

LA CORRUPCIÓN Y LA CONTRATACIÓN DIRECTA

Falencias regulatorias en algunos contratos y convenios estatales celebrados en forma directa y su relación con prácticas corruptas - El papel del Derecho en la prevención y tratamiento del fenómeno de la corrupción.

LAURA MELISA FLÓREZ CASTILLA



Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Ciencias Jurídicas
Departamento de Derecho Público
Director: Mario Roberto Molano López
Bogotá D.C, 2018

LA CORRUPCIÓN Y LA CONTRATACIÓN DIRECTA

Falencias regulatorias en algunos contratos y convenios estatales celebrados en forma directa y su relación con prácticas corruptas - El papel del Derecho en la prevención y tratamiento del fenómeno de la corrupción.

Presentación de proyecto de grado para optar por el título de abogada

LAURA MELISA FLÓREZ CASTILLA

Director de tesis

ARIEL IGNACIO NEYVA MORALES

Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Ciencias Jurídicas
Departamento de Derecho Público
Director: Mario Roberto Molano López
Bogotá, D.C, 2018



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Bogotá

Bogotá D.C., julio 10 de 2018

Señores
BIBLIOTECA GENERAL
Pontificia Universidad Javeriana
Ciudad

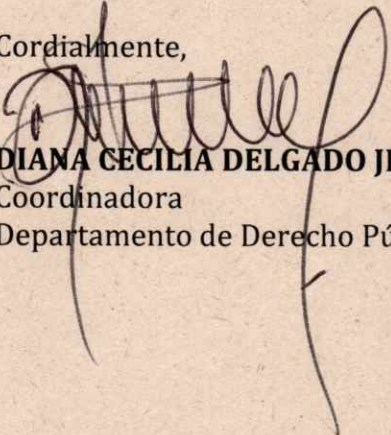
Asunto: Trabajo de grado

Estimados Señores:

Presentó el trabajo de grado titulado "**LA CORRUPCIÓN Y LA CONTRATACIÓN DIRECTA**", presentado por la estudiante **LAURA MELISA FLOREZ CASTILLA** cuya sustentación fue aprobada en este Departamento.

Sin otro particular.

Cordialmente,



DIANA CECILIA DELGADO JIMENEZ
Coordinadora
Departamento de Derecho Público

Facultad de Ciencias Jurídicas

Calle 40 N°6-23 Piso 6° PBX (57-1)3208320 Exts.: 5194 -5196 – 5197 – 5205 Fax: (57-1) 3384535 Bogotá, D.C., Colombia

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

TABLA DE CONTENIDO

CAPÍTULO INTRODUCTORIO	10
CAPÍTULO I: CONTRATOS DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN	32
1. Marco jurídico	32
1.1 Fundamento constitucional	32
1.2 Marco legal	37
2. Modalidades genéricas de asociación de entidades públicas para el desarrollo de las actividades de ciencia y tecnología	40
3. Tipos contractuales específicos para el desarrollo de actividades de ciencia, tecnología e innovación	42
3.1 Convenio especial de cooperación	42
3.1.1 Definición	42
3.1.2 Régimen	43
3.1.3 Requisitos	45
3.1.4 Partes contratantes	46
3.1.5 Objeto	48
3.1.6 Contenido	48
3.1.6.1 Régimen de solidaridad	49
3.1.6.2 Propiedad de los resultados	49
3.1.6.3 Obligaciones contractuales	50
3.1.6.4 Administración de los recursos aportados	50
3.1.6.5 Transferencia tecnológica	51
3.2 Contrato o convenio de financiamiento	51
3.2.1 Definición	51
3.2.2 Objeto	51
3.2.3 Partes	52
3.2.4 Régimen	52
3.2.5 Modalidades	52
3.2.5.1 Reembolso obligatorio	52
3.2.5.2 Reembolso condicional	53
3.2.5.3 Reembolso parcial	54
3.2.5.4 Recuperación contingente	55
3.3 Contratos de administración de proyectos	57
4. Causal de contratación directa	59

4.1	Definición de actividades de C, T e I.....	63
CAPÍTULO II: CONTRATO DE APORTE.....		72
1.	Marco jurídico.....	72
1.1	Marco constitucional.....	72
1.2	Marco legal.....	74
2.	Contrato de aporte.....	77
2.1	Definición.....	77
2.2	Régimen.....	78
2.3	Objeto.....	81
2.4	Contenido.....	84
2.4.1	Cuantías para efectos de garantías.....	85
2.4.2	No existencia de anticipos o pagos anticipados.....	86
2.4.3	Devolución de aportes.....	86
2.4.4	Prestación del servicio de bienestar familiar.....	87
2.4.5	Vigencia anual.....	87
2.4.6	Causación y pago de impuestos.....	87
2.5	Características.....	88
2.6	Requisitos.....	91
2.7	Partes contratantes.....	92
3.	Causal de contratación directa.....	95
CAPÍTULO III: CONTRATACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO.....		101
1.	Prestación del servicio educativo en Colombia.....	101
2.	Contratación del servicio público educativo.....	103
2.1	Aspectos generales.....	103
2.1.1	Deberes previos a la suscripción de los contratos.....	103
2.1.1.1	Insuficiencias y/o limitaciones.....	103
2.1.1.2	Canasta educativa.....	107
2.1.1.3	Identificación de la población estudiantil.....	107
2.1.1.4	Acreditación de idoneidad.....	108
2.1.2	Obligaciones contractuales comunes.....	109
2.1.2.1	Obligaciones del contratista.....	109
2.1.2.2	Obligaciones del contratante.....	110
2.1.3	Marco jurídico.....	113

2.1.3.1	Fundamento constitucional	114
2.1.3.2	Marco legal y reglamentario	115
2.2	Tipologías contractuales	116
2.2.1	Contrato de prestación del servicio público educativo	117
2.2.1.1	Definición	117
2.2.1.2	Objeto y Plazo	118
2.2.1.3	Causal de contratación directa	118
2.2.1.4	Partes contratantes	121
2.2.1.5	Obligaciones	122
2.2.2	Contrato interadministrativo para la prestación del servicio educativo con Instituciones de Educación Superior Oficiales	123
2.2.2.1	Definición	123
2.2.2.2	Objeto	123
2.2.2.3	Causal de contratación directa	125
2.2.2.4	Partes contratantes	126
2.2.2.5	Plazo	127
2.2.2.6	Obligaciones	127
2.2.3	Contrato para la promoción e implementación de estrategias de desarrollo pedagógico con iglesias y confesiones religiosas	128
2.2.3.1	Definición	128
2.2.3.2	Objeto	128
2.2.3.3	Causal de contratación directa	128
2.2.3.4	Partes contratantes	128
2.2.3.5	Obligaciones	129
2.2.4	Contratación de prestación del servicio público educativo con establecimientos educativos no oficiales de alta calidad	131
2.2.4.1	Definición	131
2.2.4.2	Objeto	131
2.2.4.3	Causal de contratación directa	132
2.2.4.4	Partes contratantes	133
2.2.4.5.	Plazo	134
2.2.4.6.	Obligaciones	135
2.2.5	Contrato con establecimientos educativos mediante subsidio a la demanda 138	
2.2.5.1	Definición	138

2.2.5.2	Objeto	138
2.2.5.3	Causal de contratación directa	139
2.2.5.4	Partes contratantes	139
2.2.5.5	Obligaciones	139
2.2.5.6	Plazo	141
CAPÍTULO IV: CONVENIOS DE ASOCIACIÓN		142
1.	Marco jurídico	142
1.1	Fundamento constitucional	142
1.2	Marco legal y reglamentario	144
2.	Tipos de convenios celebrados por entidades estatales con entidades sin ánimo de lucro	147
2.1	Convenios de interés público	148
2.1.1	Definición	148
2.1.2	Objeto	148
2.1.3	Partes	151
2.1.4	Régimen	157
2.1.5	Requisitos previos a la celebración de los convenios de interés general	158
2.1.6	Contenido	162
2.1.7	Obligaciones	163
2.1.8	Causal de contratación directa	169
2.2.	Convenio de asociación	172
2.2.1.	Definición	172
2.1.8	Objeto	173
2.1.9	Partes	173
2.1.10	Régimen legal	174
2.1.11	Contenido	175
2.1.12	Causal de contratación directa	176
CONCLUSIONES		179
Bibliografía		181
Fallos citados		183
Referencias normativas		184

Resumen

Esta tesis busca analizar las falencias en la estructuración, diseño y fundamento jurídico de cuatro contratos estatales celebrados de forma directa, a saber, contratos de ciencia, tecnología e innovación, contratos de aporte, contratos para la prestación del servicio educativo y convenios de asociación, para demostrar cómo esas falencias terminan facilitando el actuar corrupto de miembros de entidades estatales que a través de estos mecanismos ejecutan una parte importante de su presupuesto, con fines sociales y de interés general, que nunca se llegan a materializar por la malversación de recursos afectos a estas tipologías contractuales.

