dedicadas a actividades no financieras (con capital estatal o aporte estatal

igual o mayor a 90%). Su presupuesto anual es aprobado por el Consejo Superior de Política fiscal (CONFIS), pese a que tienen un tratamiento diferencial frente al común de las entidades estatales en razón a su especial objeto social y a que las mismas se encuentran inmersas por regla general en mercados competitivos que obligan a la adopción de un esquema especial en su manejo financiero.

En este orden, para las entidades públicas en general en el Decreto Ley 111 de 1996, se establece el Sistema Financiero estructurado sobre la base de un Plan Operativo, de un Plan Financiero y de la Ley Anual de Presupuesto, herramientas que sirven para realizar una planeación presupuestal, en que se dispone entre otros aspectos que *“no se podrá ejecutar ningún programa o proyecto que haga parte del presupuesto general de la Nación hasta tanto se encuentren evaluados por el órgano competente y registrado en el banco nacional de programas y proyectos”*, (art. 68) y que *“el año fiscal comienza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción.* (Ley 38 de 1989, art. 10).

Así mismo, en relación con el principio de planeación presupuestal se debe tener presente el principio de anualidad que dispone que *“Los compromisos presupuestales legalmente adquiridos, se cumplen o ejecutan, tratándose de contratos o convenios, con la recepción de los bienes y servicios, y en los demás eventos, con el cumplimiento de los requisitos que hagan exigible su pago.”* Esto implica que para *“pactar la recepción de bienes y servicios en vigencias siguientes a la de celebración del compromiso, se debe contar previamente con una autorización*

por parte del Confis o de quien este delegue, de acuerdo con lo establecido en la ley, para asumir obligaciones con cargo a presupuestos de vigencias futuras. Para tal efecto, previo a la expedición de los actos administrativos de apertura del proceso de selección de contratistas en los que se evidencie la provisión de bienes o servicios que superen el 31 de diciembre de la respectiva vigencia fiscal, deberá contarse con dicha autorización.” (Decreto 1957 de 2007, art. 1, modificado por el Decreto 4836 de 2011, art. 3).

Lo dispuesto en las normas presupuestales antes indicadas referidas a la planeación presupuestal son situaciones deseables que no siempre se cumplen en la realidad, ya que en el marco de la ejecución contractual cuando se suscriben prórrogas a contratos o convenios superando la vigencia fiscal, si no se tramitan vigencias futuras para atender las obligaciones de obras bienes o servicios que se recibirán en la siguiente vigencia, se vulnera el principio de anualidad presupuestal y de planeación contractual que van unidos e inmersos en el concepto de planeación, ya que sin presupuesto no es posible ejecutar ninguna acción a cargo del Estado, y para lograr eficiencia en la contratación, se debe realizar la planeación de la necesidad y el medio adecuado de satisfacerla en el marco de la legalidad contractual y presupuestal, que son de obligatorio cumplimiento, de lo contrario materialmente se vulneran otros principios del función administrativa.

1.4 Medios de Planeación en las EICE

Las EICE aplican un conjunto de estrategias y acciones estimadas con el fin de obtener un objetivo en concreto, que va más allá del simple cumplimiento normativo de manera mecánica, se trata de una previsión de futuro y la mejor alternativa para alcanzar los resultados esperados y por tanto deben atender a un proceso planificación de la gestión.

La manera en que se realiza la planeación y ejecución de proyectos está íntimamente relacionada con en el principio de autonomía de la voluntad en materia de contratación estatal y al grado de discrecionalidad que al efecto tienen las EICE, la cual, está atada a la ponderación en el juicio, equilibrio de la razón, valoración de hechos y circunstancias, capacidad analítica en la apreciación de los fenómenos, en síntesis, esta libertad en el actuar, exige inteligencia y sana razón, como quiera que la discreción es sinónimo de prudencia, de reflexión profunda, para evitar actos apresurados que puedan afectar al Estado y al servidor público que los ejecuta.

Al respecto el profesor Mejía (2017, p. 351) indica que el principio de Planeación es un imperativo que se debe cumplir independientemente del régimen jurídico al que se hallen sometidas las entidades estatales en materia contractual, en cuanto implica la determinación anterior y completa de todos los aspectos relacionados con el negocio jurídico que pretenden celebrar.

En este sentido, las EICE deben realizar un juicioso estudio de planeación identificando sus necesidades y los medios para satisfacerlas. La planeación requiere de un proceso encaminado al conocimiento del mercado y de sus partícipes para utilizar sus recursos de la manera más

adecuada y satisfacer sus necesidades generando mayor valor por dinero en cada una de sus adquisiciones.

Para tal efecto, en el logro de los objetivos estatales la Planeación es determinante, en tanto elimina la improvisación y detalla la mecánica sobre la forma como la acción a seguir se pueda realizar íntegra y eficazmente, en términos de modo, tiempo y recursos, reflejado en un plan de adquisiciones de obras, bienes y servicios que defina el modo de cumplirlo, el tipo de proceso contractual a realizar, el tiempo para su contratación, ejecución y liquidación. Este plan debe estar acompañado de controles para determinar el grado de cumplimiento o establecer las contingencias en caso de que se presenten riesgos previsibles pero incontrolables como sería la declaratoria de desiertos de los procesos o riesgos de afectación del servicio en caso de incumplimiento contractual.

Para asegurar una adecuada planeación, las disposiciones indicadas en los numerales 1.3.1 y 1.3.2 del presente documento, referidas a la planeación contractual y presupuestal en lo pertinente, son obligatorias para las EICE, 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. Cuando desarrollan sus actividades en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, no son una camisa de fuerza o de obligatorio cumplimiento, y por tanto, se ha flexibilizando la aplicación del concepto de planeación, quedando supeditadas a las orientaciones que al respecto se establezcan en el Manual de Contratación de Entidad en todo caso atendiendo a los principios orientadores de la función

administrativa y de la gestión fiscal, los cuales son obligatorios y resultan de especial relevancia para el éxito en la gestión como a continuación veremos:

1.5 Relación entre la Planeación y los principios de la función administrativa

1.5.1 Planeación vs Igualdad. La igualdad se extrae del desarrollo del interés general contemplado en el artículo 1° y del artículo 13, obligatorio para la función administrativa, según lo dispuesto en artículo 209, desarrollado legalmente en los artículos 3 de las Leyes 489 de 1998 y 1437 de 2011, y tiene relación directa con los demás principios. Tiene directa relación con la Planeación, ya que para garantizar igualdad es deber de la entidad pública definir con antelación al inicio del proceso contractual, las reglas justas, claras y completas permitiendo las mismas oportunidades y la libre concurrencia.

1.5.2 Planeación vs moralidad. En virtud del principio de moralidad se exige de parte de los servidores públicos un actuar recto, leal y honesto, al momento de realizar la planeación de los procesos contractuales y durante su ejecución, sin favoritismos o privilegios a favor de intereses particulares, orientado a la defensa del interés general y el bien común. Para tal fin y con un interés disuasivo, mediante el endurecimiento de las penas, la inclusión de nuevos tipos penales, la eliminación de subrogados penales, inclusión de inhabilidades e incompatibilidades, actualización de las normas disciplinarias y fiscales, se expidió la Ley 1474 de 2011.

La moralidad es un principio y un derecho que hace parte del enunciado de derechos o intereses colectivos susceptibles de ser protegidos a través de la acción popular, según lo dispuesto en el artículo 88 de la Constitución Política y del artículo 4° literal b) de la ley 472 de 1998, art. 40, disponiendo que cuando se trate de sobrecostos u otras irregularidades

provenientes de la contratación pública o por efectos de la desviación de poder se pueda utilizar la acción popular para la defensa del interés general.

1.5.3 Planeación vs eficacia. La eficacia tiene como fin el cumplimiento de los quehaceres estatales con altos niveles de calidad y oportunidad, lo que implica poner al servicio público la capacidad gerencial de los servidores públicos para producir óptimos resultados a favor de los administrados. Este principio supone la planificación de los procesos de selección para lograr la contratación y entrega de las obras bienes o servicios en la oportunidad requerida en el plan anual de adquisiciones y con niveles óptimos de calidad y a precios razonables.

Así mismo exige que la contratación a realizar esté prevista en los planes de gestión y que disponga de mecanismos que permitan evaluar los resultados obtenidos con los procesos de contratación adelantados en función de los fines estatales.