Palabras clave

Contratación estatal – Modalidad de selección excepcional de contratación directa – Convenios de la administración – Corrupción.

“(...) Entonces, la pregunta está abierta: ¿y cómo debo (con)vivir con la “verdad” de la realidad corrupta de mi país? Y la respuesta no sale del etnocentrismo-pragmático, puesto que está condenado a entrar en un ciclo sin retorno, el mismo que escuchamos cada vez que se justifica la corrupción diciendo: “Es que somos así..., todos son así, todos mienten...”, “siempre ha sido así...”. Ese pragmatismo exagerado, que solo busca razones dentro de sus propios consensos y se cierra en su propio espacio lógico, cierra también el espacio político. No es coincidencia que del desmesurado pragmatismo de la verdad surja un escepticismo feroz –a causa del relativismo excesivo– a todo discurso político.”

Diego Sime-Rendón. Roba pero hace obra – Pragmatismo de la corrupción y corrupción del pragmatismo

CAPÍTULO INTRODUCTORIO

La corrupción ha sido un problema general y constante a nivel global que permea a instituciones públicas y privadas con afectaciones a nivel político, económico y social al país que la sufre; por esta razón el concepto de corrupción es multidisciplinario, tal y como lo describe Misas et al., *“La noción de corrupción es parasitaria de un sistema normativo. Por esa razón, la corrupción puede tener una naturaleza económica, política, jurídica o ética, o participar en varios de estos niveles a la vez.”*

Así las cosas, la corrupción es un fenómeno complejo y de difícil concreción, por lo cual su definición cambiará según la perspectiva desde la cual se abarque. Sin embargo, el fin de construir socialmente una definición de corrupción es separar la esfera pública de la esfera privada de la manera más clara y estricta posible (Arellano Gault, 2016), para así determinar o fijar la dicotomía que dicte cuáles comportamientos son aceptables y cuáles no lo son.

El Derecho como sistema regulador de las dinámicas sociales, es el mecanismo que determina cuáles comportamientos son corruptos legalmente y, en consecuencia, son merecedores de persecución por los órganos de control competentes. Más adelante se va a volver sobre este tema, no obstante, es importante resaltar que la calificación legal de un comportamiento como corrupto es altamente relevante al incidir en el cálculo costo-beneficio del individuo que piensa realizarlo, al ser un hecho que repercute en su situación personal por generarle consecuencias jurídicas sancionatorias y gravosas para él.

El análisis costo-beneficio del individuo no se limita a determinar si la conducta que pretende cometer es ilícita, el individuo calcula también sus probabilidades de éxito

basándose en la efectividad de la sanción jurídica que se le imputaría por cometer el hecho. Es decir, el individuo en primera instancia puede ser consciente de la sanción legal que conlleva el acto que piensa cometer, sin embargo, si dicha sanción jurídica no es efectiva en la mayoría de los casos (por diferentes causas, por ejemplo, por un sistema de control ineficiente o laxo), el poder disuasorio del Derecho es menor, haciendo más probable que el individuo decida ejecutar el acto corrupto así sea ilegal, ante la mayor probabilidad de realizarlo sin tener ninguna sanción jurídica.

Sin desconocer la importancia del rol del Derecho en la sanción de la corrupción, no se puede obviar su falla, como ciencia social, de pretender definir estáticamente, desde la semántica y teoría¹, comportamientos que inevitablemente van a superar esa definición en la realidad.² En consecuencia, el papel del Derecho termina siendo en gran medida actuar reactivamente a esos comportamientos no previstos, pero presentados en la realidad social y política cambiante, y que merecen una respuesta regulatoria.

En Colombia el control a las actuaciones corruptas realizadas en el marco de la contratación pública se da en tres ámbitos: fiscal, disciplinario y penal, a cargo de la

¹ La postura de Eloy García al respecto es útil para esclarecer este punto, pues el autor ve al Derecho como un instrumento que utiliza el lenguaje como herramienta y en esta medida se ve limitado por él; *“A este respecto, conviene recordar que los conceptos y las categorías políticas, sociológicas y jurídicas, como las expresiones del lenguaje corriente, únicamente alcanzan y mantienen un sentido semántico coherente con las realidades que teóricamente enuncian, es decir, se comportan como entidades portadoras de contenidos lingüísticos no distorsionados, en el escenario sistemático en que se originaron y desarrollan su existencia. Fuera de él, tal vez pueden conservar su forma, su apariencia, pero significando algo muy distinto.”*

² Huber lo expresa de la siguiente manera: *“La definición de la corrupción, no es algo que solamente está tipificado en un reglamento o ley, es algo que se da en las prácticas de los ciudadanos y que fluctúa de acuerdo a relaciones de poder, episodios históricos y eventos políticos.”*

Contraloría General de la República,³ Procuraduría General de la Nación⁴ y Fiscalía General de la Nación⁵ (con todos sus niveles territoriales) respectivamente.

Para no entrar en mayores disquisiciones sobre el concepto de corrupción, para efectos de este trabajo la corrupción se va a abordar desde la óptica jurídica, es decir, corrupción serán los comportamientos sancionados por el ordenamiento colombiano (en cualquiera de los tres ámbitos ya mencionados)⁶ que se han presentado en la práctica, o se pueden llegar a presentar, en las cuatro tipologías contractuales a estudiar, a saber; contratos y convenios de ciencia, tecnología e innovación, contrato de aporte, contrato de prestación de servicios educativos y convenios de asociación, por las falencias en la estructuración y fundamentación jurídica de estos. Cabe advertir, la pretensión de este trabajo no es entrar a profundizar ni a estudiar el tratamiento jurídico sancionatorio de la corrupción,

³ Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 119. 7 de julio de 1991 (Colombia).

⁴ Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 277, num. 6. 7 de julio de 1991 (Colombia).

⁵ Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 250. 7 de julio de 1991 (Colombia). En específico el ejercicio de la acción penal en lo concerniente a los tipos penales consagrados en el Título XV “Delitos contra la administración pública” del Código Penal Colombiano contemplado en la Ley 599 de 2000.

⁶ Los casos de corrupción que se traerán a colación son aquellas conductas que constituyen o se traducen en violación legal. Esta precisión se hace entendiendo que no toda actuación ilegítima va a ser ilegal, ni toda actuación legal es legítima. Para entender esta afirmación es preciso traer a colación al autor Eloy García: *“Y es que el lícito legal no siempre significa legítimo en términos de ética o moral pública, y cuando se produce un décalage, una disonancia manifiesta entre legalidad y legitimidad, cuando la legalidad no es legítima o siéndolo resulta susceptible de ser utilizada de manera ilegítima (Cari Schmitt, Legalidad y legitimidad, 1932, traducción española de 1971), algo quiebra, y esa quiebra abre un espacio a lo que los clásicos llamaban corrupción, que no es exactamente lo mismo que nosotros hoy llamamos en términos jurídicos corrupción.”* El mismo autor trae a colación a Arango, Oviedo y Correa, quienes esclarecen más el tema a través de un ejemplo: *“De igual forma se pronuncian Arango, Oviedo y Correa, cuando dicen que no todas las transacciones ilegales son corruptas ni todos los casos de corrupción son ilegales (por ejemplo, los casos de regalos de lobbystas a políticos, contribuciones a campañas políticas, o aceptar trabajos después de la jubilación en firmas privadas que fueron objeto de supervisión por el agente, entre otros (...))”* (Negrilla fuera de texto)

sino mostrar las falencias de las tipologías mencionadas en el párrafo precedente, a través de los actos corruptos que se han generado en la práctica.

De igual forma, hay puntos controversiales en la estructura de las tipologías contractuales a estudiar, que no han presentado actos de corrupción en la práctica, pero igual son falencias que podrían utilizarse para cometer actos corruptos, por lo tanto, estas también se advertirán a través del trabajo.

Ahora bien, definir la corrupción desde el ámbito jurídico no delimita por sí mismo la óptica ni la forma de corrupción de la cual se habla. Los estudios académicos sobre la corrupción la han analizado en sus múltiples opciones, por mencionar algunas; desde la óptica del individuo, desde la organización a la cual pertenece, desde la sociedad, desde el sector público, desde el sector privado, desde los actores involucrados (ya sean servidores públicos, empresarios o ciudadanos), desde su magnitud (corrupción esporádica, sistémica, grave o simple), etc.⁷ En este orden de ideas, debe delimitarse la óptica y el tipo de corrupción a analizar a través de este trabajo de grado.

La corrupción para efectos de este documento va a tener en cuenta dos ópticas, la primera, una óptica individual entendiéndola como el acto corrupto⁸ realizado por el funcionario

⁷ Andersson y Heywood se encontraron con esta cantidad de variables al intentar crear una definición global de corrupción.

⁸ Misas et al., proponen cuatro componentes que debe contener el acto para considerarse corrupto: i. violar un deber posicional: quienes se corrompen, transgreden o provocan la transgresión de algunas de las reglas que rigen el cargo que ostentan o la función que cumplen, ii. estar vinculado a la expectativa de obtener un beneficio extra posicional (de cualquier índole, no solamente económico), iii. ser secretos o realizarse en un marco de discreción al apartarse del sistema normativo que califica el acto realizado como corrupto, iv. existir un sistema normativo de referencia que defina el acto como corrupto. Ahora bien, en nuestro concepto, el componente de obtención de un beneficio extra posicional elimina la posibilidad de contemplar la simple transgresión de la norma como un acto de corrupción sin que se haya obtenido un beneficio. Por ende, estos componentes se quedan cortos teniendo en cuenta que la sanción disciplinaria en Colombia sí procede solamente por transgresión de las normas que rigen las actuaciones del funcionario público, aun

público, y la segunda, una óptica organizacional, entendiendo la corrupción más allá de un fenómeno de individuos⁹ como una relación social que trasmuta en un fenómeno social denso.

Esto implica que el individuo no solamente determina su comportamiento por sí mismo, sino que también lo hace según la organización de la cual sea parte. Así las cosas, como ya se había anticipado, el individuo o funcionario público hace un análisis costo-beneficio del acto corrupto a realizar de forma individual, para luego hacer un parangón con el patrón de comportamiento sistematizado o general en la organización a la cual pertenece (Arellano Gault, 2016). En este orden de ideas, si la corrupción se vuelve un estado de normalidad social,¹⁰ el individuo no va a dudar en realizar la acción corrupta.

Lo anterior en cuanto a la óptica de la corrupción, ahora bien, respecto a los tipos de corrupción a estudiar, se va a hacer mención a casos de corrupción en el sector público

cuando por medio de esta no se haya obtenido ningún beneficio, pues el cumplimiento de la norma es la garantía para que se realicen los fines de la función pública. Así lo expresó la Procuraduría General de la Nación en fallo de segunda instancia del 24 de enero de 2013: *“La función pública, como servicio que prestan los servidores públicos a favor del Estado, se dirige especialmente a satisfacer los intereses generales, razón para deban ajustarse a unas reglas de rectitud en el ejercicio de sus funciones para proteger el interés público y los recursos del Estado en la contratación.”*

⁹ Bajo la concepción individualista de la corrupción (término empleado por el autor Arellano) la corrupción se define como un acto de un individuo, un acto inapropiado o desviado de acuerdo con ciertos parámetros o valores sociales relativamente aceptados en una sociedad o agrupación. Dicha concepción es manejada por autores como Rose Ackerman 1967 y Joseph Nye 1968. Bajo esta corriente el individuo es consciente de la situación en la cual se encuentra, por lo tanto, su comportamiento es producto de un cálculo, ya que, desde antes de actuar, determina que dicho actuar es benéfico para sus intereses. O sea que la corrupción sería inevitable en las relaciones sociales pues se funda en cálculos de actores racionales y se atacaría afectando los balances de costos y beneficios que los individuos pueden calcular (Arellano).

¹⁰ Arellano acuña el concepto de normalidad organizacional, explicándolo de la siguiente manera: *“la organización como un proceso social de construcción de comportamientos en un entramado de reglas, sentidos y normas que genera la «normalidad» organizacional. Esta normalidad construida es el espacio donde, en la búsqueda de dar sentido al comportamiento, las organizaciones crean procesos sociales de interacción que intentan socializar a las personas en sus dinámicas, incluidas aquellas que pueden ser consideradas corruptas.”*

porque los recursos involucrados en los contratos a estudiar son de naturaleza pública y el objeto genérico de los contratos es el desarrollo de actividades o proyectos de interés público para cumplir los fines del Estado Social de Derecho, lo cual conlleva a que la parte contratante en cada tipo contractual sea también de naturaleza pública. La entidad estatal es responsable de la indebida utilización o aprovechamiento de estos contratos al tener ella en su cabeza la potestad o competencia de adjudicarlos.

La corrupción en el sector público a su vez tiene múltiples clasificaciones. Para efectos de este trabajo, son pertinentes las clasificaciones según los actores involucrados, según el espacio en que se presente y según el tamaño de la corrupción. (Misas, Oviedo, Franco, Viana Saldarriaga , & Camacho Castaño , 2005)

Respecto a la primera clasificación, los casos de corrupción pueden tener participación exclusiva de agentes públicos o puede existir también participación privada, es decir, la corrupción puede ser entre agentes públicos¹¹ o entre agentes privados y agentes públicos.

La corrupción entre agentes públicos puede ser entre agentes que trabajan en la misma entidad o agentes que trabajan en diferentes entidades estatales. Por su parte la corrupción entre agente privado y agente público se caracteriza porque involucra dos tipos de agentes diferentes que tienen una relación monopólica bilateral asimétrica ya que una de las partes involucradas cuenta con mayor poder de influencia o con más información que la otra, lo

¹¹ Misas et al. en el estudio de este tipo de corrupción pública aclara que los agentes públicos deben ser entendidos como funcionarios del Estado ubicados en diferentes eslabones de la cadena jerárquica, es decir, con diferentes niveles de discrecionalidad, con las facultades para tomar decisiones políticas, tales como otorgar licencias, contratos o cargos públicos.

cual no obsta para que el actuar corrupto se realice en cualquiera de las dos vías. (Misas, Oviedo, & Franco, 2005)

La segunda clasificación diferencia a la corrupción que se presenta en el escenario político de la que se presenta en el escenario burocrático o administrativo. Ejemplos de la primera son el nombramiento de funcionarios como cuotas políticas y la formulación de leyes y políticas para beneficio de ciertos grupos de interés. Como el objeto del presente trabajo es analizar los casos de corrupción presentados en cuatro tipologías contractuales específicas, se analiza la corrupción en el escenario de la contratación pública, razón por la cual, la corrupción a analizar no estará ligada al escenario político sino al burocrático o administrativo.

Así las cosas, la corrupción ligada al aparato administrativo, como su nombre lo sugiere, es aquella presentada en la burocracia entendiéndola en su acepción coloquial como la influencia excesiva de los funcionarios en los asuntos públicos.¹² Misas et al. explican las condiciones que benefician a este tipo de corrupción, así: *“la proliferación de instancias administrativas con poder discrecional para la toma de decisiones porque los funcionarios pueden realizar comportamientos oportunistas donde pueden influir en derechos de propiedad, costos de transacción administrativa o información asimétrica respecto de la que tienen los ciudadanos. Por ejemplo, contratación de personal innecesario o no calificado, adjudicación de contratos, licitaciones o permisos para los que paguen sobornos.”* (Negrilla extratextual)

¹² Tercera acepción de la palabra burocracia. Real Academia Española (2014). *Diccionario de la lengua española* (23.ªed.). Consultado en <http://dle.rae.es/?id=6Jix9ml>.