Este principio está incluido en el artículo 3° de la Ley 80 de 1993 para la realización de los fines estatales, y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y efectividad en los derechos e intereses de los administrados que colaboran con las entidades públicas en la consecución de dichos fines, y a los mismos debe corresponder la razón para la celebración de los contratos estatales.

1.5.4 Relación principio de planeación vs economía. La Planeación permite definir la oportunidad y hacer efectivo el principio de economía porque la EICE llega a un conocimiento real de los precios de los bienes, obras o servicios para ejecutar la contratación, pudiendo aprovechar eficientemente los recursos públicos y hacer realidad otros principios orientadores de la contratación como el deber de selección objetiva.

1.5.5 **Principio de Planeación vs Celeridad.** Según este principio las entidades señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones. (Ley 80 de 1993, art. 25 núm. 1) Estos principios están relacionados con la planeación para lograr el cumplimiento de la programación, preparación y ejecución contractual, basados en cronogramas evitando que se presenten demoras que puedan significar mayores costos o gastos y para tal efecto las autoridades cuentan con mecanismos de apremio o sancionatorios en caso de demoras injustificadas o incumplimiento de parte de los contratistas.

1.5.6 **Planeación vs imparcialidad.** Están orientados fortalecer el tratamiento de igualdad entre las personas y a la defensa de la dignidad humana, como núcleos esenciales de la orientación al servicio público y al interés general, respetando y haciendo respetar las reglas previamente definidas que conduzcan a resultados objetivos ajenos a motivaciones personales a la hora de evaluar a los proponentes y sus propuestas.

En la normatividad contractual se refleja entre otras disposiciones, en la advertencia para las entidades y los servidores públicos, que responderán cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos, (Ley 80 de 199, art. 26,3); al establecer que la escogencia se debe hacer al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, (art. 5 Ley 1150/07).

1.5.7 **Planeación vs. publicidad.** En materia contractual la relación entre estos dos principios se manifiesta a través de la publicación de la etapa precontractual, contractual, su

ejecución y liquidación para que, en cada etapa, los posibles oferentes y la comunidad en general tengan conocimiento o la oportunidad de conocer tanto la convocatoria y reglas del proceso de selección o llamado a la licitación, como los actos y hechos del procedimiento y los participantes de presentar observaciones (Ley 80 de 1993, art. 24, 2 y 6.3).

Se convierte en un correlativo deber para la administración - sujeto obligado según la Ley 1712 de 2014, a proporcionar y facilitar el acceso a la información en su poder, en los términos más amplios posibles, excluyendo solo aquella reservada en términos constitucionales y legales.

1.5.8 Planeación vs. Buena fe. La Planeación impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto éstos salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual. Así lo ha afirmado el Consejo de Estado (Sentencia 17.767, 2011) al indicar que *“El principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación que, como pilar de la actividad negocial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración”*.

1.5.9 Principio de planeación vs eficiencia. El principio de eficiencia está orientado a garantizar que los bienes o servicios a contratar correspondan a los fines de la administración y que su contratación atienda a necesidades ponderadas, razonables lo cual sólo se puede visibilizar si se hace un adecuado proceso de planeación contractual, para que no se adquieran bienes o servicios innecesarios, suntuosos o inútiles y una vez

adquiridos sean usados adecuadamente para satisfacer la necesidad identificada en la oportunidad requerida.

El principio de eficiencia en la contratación está directamente relacionado con la planeación de la necesidad y el medio adecuado de satisfacerla. En el ejercicio del control fiscal se asocia al uso eficiente de los recursos públicos.

1.5.10 Planeación vs participación. Este principio hace parte de la democracia participativa como derecho y deber que tienen los ciudadanos de expresar de manera directa a sus gobernantes en cualquiera de las ramas del poder público y organismos autónomos sus inquietudes, inconformidades, propuestas o requerimientos y participar en el diseño, ejecución y control de los proyectos gubernamentales y esto hace posible la construcción, consolidación y da estabilidad a la democracia. La participación ciudadana tiene amparo constitucional en el preámbulo y en los artículos 1, 2, 40, 92,95, 103, 270, 340, 369 en los cuales se garantiza la participación de los ciudadanos en las decisiones que les afectan e intervenir en el control de la actividad del estado.

Así mismo, ha sido desarrollado en la Ley 1757 de 2015, “Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática”, permitiendo a los ciudadanos ser parte de la gestión y fiscalización de los asuntos y recursos públicos y acercar a los ciudadanos a la administración pública.

Este principio hace parte de la planeación y ejecución del proceso contractual. En la planeación permite que los interesados y ciudadanía en general formule observaciones a en los procesos de selección para garantizar el cumplimiento de los principios orientadores de la función administrativa y en la ejecución para garantizar el cumplimiento de lo pactado en el contrato.

1.5.11 **Planeación vs responsabilidad.** En desarrollo del principio de responsabilidad, se definen los riesgos en que pueden incurrir las entidades estatales, los servidores públicos y particulares que ejerzan funciones públicas en el desempeño de sus funciones u obligaciones por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas.

En materia de planeación, se advierte que serán responsables cuando hubiesen abierto licitaciones o concursos de méritos, y en general procesos de selección sin haber elaborado previamente los estudios, diseños, planos y evaluaciones que fueren necesarias, incluyendo los de mercado, y analizado y determinado los riesgos del contrato, o cuando elaboren pliegos de condiciones en forma ambigua, incompleta o confusa que conduzcan a decisiones o interpretaciones de carácter subjetivo por parte de la entidad. (Ley 80 de 1993, art. 26 núm. 3°).

1.5.12 **Principio de Planeación vs transparencia.** La transparencia es uno de los más relevantes en materia contractual, durante la planeación se deben hacer los estudios previos necesarios para la contratación y definir y aplicar las reglas justas, claras y completas para asegurar que la actuación de la administración en el proceso contractual se “*cristalina*”, pulcra, inmaculada, lo que excluye de tajo toda actividad “*secreta, oscura, arbitraria o parcializada*”, Suárez Tamayo (2010, pág. 102). Como aplicación práctica también, es una garantía el derecho de contradicción permitiendo los interesados la oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones. (Ley 80 de 1993, art. 24 numeral 2°).

1.5.13 **Principio de Planeación vs debido proceso.** El debido proceso implica el cumplimiento lógico de las distintas etapas contractuales, haciendo la confección de requerimientos que aseguren una escogencia objetiva y eviten las declaratorias de desierta de la licitación, permitiendo el conocimiento las actuaciones, teniendo la posibilidad de expresar observaciones, imponiendo a las autoridades la obligación de ejercer sus competencias para los fines exclusivamente previstos en la Ley y de no eludir el procedimiento de selección objetiva. Durante la ejecución exigiendo el cumplimiento de lo acordado en el contrato y de ser necesaria la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento permitiendo al contratista y a la aseguradora conocer los hechos, escucharlos, aportar pruebas, controvertir las que tenga la administración, notificarles sus decisiones y otorgarles los recursos procedentes. Todo esto lo encontramos a lo largo de las normas contractuales y permite hacer realidad los demás principios de la función administrativa.

1.5.14 **Planeación vs coordinación.** La coordinación en materia de contratación se debe aplicar como parte del principio de planeación contractual, con el fin de evitar duplicidad de esfuerzos y fortalecer sus capacidades en los distintos niveles de la administración del Estado, de tal manera que cada entidad estando cumpliendo con sus objetivos institucionales colabore con las demás, bien sea a través de la suscripción de convenios de cooperación o colaboración o aunando esfuerzos para hacer eficaz el accionar estatal.

1.5.15 **La planeación vs la equidad.** La relación entre estos dos principios es evidente considerando que el principio de equidad previsto como parte del control fiscal, se entiende como el deber en la planificación de la manera de atender las distintas necesidades de la comunidad, permitiendo la inclusión de todos los interesados en

igualdad de condiciones para garantizar las mismas oportunidades en los procesos administrativos y contractuales.

1.5.16 Planeación vs valoración de costos ambientales. Como parte de los principios de la gestión fiscal, en la planeación se debe tener presente la valoración del impacto ambiental en la ejecución de planes, programas y proyectos que adelante el Estado. En este sentido se deben considerar las políticas públicas ambientales para lograr el desarrollo económico con la sustentabilidad ambiental, para no destruir nuestro planeta.