Si bien este trabajo se centrará en la corrupción administrativa o burocrática, los dos tipos de corrupciones, política y burocrática no son excluyentes, tal y como lo explica Shahid: *“La relación entre políticos y burócratas puede ser simbiótica donde los políticos crean o mantienen las oportunidades para generar ingresos por corrupción con la seguridad de recibir una parte del proceso.”*

Por último, sobre la tercera clasificación de la corrupción por tamaño, debe aclararse que este trabajo no busca estudiar lo que doctrinalmente se ha entendido como pequeña corrupción o corrupción generada por funcionarios subalternos que aceptan o demandan pagos para agilizar o hacer trámites, permitir acceso a servicios o dar información. La idea es llamar la atención sobre el concepto entendido por la doctrina como gran corrupción o corrupción de cuello blanco, la cual envuelve a élite social, altos cargos estatales y alto mundo económico. Así la ha definido Misas et al.:

“Sus operaciones son el resultado de una compleja trama de acciones legales e ilegales mediante las cuales se preparan escenarios en los cuales se expiden normas, se adecúan estatutos, se modifican leyes para que la defraudación de enormes recursos del Estado tome visos de acciones legales o se permita el abuso de posición dominante sin que los organismos estatales responsables defiendan a los consumidores. En estos casos se permite que ingentes recursos sean captados por empresarios privados en detrimento de la sociedad y el Estado.”

Ya determinado el tipo de corrupción a analizar es importante mencionar cuáles son las posibles causas de la corrupción determinadas académicamente para así analizar en este

trabajo, a través del estudio de las tipologías contractuales, si están presentes, y si su existencia se debe al diseño y estructuración jurídicas de estas o a factores diferentes.

El estudio de las causas de la corrupción en una sociedad necesariamente va a variar según el país en el cual se presente pues las variables a tener en cuenta inevitablemente cambian de sociedad a sociedad. Por esta razón, en vez de hacer una presentación de las posturas teóricas, abstractas y generales de diferentes autores sobre las causas de la corrupción, nos permitimos traer a colación un estudio concienzudo de la corrupción en Colombia desarrollado por Newman y Ángel denominado “El estado del arte de la corrupción en Colombia” para FEDESARROLLO.

El trabajo referenciado hizo un análisis de las condiciones o incentivos institucionales que facilitaron la reproducción de las principales formas de corrupción presentadas en Colombia entre 2009 y 2016¹³, a partir de una ecuación desarrollada desde la postura de

¹³ El trabajo explica la metodología utilizada para identificar las principales formas de corrupción en Colombia en el periodo mencionado, así: “*Con el fin de identificar las principales formas de corrupción en Colombia, se enviaron derechos de petición a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República.*” El análisis de los derechos de petición permitió identificar las principales formas de corrupción en el país entre 2009 y 2016: “*i) aceptar o exigir dinero u otra utilidad para realizar u omitir un acto propio del cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales; ii) retener activos que han sido confiados, para ser utilizados con fines privados; y iii) dar un trato de favor hacia familiares o amigos, a los que se otorgan cargos o empleos públicos o incluso se facilitan permisos y licencias, por el mero hecho de serlo, sin tener en cuenta otros méritos.*” Sobre el estudio puntual de las sanciones disciplinarias impuestas a Alcaldes el trabajo concluyó: “*Del total de las sanciones disciplinarias impuestas a los alcaldes (1.663), apenas el 22% (359) corresponde a alguna de las faltas disciplinarias relacionadas con formas de corrupción. Dentro de esas sanciones, casi el 75% responden a tres (3) faltas disciplinarias concretas, todas ellas relacionadas con las formas de corrupción de apropiación de bienes públicos y bienes de uso privado y nepotismo.*” Las faltas disciplinarias puntuales identificadas fueron: “*(1) Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley (59%). (2) Autorizar u ordenar la utilización indebida, o utilizar indebidamente rentas que tienen destinación específica en la Constitución o en la ley (8%). (3) Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental (7%).*” Este hallazgo es importante para

Klitgaard en conjunto con la de Jain, la cual contiene los factores que caracterizan la corrupción en el país, así:

$$C = M+D-A-S$$

La ecuación precedente muestra las condiciones básicas para reproducción de la corrupción (C) así; poder monopólico (M) más discrecionalidad del funcionario (D). La ecuación muestra cómo estas condiciones se ven reducidas por la rendición de cuentas (“*accountability*”) de las actuaciones del funcionario (A) y por la sanción (S) del sistema legal o judicial de las conductas corruptas. Entonces si el resultado de la ecuación es alto, la probabilidad de corrupción también aumenta, por oposición, si las condiciones que propician la corrupción se atacan, la probabilidad de corrupción tiende a disminuir.

A partir del estudio de los componentes de la ecuación explicados en el párrafo precedente, el trabajo concluyó que en Colombia las condiciones institucionales que facilitan la corrupción pública son: i. la existencia de escenarios monopólicos de generación de rentas económicas y ii. la existencia de mecanismos institucionales de abuso del poder discrecional.

Sobre la primera condición, el trabajo cita a Krueger quien afirma que el origen de las rentas económicas es la restricción gubernamental a una actividad económica, es decir, se genera cuando son los funcionarios públicos y los políticos quienes tienen el monopolio de adjudicar y el poder discrecional para determinar quién obtiene finalmente acceso a

el desarrollo del trabajo, pues como se va a exponer en él, estas faltas son las que han cimentado los cuestionamientos y críticas a las tipologías contractuales estudiadas, ya que en la práctica han sido testigo de estas actuaciones.

las rentas económicas, lo cual genera comportamientos competitivos para la búsqueda de rentas (“*competitive rent-seeking*”) entre los posibles adjudicatarios de estas.

Uno de estos escenarios es el de la contratación estatal pues el Estado tiene el poder para ordenar el gasto de los recursos públicos destinados a prestar servicios y adelantar funciones para consecución del interés general (entendiéndolo como defensa y garantía de los derechos de sus administrados) a través de la adjudicación de contratos a terceros con la experticia para ejecutarlos.¹⁴ Las rentas económicas que se generan en este escenario no son de poca monta, las cifras del año 2016 muestran que el Estado celebró 1.224.069 contratos estatales, por un valor aproximado de \$201 billones de pesos.¹⁵

Bajo la lógica de la ecuación propuesta por los autores, el poder monopólico del Estado debería disminuir para así reducir la probabilidad de corrupción, no obstante, el mismo trabajo encontró que la contratación estatal es una barrera natural e indispensable, al ser una condición necesaria para el cumplimiento de la función pública del Estado y materialización del interés general, lo que significa que no puede dejarse al arbitrio privado la contratación para el cumplimiento de las funciones a cargo del sector público. Es decir, la contratación pública como escenario monopólico y sus consiguientes rentas económicas necesariamente deben seguir existiendo por su función.

¹⁴ La Corte Constitucional se ha pronunciado en diferentes sentencias sobre la contratación estatal a la luz de la consecución de los fines del Estado. La Sentencia C-400 de 1999 establece que la contratación estatal está al servicio del interés general. Por su parte la Sentencia C-449 de 1992 define el objeto de los contratos estatales como la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz.

¹⁵ Esta cifra fue citada en la Página 52 del trabajo referenciado y se obtuvo del Portal de Transparencia Económica. (2017). Fue citado de a siguiente forma: Cuanto y a quién se contrató. Disponible en Internet a través de: <http://www.pte.gov.co/WebsitePTE/AQuienSeContrata>

En cuanto a la segunda condición, el trabajo encontró regulación de los procedimientos de adjudicación de las diferentes rentas estatales, pero también encontró la utilización en cada escenario monopólico de mecanismos legales e ilegales para burlar la competitividad y objetividad que persigue la regulación procedimental, con el fin de devolver el poder discrecional al político o funcionario público encargado de celebrar los contratos.

En el escenario monopólico de la contratación estatal los mecanismos utilizados han sido los pliegos sastre o pliegos hechos a la medida de quien va a participar en el proceso para que sólo un contratista cumpla con los requisitos habilitantes solicitados, los convenios de interés general celebrados con entidades sin ánimo de lucro (contemplados en el artículo 355 constitucional y objeto de estudio de este trabajo de grado), y artilugios jurídicos para evitar la modalidad de selección competitiva del contratista y recurrir a la contratación directa, alegando alguna de las causales para contratar de esta forma, cuando en realidad no existen o no son procedentes para el caso concreto.