1.5.17 Planeación vs principio de legalidad. Adicional a los principios anteriormente indicados, se resalta que la Planeación de los contratos estatales está relacionada con el principio de legalidad, porque el trámite contractual es reglado como procedimiento, no sólo para la adquisición de bienes o servicios sino también para la venta o enajenación de bienes del Estado. Al respecto ha dicho el Consejo de Estado (Sentencia 27.315, 2013) que *“la planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato (...) pero además ese parámetro de oportunidad, entre otros fines, persigue establecer la duración del objeto contractual (...) precisar el precio real de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración (...)*

Conforme por lo anterior podemos evidenciar que La Planeación tiene relación directa con todos los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, y se debe cumplir para garantizar que las obras, bienes o servicios sean adquiridos y utilizados de manera eficiente y en armonía con el medio ambiente, haciendo parte material de los mismos y conformando un

conjunto armónico e integral de componentes que hacen posible el cumplimiento adecuado de los fines del Estado, de tal suerte que si falla alguno no se cumple ninguno.

En este sentido, podemos afirmar que, aunque no esté mencionado formalmente el principio de planeación entre los principios que orientan la función administrativa, materialmente es parte esencial de los mismos, de tal forma que si éste se incumple se incumplen los demás.

2. Documentos que sirven de sustento para afirmar que las EICE en competencia, posiblemente no estén cumpliendo con el principio de Planeación en su doble dimensión, formal y material.

Como hipótesis del trabajo se indicó que posiblemente las EICE en competencia, no estén cumpliendo con el principio de Planeación contractual en su doble dimensión, formal y material y para confrontarlo se toman como objeto de análisis las siguientes empresas: Industria Militar – INDUMIL y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE:

2.1 Industrias Militares - INDUMIL

La Falta de Planeación ha sido evidenciada en varios proyectos llevados a cabo por la Industria Militar - INDUMIL, lo que presuntamente habría generado sobrecostos según el informe de auditoría realizado por la Contraloría General de la República de la vigencia 2016, que indica entre otros aspectos, lo relacionado con la Planeación Contractual, lo siguiente:

Como resultado de la evaluación de los procesos administrativos se consideraron las variables de dirección, planeación, organización, control y ejecución; verificado el Macroproceso Planes, Programas y Proyectos de Inversión, se evidenciaron deficiencias en la planeación, control, seguimiento y monitoreo en la ejecución de los contratos a través de los cuales se materializaron los proyectos de inversión objeto de estudio.

... En lo que respecta a la gestión contractual, se observó que las necesidades plasmadas en los estudios previos no son coherentes con los elementos adquiridos posteriormente; igualmente existen debilidades en la supervisión contractual en lo que respecta a las adiciones y modificaciones contractuales, así como en la verificación del cumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratistas.

... En la ejecución contractual, se suscriben prórrogas para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, debido a falencias en la planeación de los procesos contractuales, lo que conlleva a adiciones y que las necesidades que se planean no se satisfagan con las condiciones y tiempos contemplados.

De los cuatro (4) programas de inversión (Mejoramiento de Procesos de Manufactura, Tecnología informática, Nuevas Plantas Industriales e Infraestructura) seleccionados en la muestra, se evaluaron 20 contratos a través de los cuales se ejecutaron los programas, en los que se evidenció que en el 50% de éstos, no se cumplieron las obligaciones contractuales dentro de los plazos de ejecución determinados, lo que repercute en la culminación de los proyectos.

Por otra parte el incumplimiento del principio de planeación no sólo se observó en la ejecución contractual dentro de los plazos inicialmente previstos sino también en otros aspectos de la industria militar por ejemplo el programa maestro de producción de FAGECOR – Fábrica José María Córdoba, aprobado el 8 de febrero de 2016, debió ser ajustado en el mes de junio de 2016, disminuyendo la cantidad a producir de diferentes líneas de negocio (armas y munición) aspecto que no se tuvo en cuenta para realizar el correspondiente ajuste en el plan de compras ni en los estudios para la adquisición de materia prima, incrementando el stock a 31 de diciembre de 2016 y que supera la producción proyectada para el año 2017.

Así mismo, se pudo evidenciar que debido a las presuntas irregularidades encontradas en los hallazgos documentados por la Contraloría General de la República, no feneció las cuentas de la entidad de los años 2011, 2012, 2013, 2015 y 2016. (Indumil, 2016).

Por otra parte, se han encontrado informes de periodismo investigativo que también indican que la falta de planeación, presuntamente habría generado sobrecostos en contrato de suministros para del proyecto de desminado.

La denuncia se refiere a un contrato suscrito por Indumil con la firma llamada RG Comercial S.A. por más de 13 mil millones de pesos para la adquisición de productos para la brigada de desminado humanitario.

El Ejército pidió que se contratara directamente chalecos Vallon GMBH y el proceso de selección realizado por la fuerza militar se encuentra bajo cláusula de confidencialidad, así que

hay restricción para la adquisición de los documentos que evidencien la transparencia del proceso. (La FM, 2016 y Publicación Fuerzas Militares.org., 2016.).

2.2 Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE

Se analiza en una de las líneas de negocio que consiste en “*promover, estructurar, gerenciar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo financiados con recursos de fuentes nacionales e internacionales*”, como entidad financiera de carácter estatal, no sujeta a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, regida por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades conforme lo establece el párrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, con la modificación incorporada por el art. 15 de la Ley 1150 de 2007.

Para hacernos una idea del volumen de recursos que maneja FONADE, podemos indicar que en vigencia 2016 el presupuesto aprobado por la Junta Directiva de FONADE mediante Acuerdo 204 del 22 de diciembre de 2015, cuyo valor consolidado de gasto fue de \$2.996.530.136.483 presentó una ejecución del 57,08%, con compromisos por \$1.710.282.247.956, en el cual el rubro con mayor participación fue Gerencia de proyectos con \$1.417.146.622.334 representando el 82,86% del total de gastos.

Consideramos de especial relevancia tomar como objeto de análisis a FONADE en la medida que a través de esta entidad se espera la promoción, estructuración, gerencia, ejecución y

evaluación de proyectos a nivel nacional, y confiando en tal finalidad asignada a la misma, muchas entidades públicas entregan sus recursos destinados a la ejecución de proyectos de gran impacto, motivados por la facilidad que ofrece dados los privilegios normativos otorgados por el legislador, sin que en todos los casos los proyectos lleguen a feliz término.

Para efectos del análisis correspondiente frente al cumplimiento del principio de Planeación se tomaron los informes de auditoría de la Contraloría General de la República, correspondientes a las vigencias 2014, 2015 y 2016, los planes de mejoramiento de dichas vigencias, y los informes de prensa publicados por algunos medios de comunicación, de los cuales se puede evidenciar que FONADE posiblemente no esté cumpliendo el principio de Planeación contractual y en algunos casos no cumple con los principios de selección objetiva y transparencia.

En lo que tiene que ver con la aplicación de principios, conforme con lo dispuesto en los artículos 13 y 15 de la Ley 1150 de 2007, FONADE en desarrollo de su actividad contractual, debe dar aplicación a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, según sea el caso y está sometida al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal y como se ha indicado en el cuerpo del presente documento, como empresa industrial y comercial del Estado, debe dar aplicación no sólo a los principios establecidos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política (Const. 1991), sino también a otros de rango constitucional y legal.

Lo anterior está consignado en su estatuto contractual, indicando que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación que adelante FONADE en condición de servidores públicos o contratistas de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión para esta actividad, se desarrollarán con arreglo a los principios que rigen la función administrativa, la gestión fiscal, conforme a los artículos 13 y 15 de la Ley 1150 de 2007; la primacía de lo sustancial sobre lo formal; la autonomía de la voluntad; los mandatos de la buena fe, igualdad, libre concurrencia; el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los Contratos conmutativos; los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo. (Estatuto de Contratación de FONADE, 2016).