El trabajo solo menciona estas condiciones institucionales y mecanismos institucionales de abuso del poder discrecional para el escenario de la contratación directa, pero en nuestro concepto, debe añadirse la potestad reglamentaria del ejecutivo como un escenario monopólico generador de rentas económicas ya que, como se verá en el desarrollo de este trabajo, mediante la regulación de contratos estatales puede generarse el mismo efecto de los pliegos sastre.

De igual forma la adjudicación de contratos estatales como consecuencia de la corrupción en el proceso electoral, al buscar compensar con estos recursos a los financiadores de la

campaña electoral del funcionario electo y parte contratante, no puede limitarse al escenario del proceso electoral, por el efecto que tiene en la contratación pública, debe incluirse dentro los mecanismos de abuso del poder discrecional.

Todo lo anterior constituye el fundamento teórico de la corrupción como objeto a analizar en este trabajo de grado, pero no explica la importancia de estudiar desde el punto de vista académico a la corrupción como fenómeno. La corrupción se ha vuelto un tema de discusión obligatorio por los perjudiciales efectos que tiene en el país que la sufre, a continuación, grosso modo resumiremos los efectos económicos, políticos y jurídicos de este fenómeno.

Ackerman, basándose en estudios económicos, afirma que la corrupción siempre genera un desperdicio de recursos, debido a la desviación de ellos fuera del país. Kaufmann va más allá planteando el impacto negativo de la corrupción en los niveles de inversión interna y externa, en los niveles de ingresos tributarios, en el gasto público (la corrupción favorece los gastos públicos excesivos e improductivos), en la infraestructura (al verse disminuidos los recursos para su mantenimiento) y por último en el crecimiento de la economía informal y mercados negros.

La corrupción siempre es dañina para la economía de un país, no obstante, es más perjudicial para los países en vía de desarrollo ya que buscan que su economía emerja y la corrupción genera un estancamiento económico dificultando el despegue de la economía al evitar la libre competencia y por ende la libre competencia entre proveedores en igualdad de condiciones. (Goig Martínez , 2015)

Socialmente la corrupción incide en el nivel de pobreza. Kaufmann explica la relación correlativa entre pobreza y corrupción, el nivel de pobreza aumenta correspondientemente con el aumento en el nivel de corrupción, teniendo en cuenta que el desperdicio de recursos conlleva a un menor gasto público social, lo cual resulta en la mala calidad de los servicios sociales públicos ofrecidos a la población más vulnerable o pobre.

Jurídicamente la corrupción afecta la confianza hacia las instituciones estatales y aumenta la sensación de injusticia, lo que afecta masivamente la visión del sistema jurídico como salida viable a los conflictos, pues se ven los fines de ese sistema como contrarios a la consecución del interés general. (Goig Martínez , 2015)

En suma, perjudica la gobernabilidad y por tanto impide el desarrollo integral del Estado en materia de garantía de derechos fundamentales y consecución de sus fines. En este orden de ideas, es más perjudicial para los países con una institucionalidad débil o que están en proceso de instaurar o desarrollar más un Estado Social de Derecho.

El sector público de nuestro país no genera actualmente confianza en la población. Así quedó demostrado con los resultados de Colombia en el Índice de Percepción de Corrupción publicado por Transparencia Internacional en el año 2016, con una calificación de 37 puntos sobre 100, lo cual en términos de Transparencia Internacional *“deja al sector público nacional entre aquellos percibidos como proclives a las prácticas corruptas.”*¹⁶

¹⁶ Esta cita se puede encontrar en el siguiente link: http://transparenciacolombia.org.co/sin-castigo-la-corrupcion-se-mantendra-investigacion-y-sancion-efectiva-se-hace-urgente/#_ftnl. El Índice de

Colombia es un Estado que no ha llegado a su máxima expresión de desarrollo, desde la politología se le ha calificado como un Estado dispar, es decir, un Estado ubicado en un punto intermedio entre el Estado ausente y el Estado constitucional (García Villegas M. , 2009), lo cual le impide ser un Estado moderno. (García Villegas & Revelo Rebolledo, 2010) han fundamentado la disparidad del Estado colombiano en su composición por instituciones débiles que no logran imponer el imperio de la ley y que, por consiguiente, deben estar en constante negociación con actores políticos.

Al ser un Estado débil, el impacto de la corrupción en su sociedad, economía y sistema legal es mucho mayor, según lo ya expuesto. Cano en su trabajo denominado “La corrupción y la ineficiencia en el gasto público social y su impacto en la pobreza en Colombia” analizó la situación de diferentes municipios colombianos en la utilización de recursos de SGP educación y salud, evidenciando que la corrupción tiene una relación inversamente proporcional con la inversión y el crecimiento económico, por lo tanto si aumenta la corrupción disminuye la inversión y el crecimiento económico, lo que reduce así mismo la eficiencia de la inversión pública y propicia una disminución en el gasto en educación y salud, lo cual en sus palabras: (...) *“mina el acceso, calidad y eficiencia de estos servicios, promoviendo o acentuando en últimas los niveles de pobreza.”*

Percepción de Corrupción (IPC) establece cada año un ranking de países basado en los niveles de corrupción en el sector público percibidos por empresarios, analistas de riesgo, y ciudadanos comunes. El insumo para elaboración del índice son 13 encuestas que se realizan en cada país. El índice mide la percepción de la corrupción en el sector público del país analizado en una escala de 0 (percepción de muy corrupto) a 100 (percepción de ausencia de corrupción), para consultar el detalle del cálculo del IPC del año 2017, se puede consultar la nota técnica de metodología (Corruption Perceptions Index 2017: Technical Methodology Note) en el siguiente link: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017

Su condición de Estado débil o pre-moderno hace que su contexto sociopolítico y cultural tome relevancia en el estudio de la corrupción¹⁷, pues incide en el desarrollo de este fenómeno. Si bien este trabajo de grado no aborda la corrupción desde un sentido sociológico o político, nos parece importante acentuar dos factores sociopolíticos y culturales de Colombia que generan corrupción, pues estos inciden en últimas en el desarrollo de las condiciones institucionales que generan corrupción, ya explicadas anteriormente.

Los factores sobre los cuales queremos llamar la atención son la debilidad institucional del Estado colombiano y el clientelismo. El primero supone que las decisiones estatales no corresponden a los principios de racionalidad y universalidad establecidos previamente en las leyes si no al intercambio de favores y negocios entre políticos de los diferentes niveles territoriales (García Villegas & Revelo Rebolledo, 2010), lo cual conlleva a la prevalencia del segundo factor, clientelismo, entendiéndolo como un mecanismo no institucional de lealtades asimétricas mediante el cual se intercambian bienes y servicios por apoyo electoral (Gutiérrez Sanín & Dávila Ladrón de Guevara, 2000). Existen diferentes tipos de clientelismo, pero el clientelismo de mercado, figura que predomina actualmente, se aprovecha de figuras legales como la descentralización para conseguir recursos ilegalmente.

¹⁷ Pont y Ángel citaron a Uprimny y García en su trabajo "Corrupción y sistema judicial en Colombia: un balance de la bibliografía existente y algunas hipótesis de trabajo", quienes lo explican de la siguiente manera: *"la importancia del contexto puede variar de país a país. Allí en donde existe una sociedad y un Estado modernos, las perspectivas instrumentales fundadas en modelos del actor racional pueden tener más posibilidades de éxito al momento de evaluar y enfrentar la corrupción. En países periféricos, en cambio, en los cuales existe una imbricación permanente y compleja entre prácticas e imaginarios modernos y premodernos, así como entre la sociedad civil y el Estado, el estudio del contexto parece ineludible al momento de evaluar y encarar el fenómeno de la corrupción."*

Estos factores generan en definitiva una cultura general del desacato a la ley donde solamente se cumplen las disposiciones legales si estas corresponden a los intereses particulares de sus operadores, burlando la ley entonces cuando resulta inconveniente. (García Villegas M. , 2009) lo explica de la siguiente manera: *“en Colombia las normas tienen muy poca autonomía respecto de las necesidades sociales. Antes de acatarlas ellas son sopesadas con otras reglas—morales, culturales etc. —, en medio de un contexto complejo. Es por eso que el derecho, como los otros sistemas de normas (la moral, la urbanidad o la religión) son ordenamientos flexibles, porosos, a los cuales se les aplica un sinnúmero de excepciones que corresponden a un sinnúmero de circunstancias cambiantes”*

Precisamente este trabajo de grado versa sobre la disyuntiva entre la pretensión de la ley 80 de 1993 de ser un estatuto universal para la contratación pública y, la proliferación de regímenes excepcionales en la práctica que buscan contratar directamente para obviar el estatuto, lo cual genera el aumento de la discrecionalidad del funcionario adjudicante de los contratos, así como el aumento de las probabilidades de ser utilizados estos con fines corruptos.