Basado en los informes de auditoría realizados por la Contraloría General de la República, observamos que FONADE posiblemente no esté cumpliendo con el principio de Planeación en desarrollo de las actuaciones propias de la contratación estatal, lo que genera resultados negativos en la ejecución de los proyectos, reflejados en aspectos como los siguientes:

- Múltiples adiciones y modificaciones a los contratos suscritos.
- Prórrogas indiscriminadas a contratos
- Obras inconclusas, mal llamadas “*elefantes blancos*”.
- Pérdida de recursos recibidos de distintas entidades públicas.
- Incumplimiento del principio de planeación presupuestal y de anualidad.

A continuación, se presentan algunos casos que están documentados en informes de la Contraloría General de la República y en informes de prensa que corroboran de alguna manera lo visibilizado en los informes del ente de control.

Vale la pena resaltar que los informes de Contraloría antes de que queden en firme y para hacerlos públicos deben haber surtido una etapa de discusión con la entidad auditada permitiéndole a ésta, ejercer su derecho de contradicción y defensa y por tanto, una vez en firme son exigibles para los siguientes efectos: Establecer el plan de mejoramiento de asuntos que pueden corregirse en sede administrativa; y para dar traslado a las entidades competentes con el fin de iniciar las acciones disciplinarias, penales o fiscales, a que haya lugar, orientadas a establecer posibles responsabilidades de los servidores y colaboradores de la entidad en el proceso y por tanto, han sido tomados como válidos a efectos de sustentar la hipótesis del presente trabajo:

2.2.1 Fundamento N° 1.

El análisis se inicia con la revisión del informe de auditoría de la Contraloría General de la República de la vigencia fiscal 2014, en el cual se indica, entre otros aspectos, lo siguiente:

Se evidenciaron deficiencias en el cumplimiento de las funciones y obligaciones por parte de la interventoría y supervisión de los contratos No. 20131027 de 2013 del Convenio 197060 de 2007 celebrado con el Ministerio de Educación, Contrato 2132478 asociado al Contrato Interadministrativo 212027 de 2012 suscrito con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público - MHCP) y Contrato 2131909 del Convenio 212080 de 2012 suscrito con el Departamento para La Prosperidad Social. Igualmente, en desarrollo del contrato interadministrativo No. 2131627 de 2013 suscrito entre FONADE y el Departamento del Cesar.

Basado en los resultados indicados FONADE se obligó a elaborar un Plan de Mejoramiento, dentro de los 15 día hábiles siguientes al recibo del informe, de acuerdo a lo previsto en el numeral 4 del artículo décimo séptimo de la Resolución Orgánica No. 7350 del 29 de noviembre de 2013, el cual buscaba eliminar las causas de los hallazgos detectados en la auditoria del año 2014.

En el informe de la Vigencia 2015, realizó el análisis del cumplimiento del Plan de Mejoramiento del año inmediatamente anterior y otras vigencias llegando a la siguiente conclusión:

Se evaluó el control y seguimiento realizado por la Oficina de Control Interno al plan de mejoramiento, así como la efectividad de las acciones emprendidas por FONADE durante la vigencia 2015, para eliminar la causa de los hallazgos detectados por la Contraloría en auditorías anteriores, de conformidad con lo establecido en el numeral 3.3.7 de la Guía de Auditoría de la CGR.

El plan de mejoramiento suscrito por FONADE consolida los hallazgos formulados en cuatro (4) procesos de auditoría adelantados por la CGR, los cuales contienen 28 hallazgos con 56 acciones; de éstas 42 tuvieron vencimiento a 31 de diciembre de 2015, sobre los cuales FONDE dio cumplimiento en los términos establecidos. Se evidenció la efectividad de 17 de ellas correspondientes al 40%. El siguiente cuadro muestra las actividades que no fueron efectivas de cada proceso auditor:

Cuadro 3. Efectividad Acciones Cumplidas a 31-12-2015					
PROCESO AUDITOR	N° Hallazgos	N° Actividades Planteadas	Acciones Cumplidas	Acciones Efectivas	Acciones no Efectivas
2011-2012	1	1	1	0	1
2013	14	19	19	4	15
Convergencia Territorial 2013	1	2	2	0	2
2014	12	34	20	13	7
TOTALES	28	56	42	17	25
Fuente:	Elaboró equipo auditor CGR				

2.2.2 Fundamento N° 2. Del informe realizado por la Contraloría General de la República, para la vigencia 2015, se deja evidencia que los convenios suscritos en ese año no fueron terminados en la misma anualidad, diciendo lo siguiente:

En la vigencia 2015, según la base de datos remitida por FONADE, se firmaron 126 convenios por valor de \$851.638.1 millones que se desarrollaron a través de 2.192 contratos derivados, por un valor total con adiciones de \$592.979.5 millones.

En la vigencia señalada se encontraban en desarrollo 101 convenios pertenecientes a vigencias anteriores, para un total de 217 convenios por valor de \$5.6 billones y un total de 4.514 contratos derivados por valor de \$2.08 billones, dentro de los convenios la mayor parte de asignación de recursos se encuentran concentrados en la línea de negocios Gerencia de Proyectos, constituyendo el 87% de los recursos descritos.

Así mismo, en el informe de Contraloría de la Vigencia fiscal 2015 se indica lo siguiente:

La gestión y resultados de FONADE en la vigencia 2015 se encuentra afectada por deficiencias en la ejecución de convenios y contratos; debilidades en la supervisión e

interventoría; falta de oportunidad en la liquidación de la contratación derivada que afectan los estados financieros; falta de armonización de los objetivos del Plan estratégico 2014-2018 y el Plan de Acción 2015, con los del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018; deficiencias en el funcionamiento de los aplicativos como sistema de información; y falta de efectividad en las acciones del plan de mejoramiento; y en general incumplimiento de la normatividad relacionada con las acciones de repetición, defensa judicial y reconocimiento de provisiones de sentencias entre otras.

2.2.3 Fundamento N° 3. Informe de Auditoría de la vigencia 2016.

El informe de evaluación del desempeño de FONADE, realizado por la Contraloría General de la Republica a la contratación de la vigencia 2016, indica lo siguiente:

“Analizada la información de contratación suministrada por la entidad, se determina que en 985 contratos que corresponden 41,4% del total de los reportados por FONADE, el plazo de ejecución final de los proyectos supera del 100% al 9.000%, al plazo inicialmente acordado, situación que evidencia debilidades en la gestión adelantada en la gerencia de proyectos por parte de FONADE al momento de adquirir obligaciones en la etapa de negociación de convenios, al establecer plazos muy inferiores a los que realmente amerita la complejidad de los proyectos. Tales debilidades derivan en la práctica recurrente de la figura de prórrogas y suspensiones que generan gastos administrativos no previstos que finalmente afectan los resultados de FONADE, así como falta de oportunidad en la aplicación de recursos públicos con el consecuente impacto social que de ello se deriva,

considerando que FONADE en su misión contempla "(...) estructurar y ejecutar con calidad y oportunidad proyectos estratégicos dirigidos a transformar vidas en beneficio de las entidades territoriales y de las regiones".

Es así que la Contraloría presenta la siguiente conclusión luego de analizar las respuestas de FONADE:

El uso de las figuras de prórrogas y suspensiones, aunque autorizadas por la ley, influye en el plazo y en el término o la fecha determinada en el contrato para el cumplimiento de la obligación principal.

... el uso de estas figuras no está concebida como un mecanismo que exonere a la entidad estatal de su deber de planeación, ni el deber del contratista de cumplir cabalmente sus obligaciones. Su finalidad como figura excepcional es preservar el vínculo contractual cuando surgen eventos de fuerza mayor, caso fortuito o de interés público que impidan temporalmente la ejecución del negocio jurídico, en un margen de tiempo proporcional y razonable según cada caso.

... La situación detectada por la Contraloría evidencia una variación significativa y recurrente de los plazos que la misma entidad pacta como los suficientes y necesarios para el cumplimiento del objeto allí contemplado como necesidad a satisfacer por parte del cliente, y cuya población beneficiaria exige que estas actividades sean atendidas de manera oportuna y con la calidad requerida para tal fin.

Adicional a lo anterior, en los informes de la Contraloría se indica que dentro de las razones del incumplimiento en la ejecución de los proyectos, también hay inconsistencias en la información que aportan las entidades públicas, problemas con permisos para la ejecución de los proyectos, consultas previas, retrasos en la adquisición y legalización de terrenos, demoras en los trámites contractuales, todos asociados a la falta de planificación de la gestión contractual.