Dávila explica que la pretensión de universalidad del estatuto se vio frustrada por la existencia de regímenes excepcionales, así: *“Con la expedición de leyes especiales, la idea de convertir al estatuto en el único cuerpo regulatorio de la contratación, no se cristalizó. Pero no por ello, deja de ser la Ley 80 de 1993 una norma de aplicación general para todas las entidades, incluyendo a las que son objeto de regímenes*

especiales, solo que en tal evento el régimen jurídico de su contratación se regulará por tales leyes y por la ley 80, particularmente en los principios que desarrolla.”

De ahí la importancia de los principios de la contratación estatal desarrollados por el Estatuto General de la Contratación Pública, pues su aplicación en todos los procesos de contratación estatal es la garantía para el cumplimiento de la premisa de universalidad de tal estatuto. Los principios rectores de la contratación estatal cobran especial importancia para este trabajo de grado teniendo en cuenta que los principios rigen la actuación contractual de las autoridades y que las irregularidades y escándalos de corrupción son producto de la inobservancia y/o transgresión de dichos principios.¹⁸

Llaman especial atención para el desarrollo de este trabajo de grado, dos principios, el de transparencia y el de selección objetiva. El principio de transparencia no está definido legalmente, pero sus manifestaciones tienen consagración legal, dentro de las cuales destaca la licitación pública como regla general. Las modalidades de selección de contratistas excepcionales tienen esta característica no solamente por ser diferentes a la licitación pública, si no porque no tienen las mismas etapas y características de este proceso; en cambio, cada modalidad tiene sus particularidades.

¹⁸ La Procuraduría General de la Nación en fallo de segunda instancia del 24 de enero de 2013 explicó el rol de los principios en la contratación estatal: *“Los principios, por ser mandatos generales, se concretan o materializan en el cumplimiento de actividades muy precisas durante el procedimiento contractual y son útiles a la hora de definir cuál es la mejor decisión, el procedimiento o la solución que deba seguirse en aquellas situaciones imprevistas o complejas que se presentan en los trámites contractuales. Los principios sirven como una guía general de lo que debe hacerse en la contratación y de los fines que deben privilegiarse, los cuales no pueden ser otros que la satisfacción del interés y bienestar general.”*

Cabe advertir que las modalidades de selección de contratistas excepcionales (selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía), al tener esta característica solo serán procedentes en los casos expresamente contemplados en la ley, por tanto, la interpretación de estas causales es restrictiva y no admite analogía.

El principio de selección objetiva está contemplado en el artículo 5 de la ley 1150 de 2007, modificado parcialmente por el artículo 88 de la ley 1474 de 2011. Es uno de los principios más importantes de la contratación estatal pues es básicamente la finalidad misma de la contratación de la administración pública, se satisface cuando la selección del contratista recae en el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en cuenta factores de interés o afecto, y en general, cualquier motivación subjetiva, sino las condiciones del contrato y de la oferta, desde la observancia de reglas claras y preestablecidas.

La favorabilidad viene dada por factores de escogencia que la entidad estatal establece previamente a la apertura del proceso de selección. El acto de adjudicación es la concreción del deber de selección objetiva, por tanto, es un acto reglado, no discrecional, según lo ya explicado.

No es aplicable exclusivamente a procesos con participación plural de oferentes o comparación de varias propuestas. Es decir que aún en los eventos en los cuales haya un único oferente o única propuesta aplica el deber de selección objetiva.

Los principios rectores de la contratación pública son aplicables a todos los procesos de contratación y de selección previstos en el ordenamiento jurídico, incluso los excepcionales, tal y como lo dispone el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Por lo tanto,

los procesos excepcionales no son excepcionales en cuanto a la aplicación de los principios rectores de la contratación estatal.

Las cuatro tipologías por estudiar se contratan directamente, esta modalidad de selección al ser exceptiva no tiene la misma rigurosidad y condiciones de la licitación pública, no obstante, debe recordarse que es un proceso de selección objetivo, reglado y predeterminado. La contratación directa no implica la libre elección del contratista, es decir, la administración no puede concertar libremente el contrato y escoger sin ningún procedimiento o condiciones previas al contratista, pues el principio de selección objetiva impone una selección reglada. (Ramírez Ramírez , 1995)¹⁹

Ramírez explica que la diferencia entre la licitación pública y la contratación directa es la publicidad del llamado y los términos. Los términos buscan ser más ágiles en la contratación directa, la celeridad es la razón de ser de este tipo de proceso de selección. Por otra parte, el llamado a participar en la licitación se hace de forma general e indeterminada, es decir, a todos los posibles interesados. En la contratación directa la invitación puede ser más restringida, esto así pues el fundamento de este proceso de selección no es solamente la agilidad de la contratación, sino también la especialidad del

¹⁹ Así lo expresó el Consejo de Estado en Sentencia de 14 de mayo de 2014 : *“La administración está obligada aun en los eventos de contratación directa definidos en la ley, a garantizar la libre concurrencia de los participantes, fijar las bases de la participación, determinar los criterios de evaluación de las ofertas, adelantar los análisis pertinentes de las propuestas presentadas, con criterios de objetividad y transparencia garantizando la igualdad e imparcialidad respecto de los oferentes, con el fin de adjudicar a aquel, cuya propuesta sea la más conveniente para el interés público y la satisfacción de las necesidades de la comunidad. Significa entonces que la modalidad de contratación directa prevista en la ley no puede ser utilizada por la administración para seleccionar a su arbitrio al contratista que le simpatiza, puesto que la ley impone el deber de respetar los principios de transparencia, selección objetiva, economía, igualdad, imparcialidad, publicidad y libre concurrencia, como orientadores de la actividad contractual y de esa manera garantizar que la selección se cumpla en condiciones de igualdad para que la propuesta escogida sea la más favorable para los intereses de la entidad.”*

contratista porque solamente determinada persona puede ejecutar óptimamente el contrato necesitado.

El procedimiento de contratación directa es facultativo, por ende, si la administración lo considera conveniente y necesario, puede acudir al proceso licitatorio, aunque se den los supuestos para la contratación directa. En últimas, la contratación directa es un procedimiento renunciabile.

Como ya se había anticipado, como proceso de selección excepcional de contratistas la contratación directa es de aplicación restrictiva por lo tanto solo podrá acudirse a este cuando se configuren los presupuestos fácticos y normativos previstos expresamente por el legislador (Ramírez Ramírez , 1995), siendo el principal la existencia y configuración de alguna de las causales legales que habilite contratar de esta forma. Por esta razón, la entidad estatal debe expedir un acto administrativo de justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa con el contenido del artículo 2.2.1.2.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015, teniendo en cuenta las excepciones contempladas en el mismo.²⁰

La propuesta de este trabajo de grado es pretender dar una respuesta desde la academia, bajo una óptica jurídica, al fenómeno de corrupción presentado en la contratación estatal de forma directa bajo las cuatro tipologías a estudiar. Eloy García explica por qué es necesaria esta respuesta, así: *“Los fenómenos de corrupción están asociados a procesos*

²⁰ El artículo exceptúa de dicha obligación a los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, la contratación de empréstitos y a los contratos interadministrativos que celebre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Banco de la República (los contratos de los que tratan los literales (a) y (b) del artículo 2.2.1.2.1.4.3 del mismo decreto). Para la causal de urgencia manifiesta, en aras de la necesidad de prontitud de contratación, el acto administrativo de declaración de urgencia manifiesta hará las mismas veces del mismo acto administrativo de justificación de contratación directa.

de mutación en el léxico político y por tanto, necesitan de una reacción, de una respuesta reaccionaria desde diferentes puntos que utilicen los mecanismos ya institucionalizados y disponibles como el derecho y la academia.”