De otro lado, mediante el Comunicado de Prensa N° 231 (12 de diciembre de 2017) la Contraloría General de la República pone en evidencia serias deficiencias en la gestión de FONADE, mostrando entre otros aspectos lo siguiente:

***Proyectos rezagados.** A partir del análisis de la información suministrada por FONADE respecto de 543 convenios que estuvieron vigentes en el período 2013-2016, y 11.258 contratos derivados de los mismos.*

De esos 543 convenios, 415 tenían pactada una fecha de terminación anterior al 31 de diciembre de 2016, de los cuales solo el 30% se terminaron en el tiempo establecido. Otro 30% tuvieron prórrogas por más del doble de tiempo pactado inicialmente y en total más del 56% presentaron una prórroga superior al 50% del tiempo establecido inicialmente, como se observa en el siguiente cuadro:

<i>TIEMPO DE PRÓRROGA</i>	<i>Numero de</i>
<i>(En relación con el tiempo pactado inicialmente)</i>	<i>convenio</i>
<i>Terminados en tiempo</i>	<i>129</i>
<i>Prórroga mayor al 100%</i>	<i>124</i>

<i>Prórroga entre el 50% y el 100%</i>	<i>110</i>
<i>Prórroga entre el 0% y el 50%</i>	<i>51</i>
<i>Terminados anticipadamente</i>	<i>1</i>
<i>TOTAL CONVENIOS</i>	<i>415</i>

Un caso significativo es el convenio para la construcción de infraestructura educativa (197060), que tuvo 10 prórrogas que triplicaron el tiempo de ejecución inicial.

Aproximadamente el 72% de los convenios no reportan adiciones al valor inicial; sin embargo, aunque a FONADE no le aplica lo establecido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y cada contrato es una situación particular, llama la atención que en 30 convenios se presenten adiciones por más del 50% del valor del contrato, como se observa en el cuadro adjunto:

Adiciones de los convenios	
<i>VALOR DE LAS ADICIONES</i>	<i>Numero de convenio</i>
<i>Adiciones superiores al 100%</i>	<i>9</i>
<i>Adiciones entre el 50% y el 100%</i>	<i>21</i>
<i>Adiciones entre el 0% y el 50%</i>	<i>108</i>
<i>No reportan adiciones</i>	<i>351</i>

De lo anterior se extrae que en los años 2015 y 2016 posiblemente en los convenios antes relacionados no se cumplió el principio de planeación contractual, toda vez que, si se hiciera una planeación adecuada y un buen seguimiento y control a la ejecución de lo planeado, seguramente no se presentarían esas debilidades y tampoco se afectarían los resultados esperados por las entidades que aportan los recursos públicos para la ejecución de los proyectos encomendados a FONADE.

Afianzan los argumentos del posible incumplimiento del principio de planeación por parte de FONADE, los siguientes reportes realizados por periodismo investigativo:

2.2.4 Fundamento N° 4. Adiciones de CONVENIOS.

La Contraloría detectó millonarias adiciones a contratos que llevan a que cuesten más del doble, así como una deficiente gestión en los convenios con entidades públicas. El ente de control fiscal asegura que no comprende cómo el FONADE sigue gozando de un régimen especial de contratación, cuando prorroga la mayoría de los convenios que ejecuta, lo que hace que los proyectos no se terminen cuando se los necesita.

Mientras que los recursos sí se giran a los contratistas, el avance de las obras es poco. Así, de 543 convenios que estuvieron vigentes entre el 2011 y el 2016, 415 debían ser terminados antes del 31 de diciembre del año pasado. Sin embargo, solo el 30 por ciento de estos culminaron en el tiempo establecido, y un 30 por ciento tuvieron prórrogas que llevaron a que se demoraran el doble de lo pactado.

Uno de los convenios más cuestionados es el que se firmó para la construcción de infraestructura carcelaria, el cual tuvo 12 adiciones de presupuesto que sumaron 867.687 millones de pesos, lo que elevó su valor 26 veces. El tiempo, 23 de diciembre de 2017.

2.2.5 Fundamento N° 5. Presunto incumplimiento del principio de planeación y transparencia en la ejecución de contratos.

La Contraloría adelanta otras investigaciones contra de la entidad de fomento. Ante una serie de presuntas irregularidades en la ejecución del contrato interadministrativo 667 de 2015, celebrado entre el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, FonTIC, y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, MinTIC, presentó una denuncia penal ante la Oficina de Asignaciones de la Fiscalía General de la Nación, mediante la cual pone bajo su conocimiento hechos y conductas que podrían llegar a constituir un eventual delito contra la administración pública.

La denuncia se fundamenta en que Fonade no ha logrado legalizar la totalidad de una partida de recursos desembolsados, por el orden de los \$92 mil millones, y en que al parecer existen sobrecostos en la contratación derivada adelantada por dicho organismo.

Lo anterior constituye no sólo un incumplimiento a las obligaciones del contrato, sino también perjuicios para el MinTIC, razón por la cual en primera instancia se agotó la

etapa de conciliación extrajudicial, que al haber fracasado terminó en una demanda de controversias contractuales ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; acompañada de la ya mencionada denuncia penal que se interpuso ante la Fiscalía General de la Nación, además de las diferentes comunicaciones que el MinTIC ha dirigido a la Contraloría General de la República, la Agencia Jurídica del Estado y a la misma Junta Directiva de FONADE. (El Siglo, 22 de enero de 2018).

2.2.6 Fundamento N° 6. Presunto incumplimiento de los principios de planeación y transparencia.

La Contraloría General de la República abrió un proceso de responsabilidad fiscal por el detrimento patrimonial por \$4.521 millones de pesos en la construcción de la sede de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) en Santa Marta, que hoy es un ‘elefante blanco’.

Esta obra fue contratada a través de un convenio entre la ESAP y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (FONADE), el 17 de octubre de 2012 y tenía un plazo de ejecución de seis meses. El contrato, cuyo costo inicial era de 2.830 millones de pesos, fue adjudicado a Oscar Daniel Garzón Forero para construir la primera fase que contemplaba un edificio de aulas de seis pisos, otro de parqueaderos y un tanque subterráneo.

Pese a que al contrato le hicieron cinco prórrogas y le adicionaron recursos que aumentó su costo a 4.140 millones de pesos, al momento de la entrega de la primera fase de la obra, en noviembre de 2014, se evidenciaron elementos estructurales con

daños y averías en las placas y deformidades y abultamientos en las vigas. Además que no cumplía con las normas de sismo resistencia.

Estas irregularidades fueron detectadas en una auditoría realizada por la Contraloría General de la República a la ESAP en la vigencia 2015. (El Tiempo, 19 de septiembre de 2017).

2.2.7. Fundamento N° 7. Presunto incumplimiento, entre otros del principio de Planeación Contractual:

“La Personería Distrital investiga contratos que suman casi \$34.450 millones en Barrios Unidos, Fontibón y Usaquén, algunos de los cuales se habrían firmado en tiempo récord, sin estudios previos o amañados.

Celebración de contratos sin estudios previos o amañados; suscripción de convenios para eludir licitaciones públicas e incluso, la concesión de millonarios anticipos sin aparente justificación. Con este panorama se encontró la Personería de Bogotá en tres alcaldías locales de la ciudad –Barrios Unidos, Fontibón y Usaquén– a las que acaba de abrirles seis indagaciones preliminares por “graves irregularidades” en materia de contratación.

Según el ente de control –que adelanta investigaciones por anomalías similares en las alcaldías de Suba, Teusaquillo y Los Mártires– se trata de irregularidades que comprometen recursos por el orden de los \$34.450 millones, relacionadas con procesos en los que las administraciones suscribieron contratos directos, por

convenio, con anticipos o adiciones millonarias, al parecer, sin sustento.” (El Espectador, 4 de abril de 2017).

2.2.8 Fundamento N° 8. Presunto incumplimiento, entre otros del principio de Planeación Contractual

La Personería de Bogotá anunció investigación preliminar para determinar los servidores responsables de incluir 51 obras en el contrato de malla vial de la localidad de Usaquén al norte de Bogotá, que, al parecer, ya se habían realizado, mediante unos contratos suscritos entre 2011 y 2014, las cuales cuentan con una póliza de garantía de hasta \$2.500 millones, con una vigencia de hasta el 2019.

El contrato había sido suscrito por \$10.461 millones con FONADE, y según indicó el ente de control, las irregularidades saltaron a la vista cuando la Personería entró a revisar la ejecución del mismo y encontró que dichos tramos no se podían intervenir. (El Espectador, 16 de abril de 2018).

En relación con los resultados definitivos y la rigurosidad en la información antes mencionada, consulté con la Contraloría General de la República, el proceso que se sigue en la auditoría para garantizar el derecho de contradicción y defensa así como la presunción de inocencia. Al respecto, se observó que tales derechos se garantizan no publicando el informe preliminar hasta tanto haya sido controvertido con los soportes documentales y evidencias probatorias y haya sido discutido con la entidad pública auditada de tal manera que si a juicio del equipo auditor son razonables los argumentos de la entidad, no queda como hallazgo. Luego de controvertido

adquiere firmeza quedando con alcance disciplinario, penal o fiscal o simplemente como plan de mejoramiento.

2.2.9 Fundamento N° 9. Los siguientes proyectos fueron contratados para su ejecución a través de FONADE, en el año 2015 y en junio del año 2018 están suspendidos o abandonados según lo informó Noticias Caracol (junio de 2018):

Fig. N° 3, Suspendidos o abandonados					
PROYECTO	UBICACIÓN	VALOR	AÑO	PLAZO PACTADO	ESTADO
Construcción de la sede territorial de la ESAP en la Ciudad en Neiva, contrato N°213064 de diciembre 27 de 2013	Neiva	\$8.500 millones	2015	7 Meses	Obra suspendida desde diciembre de 2017
Construcción de Colegio en la Ciudadela San Antonio – recursos del Ministerio de Educación Nacional. Convenio 197060, 24 de febrero de 2015.	Buenaventura	\$28.000	2015	20 meses.	Solo se ve la construcción de la estructura y totalmente abandonada.
Construcción de Parque y Zona de Recreación, barrio Cristóbal Colón	Buenaventura	\$381.000 millones	2015	12 meses	Obra abandonada desde el año 2016.

CAPITULO II

EL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LAS EICE Y RELACIÓN ENTRE ÉSTE Y LOS FINES DEL ESTADO

3. Efectos de la mala planeación o falta de planeación.

La definición de la misión y la visión de las empresas industriales y comerciales del Estado puede estar muy bien definida y establecida a partir de los estudios y análisis realizados en la planeación y ejecución de su quehacer a través de la planeación estratégica, pero no siempre se logra que sean eficientes, esto en razón a que son administradas por quienes no son sus propietarios. Ningún gerente estatal va a administrar una compañía tan eficientemente como lo haría su propio dueño. Sin embargo, este problema no existiría si los propietarios de las empresas del Estado, es decir los ciudadanos, pudiesen controlar a los gerentes, o sea sus agentes. (Ha-Joon Chang – 2009), pero el monitoreo de los administradores siempre será imperfecto, porque resulta muy difícil verificar si el mal desempeño de las compañías estatales se debe a la poca afición al trabajo del equipo gerencial o a cuestiones que van más allá de la capacidad de los burócratas, o a intereses de terceros.

Los valores que tengan los administradores influirán en el tipo de metas que éstos seleccionen y la manera de realizarlas. Estos valores pueden ser sociales o éticos o implicar asuntos prácticos como el tamaño que se quiere de la organización o el tipo de producto que se quiere producir u operar de tal forma que las compañías excelentemente administradas estén “orientadas por sus valores”, (Stoner y Freeman, 1994 pág. 201) es decir que los valores organizacionales realmente deben guiar las acciones de sus administradores y no que la organización se oriente hacia los intereses de éstos.

La falta de planeación puede conducir a la nulidad de los contratos, aunque no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal produzca la nulidad del contrato por ilicitud de su

objeto, cuando un contrato se celebra en circunstancias protuberantemente contrarias a las ordenadas imperativamente por la ley, puede producirse la nulidad por ilicitud en su objeto.

La nulidad por ilicitud de objeto, se da como un medio para proteger el orden público y las normas imperativas, es decir el interés general, entendiendo que las normas imperativas son aquellas que mandan u ordenan y las que prohíben, en tal sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado (Sentencia 24.809, 2014) indicando que *“la transgresión del orden público se presenta cuando se viola la que prohíbe así como cuando no se observa o se desatiende la que ordena, casos todos estos que conducen a una nulidad absoluta por objeto ilícito”*.

La fuente normativa de la nulidad absoluta de los contratos basado en el objeto ilícito son los artículos 6º y 1519 del Código Civil al prever respectivamente que *“... en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa...”* y que *“hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación...”*, lo que se traduce en que los artículos 1521, 1523 y 1741 del Código Civil y el artículo 899 del Código de Comercio son solamente aplicaciones concretas de ellos y por consiguiente toda violación a un mandato imperativo o a una prohibición de la ley, comporta un vicio que genera nulidad absoluta que puede y debe ser decretada de oficio por el juez cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, y siempre y cuando estén presentes en el proceso todas las partes que lo celebraron de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1742 del Código Civil y en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

4. Relación entre la falta de planeación y la afectación de los fines del Estado

La falta de planeación causa fracaso en los procesos, negocios, actividades, industrias y empresas y con ello problemas para las entidades públicas y sus servidores y colaboradores. Si bien, planificar con antelación los objetivos actividades necesarias para la preparación, suscripción, ejecución y liquidación de los contratos estatales no garantiza su éxito, reduce en gran medida las posibilidades de errores y daños antijurídicos previsibles y evitables.

Al respecto el Consejo de Estado (Sentencia 0506, 2008) indicó que:

“La falta de planeación por parte de las entidades públicas incide en la etapa precontractual, pero significativamente, en la etapa de ejecución, momento en el cual las omisiones de la Administración por falta de estudios y diseños definitivos generan serias consecuencias que llevan a modificar las cantidades de obra y las condiciones técnicas inicialmente pactadas, que a su turno generan incrementos en los costos del proyecto y en el más grave de los casos, paralización de obras por la falta de los recursos requeridos”.

Unido a la falta de rigurosidad en la planeación contractual que puede presentarse en la administración, lamentablemente en nuestro País hay malas prácticas enquistadas en el actuar de algunos gestores públicos, que hacen parte de la anticultura del manejo de lo público asociadas a la politiquería y la corrupción haciendo parte de la dinámica de la administración de las organizaciones estatales, a las cuales no escapan las EICE. Mientras tales prácticas no sean eliminadas no se cumplan estrictamente valores corporativos, serán ineficientes e ineficaces en el

cumplimiento de sus objetivos institucionales y no podrán cumplir con los fines del Estado, aun cuando se incluyan en las normas que las regulan la obligatoriedad de aplicar los principios orientadores de la función administrativa y la gestión fiscal y en los manuales de contratación se establezcan facilidades para alivianar las formalidades que suponen demoras en la contratación.

En relación con el cumplimiento de los fines del Estado por las EICE, es pertinente recordar que éstas son creadas por ley o con autorización de ésta para atender necesidades sentidas de la población, por tanto el quehacer de tales organizaciones debe enfocarse a los fines del Estado definidos en el artículo 2° constitucional. En la definición de sus objetivos y metas institucionales debe sujetarse a las metas previstas por el Gobierno en el Plan de Desarrollo y para desarrollar su objeto usan los recursos públicos ajustándose a las disposiciones presupuestales que rigen la materia.

En aquellos casos en que compiten con los particulares en el desarrollo de actividades o prestación de servicios tales como: hoteleros, (hotel Tequendama, Club de Suboficiales del Ejército), de seguros (Seguros del Estado y la Previsora), de correos (SPN 472) en los aspectos distintos al Servicio Postal Universal, entre otras, donde además ha demostrado no ser eficiente en la gerencia de tales entidades, se aleja ostensiblemente de los fines del Estado, en tanto éste, debe ser la autoridad reguladora y a través de sus entidades y dependencias de inspección, vigilancia y control asegurar el cumplimiento de los derechos y garantías propias del interés general.

CONCLUSIONES

Las empresas industriales y comerciales del Estado – EICE cuando estén en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, deben tener en cuenta y aplicar en su gestión contractual el Principio de Planeación, no porque formalmente esté definido como principio de la contratación estatal sino porque este principio es el eje o el núcleo que permite garantizar el respeto de otros principios a los que sí están formalmente obligadas a cumplir para lograr los fines del Estado.