De no presentarse una reacción, el autor aduce que se genera lo que él denomina “un extendido estado de confusión”, en el cual las palabras y los conceptos no significan ya lo que a tenor de gramáticas políticas tendrían que significar. Por tanto, el cambio del lenguaje es importante al ser una forma de prevenir y anticipar la propagación de la corrupción.

A continuación, desarrollaremos el trabajo de grado en cuatro capítulos, cada uno correspondiente a una tipología contractual diferente, contratos y convenios de ciencia, tecnología e innovación, contrato de aporte, contratación de la prestación de servicios educativos y convenios de asociación.

Al ser contratos o convenios no conocidos ampliamente, se va a exponer previamente la composición de cada uno, su definición, objeto, partes, régimen, contenido y causal de contratación directa. A medida que se exponga la tipología contractual correspondiente, se irán haciendo críticas sobre su fundamento constitucional y legal, sobre su diseño jurídico y a la par se irán referenciando las malas prácticas que se han presentado en su utilización anteriormente.

CAPÍTULO I: CONTRATOS DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN

1. Marco jurídico

Antes de entrar a estudiar los contratos o convenios celebrados por las entidades estatales para el desarrollo de actividades de ciencia, tecnología e innovación (de ahora en adelante C, T e I), es necesario traer a colación el fundamento constitucional y legal aplicable que permite su celebración.

1.1 Fundamento constitucional

La Constitución Política de 1991 en el Capítulo 2 “De los derechos sociales, económicos y culturales”, reguló lo referente al apoyo y fomento de las actividades de ciencia y tecnología, en los artículos 69, 70 y 71. La Sala de consulta y servicio civil el 08 de Julio de 2010 lo explicó de la siguiente forma:

“ (...) Como es sabido, la Constitución Política en el capítulo dedicado a los derechos sociales, económicos y culturales, reguló lo referente a la ciencia y la tecnología, y en

cuanto al apoyo y fomento a la misma, es conveniente citar apartes de los artículos: 69, que dispone “El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo”; 70, que en lo pertinente prevé “El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la nación”, y el 71 en el que se lee esta expresión “El Estado creará incentivos para las personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades.”

De la lectura de las disposiciones constitucionales mencionadas, se puede afirmar que existe un deber general en cabeza del Estado colombiano de promover y fomentar la ciencia y la tecnología, que se manifiesta así mismo en los siguientes intereses concretos: i. Fortalecer la investigación científica en las universidades y propiciar las condiciones para su desarrollo, ii. Promover y fomentar el acceso a la ciencia, a través de su enseñanza, iii. Destinar recursos para el fomento a las ciencias en los planes de desarrollo, iv. Crear incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y v. Ofrecer estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan actividades científicas y tecnológicas. (Chávez Marín, 2012)

En este orden de ideas, el régimen especial de los convenios y contratos en materia de ciencia y tecnología se justifica en el fundamento constitucional que tienen.

Así las cosas, estas disposiciones deben interpretarse en conjunto con los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema. En diferentes oportunidades se presentaron demandas de constitucionalidad alegando que el régimen legal especial

contemplado para las actividades de ciencia y tecnología violaba diferentes disposiciones constitucionales, en especial, el artículo 355, en virtud del cual se prohíbe a cualquier rama u órgano del poder público decretar donaciones o auxilios en favor de particulares.

Al respecto se pronunció la sentencia C 316 de 1995 del M.P Antonio Barrera Carbonell, sosteniendo que el fomento, promoción y desarrollo de la ciencia y tecnología mediante la creación de incentivos por el Estado, constituye una excepción al artículo 355 constitucional,²¹ por lo tanto las entidades estatales se encuentran autorizadas a realizar erogaciones encaminadas a la promoción de estas actividades.

El Consejo de Estado por su parte, en pronunciamiento del 24 de enero de 2002, consideró a los convenios especiales de cooperación como una especie de los convenios de asociación del artículo 96 de la ley 489 de 1998, por ende, remitió dentro del régimen normativo de los convenios especiales de cooperación, a la normatividad del artículo 355 que regula el procedimiento y requisitos para la celebración de este tipo de convenios. Esta remisión jurisprudencial genera algunas inquietudes, tal y como se pasará a exponer.

²¹ En las consideraciones de la sentencia mencionada, se hace un recuento jurisprudencial que incluye a la sentencia C 372 de 1994, la cual delimitó el alcance del inciso 2 del artículo 355 constitucional, estableciendo que la colaboración del Estado con los particulares puede hacerse pero mediante la celebración de contratos con ciertas condiciones resumidas de la siguiente manera: 1) *Que con ellos se trate de impulsar programas y actividades de interés público;* b) *Que esos programas y actividades sean acordes con (no que sean parte de) el plan nacional y los planes sectoriales de desarrollo.* 3) *Que los recursos estén incorporados en los presupuestos de las correspondientes entidades territoriales;* y, 4) *Que se celebren con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad".* También se hace mención a la sentencia C 506 de 1994 pues esta decidió previamente la constitucionalidad de las disposiciones acusadas nuevamente en la sentencia citada (pronunciamiento de un año después, 1995), y se pronunció afirmando que las disposiciones acusadas son legítimas por el fundamento constitucional que tienen, es decir, desde la constitución se crea una modalidad concreta de destinación de recursos públicos para atender una actividad específica de carácter público con participación de los particulares. De los apartes mencionados, se puede concluir que la sentencia citada en el cuerpo del documento, sentencia C 316 de 1995, fue más allá y estableció que la colaboración estatal con particulares en materia de ciencia y tecnología es una excepción al artículo 355 constitucional.

Por ejemplo, remitir los contratos y/o convenios de C, T e I al régimen de los convenios de los cuales trata el artículo 355 constitucional implicaría que solo podrían celebrarse estos con entidades sin ánimo de lucro, lo cual añade una limitación a los posibles contratantes que no está contemplada en su régimen especial,²² y llevando a excluir en la práctica a los posibles contratantes que aun teniendo el conocimiento o capacidad de ejecutar o llevar a cabo las actividades de ciencia, tecnología e innovación pactadas en el objeto del convenio, no lo podrían hacer por no estar constituidos como entidad sin ánimo de lucro. De igual forma esto generaría dificultades para que cualquier entidad estatal aporte recursos al Fondo Francisco José de Caldas pues el instrumento utilizado para girar actualmente los recursos a dicho Fondo es la celebración de convenios especiales de cooperación.

En segunda instancia, el desarrollo de actividades de ciencia, tecnología e innovación estaría restringido a apoyar actividades realizadas por la entidad estatal contratante, tal y como en el estudio de estos convenios lo explica Chávez (Chávez Marín, 2012).

En resumidas cuentas, afirmar, que son aplicables a los convenios especiales de cooperación el procedimiento y los requisitos del convenio referido en el artículo 355 constitucional, implica equiparlos a un convenio de este tipo; que se rige también por los pronunciamientos jurisprudenciales que han modulado la aplicación y procedencia del artículo 355, y por el decreto 092 de 2017, regulatorio de este tipo de asociaciones. Es

²² Entiéndase por régimen especial de los convenios especiales de cooperación, a las normas que contienen el aparte de este capítulo referente al marco legal, a saber, la Ley 29 de 1990, los decretos - leyes 393 y 591 de 1991 y la ley 1286 de 2009.

decir, se cambiaría el régimen reglamentario al cual se someten los convenios especiales de cooperación, afectando necesariamente el régimen especial inicial.

En el mismo pronunciamiento también estableció el cuerpo colegiado que los convenios por medio de los cuales las entidades estatales realicen erogaciones para desarrollo de estas actividades deben ser a título oneroso, no gratuito, lo que significa que requieren tener “*por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro*”, de acuerdo con la definición del artículo 1497 del Código Civil.