Conforme se describió en el desarrollo de este trabajo, las EICE tienen un objeto o razón de ser que atiende a los fines estatales, pero el cumplimiento de sus finalidades, en algunos casos, ha sido distorsionado o desdibujado por malas prácticas de los administradores que olvidan el interés general para atender asuntos particulares, casi siempre orientados a la compensación de favores políticos o electorales, o en las peores circunstancias asociados a corrupción, haciendo que tales entidades estén muy alejadas del cumplimiento de los fines del Estado. En tales eventos, no se justifica la presencia del Estado como dueño y gestor de sociedades que por buenas y rentables que sean, son obligadas a atender intereses particulares de sus administradores olvidándose del cumplimiento de principios elementales como el respeto por la legalidad y la ética frente al manejo de lo público.

No por el hecho de que las EICE que actúan en competencia con particulares o en desarrollo de contratos propios de su objeto, estén exentas de la aplicación del régimen general de la contratación pública pueden inaplicar el Principio de Planeación, pues de hacerlo, terminarían material y formalmente inobservando otros principios de la función pública e incluso afectando los fines del Estado.

Cuando se incumple con el principio de Planeación Contractual de manera ostensible, se violan otros principios definidos en los artículos 209, 341 y 267 constitucionales; los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la ley 80 de 1993 y su reglamentación prevista en el Decreto 1082 de 2015, aplicables a las entidades públicas en general porque todos los principios integran un todo de tal manera que si se incumple este principio se afectan los demás; y cuando se trate de empresas industriales y comerciales del Estado, en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, además de afectar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, se trasgreden las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales.

El principio de Planeación es el eje fundamental de la gestión institucional para llevar a cabo sin contratiempos los objetivos institucionales encomendados a las entidades del Estado, las cuales habitualmente los realizan con el apoyo de contratistas públicos o privados. Se ha evidenciado que cuando falla la planeación por lo general fracasan los proyectos y ello tiene

una afectación directa en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado consignados en el artículo 2° de la Constitución Política.

El proceso de planeación contractual está determinado por normas como el Plan Nacional de Desarrollo, que está asociado al período de gobierno nacional, departamental o distrital y municipal y el Estatuto Orgánico de Presupuesto que consagra el principio de anualidad presupuestal, los cuales marcan el derrotero para el desarrollo de proyectos limitados en el tiempo a mediano y largo plazo y a los mismos se debe ajustar el ciclo del proyecto, siendo necesario para los gobernantes de turno apropiarse del concepto de planificación en el diseño, ejecución y realización de proyectos de gran impacto.

La aplicación del principio de Planeación es imperativo para el logro exitoso de la ejecución de los proyectos, sean nacionales o sectoriales a mediano o largo plazo según resulte del diagnóstico general de la economía y las estrategias y políticas en materia económica, social y ambiental, las cuales guían la acción del Gobierno para alcanzar los objetivos y metas que se hayan definido, y éstas a su vez, están asociadas a la suscripción y ejecución de contratos dependiendo del plan de inversiones de las entidades públicas según los recursos disponibles para cada caso.

Es así que, contrario a lo que ocurre en el derecho común, en el que prima la autonomía de la voluntad y la libertad de forma, en el derecho público la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos del Estado es eminentemente reglado o formal, de manera que las partes, entidad pública y particular están en la obligación de cumplir con el

procedimiento fijado por el orden jurídico, bajo precisos principios que garantizan el derecho a la igualdad de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad.

Conforme con lo anteriormente mencionado, todo parece indicar entonces, que FONADE e INDUMIL como empresas industriales y comerciales del Estado, posiblemente no están cumpliendo con el principio de Planeación Contractual. Las innumerables actuaciones que se inician por diferentes órganos de control (demostradas al menos por el sin número de registros de prensa y resultados de auditorías de entes de control), indican con una altísima probabilidad que quizás se está desconociendo uno de los principales principios orientadores de la gestión contractual como lo es La Planeación, dando lugar a prórrogas indiscriminadas, adiciones, a la suspensión o abandono de las obras y en las peores circunstancias, potencialmente hay lugar a la nulidad del contrato por objeto ilícito y en todos estos casos se afectan de manera directa el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

El principio de Planeación de la gestión contractual de las EICE tiene relación directa con el cumplimiento de otros principios orientadores de la función administrativa y fiscal del Estado, previstos en los artículos 209 y 267 constitucionales y está orientado a defender el orden público y las normas imperativas, es decir el interés general (cuyo incumplimiento puede generar nulidad para el contrato celebrado), y a limitar la discrecionalidad del gestor público, cuya regla de conducta no puede ser otra que la de reconocer y respetar los derechos, las funciones, deberes, obligaciones o prohibiciones concretas respecto del cargo o función que se le ha encomendado para no incurrir en una falta disciplinaria. (Ley 1952 de 2019, art. 26)

Las EICE funcionan con recursos públicos por tanto deben atender en sus objetivos institucionales a los fines del Estado, pero en algunos casos, en particular en aquellos en que compiten con los particulares en el desarrollo de actividades o prestación de servicios tales como: hoteleros, (hotel Tequendama, Club de Suboficiales del Ejército), de seguros (Seguros del Estado y la Previsora), de correos (SPN 472), entre otras, donde además ha demostrado no ser eficiente en la gerencia de tales entidades, se aleja ostensiblemente de los fines del Estado que en el contexto actual debe asumir un papel más regulador y a través de sus entidades y dependencias de inspección, vigilancia y control cumplir su papel de garantía del interés general.

REFERENCIAS

- Aponte, D. (2014). "*Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra*", en Revista Digital de Derecho Administrativo N.º 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arce y Flórez, V. J. (1990). *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Editorial Civitas S.A., Madrid, España.
- Berrocal, L. (2016). *Manual de Acto Administrativo*, Séptima edición, Editorial ABC.
- Etkin, J. (2014). *Gestión de la Complejidad en las Organizaciones*, Ediciones Granica S.A., Buenos Aires, México, Santiago y Montevideo.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (11 de mayo de 1999). Sentencia con Rad. 10196. [MP. Ricardo Hoyos Duque].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (03 de diciembre 2007). Sentencia con Rad. 24.715. [MP. Ruth Stella Correa Palacio].
- Consejo de Estado; Sala de lo contencioso administrativo. (26 de noviembre de 2009. Sentencia con Rad. 0506-08. [M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (3 de febrero de 2010). Sentencia con Rad. 19.526. [MP. Ruth Stella Correa Palacio].
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (31 de enero de 2011). Sentencia con Rad. 17.767. [MP. Olga Mélida Valle de De la Hoz].

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, (14 de febrero de 2012).

Sentencia con Rad. 38.924. [MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, (15 de febrero de 2012) Sentencia

con Rad. 19.730. [MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (26 de julio 2012). Sentencia con

Rad. 22.756. [MP. Danilo Rojas Betancourth].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (24 de abril de 2013). Sentencia con

Rad. 27.315. [MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado - Sala Plena Contenciosa Administrativa. (29 de Julio de 2013) Sentencia con

Rad. 17.757 [MP. Danilo Rojas Betancourth].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (20 de octubre de 2014). Sentencia

con Rad. 24.809. [MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, (27 de enero de 2016).

Sentencia con Rad. 49.847. [MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, (29 de febrero de 2016), Sentencia

con Rad. 32.041. [M.P. Stella Conto Díaz del Castillo].

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (20 de febrero de 2017). Sentencia

con Rad. 56.562. [MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Constitución Política de Colombia, 04 de julio de 1991, recuperado de:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Corte Constitucional (11 de febrero de 1993). Sentencia C-040 de 1993. [MP. Ciro Angarita

Barón].

Corte Constitucional. (23 de abril de 2002). Sentencia C-283. [MP. Alfredo Beltrán Sierra].

Corte Constitucional. (17 de marzo de 2006). Sentencia T-209. [MP. Jaime Córdoba Triviño].

Corte Constitucional. (9 de agosto de 2001). Sentencia C-840. [MP. Jaime Araujo Rentería].

Cosculluela, L. (2010) Editorial Aranzadi S.A., Vigésimo Primera Edición, Pamplona España.

De Pina, R. (2006). *Diccionario de Derecho*. Editorial Porrúa.

El espectador. (4 de abril de 2017). *Advierten “graves irregularidades de contratación” en alcaldías locales de Bogotá*. Recuperado de:

<https://www.elespectador.com/noticias/bogota/advierten-graves-irregularidades-de-contratacion-en-tres-alcaldias-locales-de-bogota-articulo-687825>

El Espectador. (16 de abril de 2018). *Controversia por ejecución de contrato de malla vial de*

Usaquén. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/bogota/controversia-por-ejecucion-de-contrato-de-malla-vial-de-usaquen-articulo-750269>

El Nuevo Siglo. (22 de enero de 2018). *Demanda de Mintic contra Fonade por contrato*

irregular. Recuperado de: <http://elnuevosiglo.com.co/articulos/01-2018-demanda-de-mintic-contra-fonade-por-irregularidades-en-contrato>

El Tiempo (19 de septiembre de 2017). *Abren proceso por detrimento en sede de la Esap en*

Santa Marta. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/contraloria-abre-proceso-por-detrimento-en-sede-de-la-esap-en-santa-marta-132488>

El Tiempo. (23 de diciembre de 2017). *Fonade, el motor de desarrollo que terminó como botín*

político. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/contraloria-evidencia-mala-gestion-del-fonade-164854>

Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE, (2016). *Estatuto de Contratación*, recuperado de: http://www.fonade.gov.co/portal/page/portal/WebSite/Fonade/archivo/Tab/estatuto_contratacion_MDI720_09_09_2016_0.pdf.

Fondo Nacional del Ahorro -FNA- (2018) recuperado de: <https://www.fna.gov.co/prensa/boletines-de-prensa/fondo-nacional-del-ahorro-cumple-medio-siglo-haciendo-de-colombia-un-pais-de-propietarios>.

Gardella. L. (1969). *Principios Generales del Derecho*. Artículo citado en la Enciclopedia Jurídica OMEBA. Buenos Aires-Argentina, T. XXIII.

García de Enterría, E. y Ospina, T. (2013). *Curso de Derecho Administrativo* .I. Decimosexta edición. Editorial Aranzadi S.A. Navarra - España.

Grueso, M. (2014). *Las particularidades de las entidades estatales de naturaleza única y régimen especial*. Revista Republicana. Núm. 17. p.p. 193-214. Recuperado de: <http://revista.urepublicana.edu.co/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=7zxtBNU4WtYePqZqpNYIJWUpcqdtK0Nq520-IKDCwow>,

Ha-Joon Chang, (2009). *¿Por qué fracasan las empresas estatales.?*, La tercera Opinión, recuperado de: <http://la-tercera-opinion.blogspot.com.co/2009/09/por-que-fracasan-las-empresas-estatales.html>

Hernández, D. (6 de octubre de 2016). *Desminado Humanitario: Denuncian irregularidades en contrato millonario*. Fuerzas Militares.org.. Recuperado de: <http://www.fuerzasmilitares.org/notas/colombia/ministerio-de-defensa/7124-desminado-denuncia.html>

Industria Militar Colombiana – INDUMIL. (2016). Recuperado de:

<https://www.indumil.gov.co/wp-content/uploads/2016/04/RESULTADOS-AUDITORIAS-CGR-2011-AL-2016.pdf>

La FM. (30 de septiembre de 2016). *Denuncian irregularidades en millonario contrato de*

desminado humanitario. Recuperado de: <https://www.lafm.com.co/colombia/denuncian-irregularidades-en-millonario-contrato-de-desminado-humanitario>

Mejía, A. (2017). *Regímenes Especiales de Contratación en el Sector Público*, Medellín,

Biblioteca Jurídica Diké.

Münch, L. (2014). *Administración, gestión organizacional, enfoques y proceso administrativo*.

Segunda Edición. Pearson Educación. México. D.F.

Naranjo, V. (2014). *Los convenios administrativos de asociación e interés público, entre el*

ejercicio del poder discrecional de la administración y la aplicación de los principios de la contratación estatal en Colombia. (Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia).

Recuperado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/cgi/export/44386/#sthash.Oum8qyeI.dpuf>

Noticias Caracol. (4 de junio de 2018). *Entre 2013 y 2016, Fonade recibió millonarios recursos*

para obras que no fueron ejecutadas. Recuperado de:

<https://twitter.com/noticiascaracol/status/1003798131027296256>

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. UNESCO.

2001. *La Radio y Televisión Pública, ¿Por qué? ¿Cómo?*. Recuperado de:

<http://www.unesco.org/new/es/communication-and-information/resources/publications-and-communication-materials/publications/full-list/public-broadcasting-why-how/>

Peña, L. (2017). *Contratos Empresariales Nacionales e Internacionales*. 6ª Edición. Bogotá.

ECOEdiciones.

Portafolio, (Agosto 28 de 2015), *El 80 % de las ventas de Indumil no son productos militares*, recuperado de: <http://www.portafolio.co/economia/finanzas/80-ventas-indumil-son-productos-militares-24432>.

República de Colombia, Colombia Compra Eficiente. (2017). Recuperado de: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/contratacion-con-entidades-privadas-sin-animo-de-lucro-y-de-reconocida-idoneidad>.

República de Colombia, Contraloría General de la República. (2016). *CGR-CDGPIF-N°017, julio de 2016. FONDADE*.

República de Colombia, Contraloría General de la República. (2017). *CGR-INDUMIL-N°002*.

República de Colombia, Contraloría General de la República. (2017). *CGR-CDGPEIF-N°018, junio de 2017. FONDADE*.

República de Colombia, Contraloría General de la República. (2017). Comunicado de Prensa N° 231 (12 de diciembre de 2017), recuperado de: <https://www.contraloria.gov.co>.

República de Colombia, Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP. (2016). *Entidades Activas DAFP. Listado de todas las entidades activas. Recuperado de:* <https://www.datos.gov.co/Funci-n-p-blica/Entidades-Activas-DAFP/8m3j-379i/data>

República de Colombia. Departamento Nacional de Planeación. (2016). *Que es el Plan Nacional de Desarrollo*. Recuperado de: <https://www.dnp.gov.co/Plan-Nacional-de-Desarrollo/paginas/qu-es-el-pnd.aspx>

República de Colombia, Procuraduría General de la Nación, Auditoría General de la República, Contralor General de Santander. (28 de octubre de 2011). *Circular Conjunta N° 034 y su anexo. Gestión contractual y principios de la función administrativa, entidades no sometidas al estatuto general de contratación*. Recuperados de:

[https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/circular%20conjunta%20034\(1\).pdf](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/circular%20conjunta%20034(1).pdf)

[yhttps://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/CIRCULAR%20CONJUNTA%20EXTERNA%20adjunto20102011%281%29.pdf](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/CIRCULAR%20CONJUNTA%20EXTERNA%20adjunto20102011%281%29.pdf)

Reyes, A. (1994). *Administración Moderna*. Editorial Limusa S.A. Mexico D.F.

Rodríguez L. (2011). *Derecho administrativo general y colombiano*. 17ª edición. Bogotá.

Editorial: Temis.

Stoner, J. A. y Freeman R., (1994) *Administración*. Quinta Edición, Prentice Hall

Hispanoamericana, S.A., México, traducido de la quinta edición en inglés de Management por Arturo Córdoba Just.

Suárez, D. (2010). Fundamentos constitucionales, principios y reglas de la interpretación de la

Contratación Estatal en Colombia, en Atehortúa, C., Hernández, A. y Ospina, J. (pp. 57-130). *Temas y Contratos Estatales*. Medellín. Biblioteca Jurídica Diké.

Wikipedia, 2015, recuperado de: https://es.wikipedia.org/wiki/Servicio_Postal_Universal.

W Radio, (8 de agosto de 2017). *Autoridades investigan un nuevo cartel de ciencia y tecnología*

en Fonade. Recuperado de: <http://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/autoridades-investigacion-un-nuevo-cartel-de-ciencia-y-tecnologia-en-fonade/20170808/nota/3542966.aspx>

Zagrebelsky, G. 2003. *El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, quinta edición,

citado en Revista de estudios histórico-jurídicos, *versión impresa* ISSN 0716-5455, Rev.

estud. hist.-juríd. N. 27 Valparaíso 2005. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552005000100073>.