En nuestro concepto no puede afirmarse que el objeto del convenio debe ser oneroso, pues al hacerlo se desconoce la particularidad del objeto de los convenios especiales de cooperación, en virtud del cual la entidad financiadora puede no verse retribuida de ninguna manera, o beneficiar a un tercero mediante su financiación. Por ejemplo, si se contrata una actividad de investigación, que tiene como único objeto adquirir un mayor conocimiento de un tema, no va a haber utilidad alguna para la entidad estatal.²³

²³ Si se entiende la onerosidad en su sentido tradicional, como la utilidad de las partes, es engorroso o difícil afirmar que todas las tipologías contractuales para desarrollo de actividades de ciencia, tecnología e innovación son onerosas, pues la onerosidad en este caso depende del objeto pactado. Así las cosas, hay ciertas actividades que no necesariamente se traducen en utilidad o beneficio alguno para la entidad estatal contratante, por ejemplo, si se financia una investigación sobre una vacuna, que al final resulta fallida, ¿esto quiere decir que la entidad contratante que otorgó el aporte para el desarrollo de esta actividad no recibió utilidad alguna, por tanto, no celebró un contrato oneroso y fue en contravía del mandato del Consejo de Estado? Esto no tendría sentido. A nuestro juicio, esto conllevaría a perseguir una utilidad para la entidad estatal en este tipo de convenios o contratos, que puede resultar a largo plazo, en un manejo ineficiente de los recursos o resultados de la investigación, pues la entidad no posee la capacidad para aprovecharlos, o no tiene cómo hacerlo. Entonces la onerosidad de cada uno de los acuerdos de voluntades para el desarrollo de actividades de C, T e I debe analizarse según el objeto de cada tipo contractual y la actividad a desarrollar en el contrato en específico, teniendo en cuenta que según la utilidad que represente el resultado para la entidad contratante, se puede pactar en cabeza de quién queda la propiedad de los resultados del desarrollo del contrato o convenio. Esto se evidenció en el pronunciamiento del Consejo de Estado de 08 de julio de 2010, donde el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural expone al órgano colegiado que no sabía si debe exigir la entrega de los bienes producto de un convenio especial de cooperación pues le conllevan un problema práctico dada la especificidad de ellos, no siendo útiles y/o necesarios para su cartera.

Además, cabe mencionar, así se haya establecido el desarrollo de estas actividades como una excepción al artículo 355 constitucional, la sentencia C 507 de 2008, fijó unos requisitos generales para el decreto de donación o auxilio a particulares, los cuales garantizan que estas asignaciones sean ajustadas a la Constitución, y son aplicables a la promoción de actividades de ciencia y tecnología así, “(...) 1. Toda asignación de recursos públicos debe respetar el principio de legalidad del gasto. 2. Toda política pública del sector central, cuya ejecución suponga la asignación de recursos o bienes públicos, debe encontrarse reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el correspondiente Plan de Inversión. 3. Toda disposición que autorice una asignación de recursos públicos, sin contraprestación por parte del beneficiario, tiene que encontrarse fundada en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice. 4. Debe respetar el principio de igualdad.”

1.2 Marco legal

La Ley 29 de 1990, “*Por la cual se dictan disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico y se otorgan facultades extraordinarias*”, confirió facultades excepcionales al poder ejecutivo, entre otros fines, para i) Dictar las normas a que deban sujetarse la Nación y sus entidades descentralizadas para asociarse con los particulares en actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías y para ii) Regular las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas.

Producto de estas facultades se expidieron los siguientes decretos con fuerza de ley:

- a. Decreto Ley 393 de 1991: *“Por el cual se dictan normas sobre asociaciones para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías”*.
- b. Decreto Ley 585 de 1991: *“Por el cual se crea el consejo nacional de ciencia y tecnología, se reorganiza el instituto colombiano para el desarrollo de la ciencia y la tecnología-Colciencias-y se dictan otras disposiciones”*.
- c. Decreto Ley 591 de 1991: *“Por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas”*.²⁴

Posteriormente se expidió la Ley 1286 de 2009, *“Por la cual se modifica la Ley 29 de 1990, se transforma a Colciencias en Departamento Administrativo, se fortalece el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia y se dictan otras disposiciones”*.

Esta ley agregó el concepto innovación a la dupla de ciencia y tecnología, así las cosas, se empezó a hablar de ciencia, tecnología e innovación, ampliando el régimen especial de contratación al desarrollo de actividades de innovación²⁵ con el fin de lograr un modelo productivo sustentado en estos tres elementos, para darle valor agregado a los productos

²⁴ Derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, a excepción de los artículos 2, 8, 9, 17 y 19.

²⁵ A diferencia de la Ley 29 de 1990, en la Ley 1286 de 2009 se incluye el término innovación. Así mismo el artículo 33 de la ley 1286, da a entender que se extiende el régimen especial de los Decretos ley 591 y 383 de 1991, que estaba contemplado en principio solamente para actividades científicas y tecnológicas, a las actividades de innovación. El artículo tiene el siguiente tenor: *“Artículo 33. Las actividades, contratos y convenios que tengan por objeto la realización de actividades definidas como de ciencia, tecnología e innovación que celebren las entidades estatales, continuarán rigiéndose por las normas especiales que les sean aplicables. En consecuencia, tales contratos se celebrarán directamente.”*

y servicios de la economía, propiciar el desarrollo productivo y una nueva industria nacional.

Así mismo creó el Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, Tecnología e Innovación – Francisco José de Caldas, que financia programas, proyectos, entidades y actividades de ciencia, tecnología e innovación (artículo 22), superando la inflexibilidad del presupuesto nacional con respecto a las vigencias anuales.²⁶

Así las cosas, el marco legal de los contratos y/o convenios que se celebren con el objeto de fomentar la C, T e I está compuesto por la Ley 29 de 1990, los Decretos-ley 393 y 591 de 1991 y la Ley 1286 de 2009. Subsidiariamente, estarán sujetos al Estatuto General de la Contratación Pública en todo lo no regulado en su régimen especial.²⁷

La aplicación del Estatuto General de Contratación Pública es general pero subsidiaria. la aplicación es general pues será en todo lo que no esté regulado en el régimen especial de los contratos o convenios de ciencia, tecnología e innovación, pero será subsidiaria

²⁶ No obstante, la Ley 1286 de 2009 impone en el artículo 27 a las entidades estatales la obligación de incluir en sus planes de desarrollo programas, proyectos y actividades dirigidas al fomento de la ciencia, tecnología e innovación.

²⁷ Así lo determinó el Consejo de Estado en pronunciamiento con fecha de Julio 08 de 2010, ya citado anteriormente. La misma corporación en sentencia de fecha de Febrero 11 de 2009 (igualmente ya referenciada en este documento) puso como ejemplo la aplicación de los principios en los procesos de selección en los siguientes términos: *“(…)De cuanto antecede se colige que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, desde su entrada en vigencia, es aplicable a los contratos que la Nación y sus entidades descentralizadas celebren para el desarrollo de las actividades de ciencia y tecnología en aquellos aspectos no regulados expresamente en los artículos 2, 8, 9, 17 y 19 del Decreto ley 591 de 1991 y en el Decreto ley 393 de 1991, como que, por ejemplo, en los procesos de selección de los contratistas (refiriéndose al proceso de contratación directa) se deben respetar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva, tener en cuenta las inhabilidades e incompatibilidades y aplicar las disposiciones de solución de conflictos, entre otros aspectos.”*

pues, por oposición, si existe alguna disposición aplicable en el régimen especial, se aplicará de preferencia a la disposición general.

En este orden de ideas, deben tenerse en cuenta ciertas disposiciones del Estatuto específicas para la contratación de actividades de ciencia, tecnología e innovación; a saber, la exclusión de las cláusulas excepcionales de los contratos que tengan por objeto el desarrollo directo de estas actividades²⁸, la excepción del régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (EICE), de las Sociedades de Economía Mixta (SEM) y sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado, cuando estas suscriban contratos que tengan por objeto estas actividades²⁹ y la causal de contratación directa que se examinará en detalle más adelante.³⁰

2. Modalidades genéricas de asociación de entidades públicas para el desarrollo de las actividades de ciencia y tecnología

De forma genérica el artículo 1° del Decreto 393 de 1991 autorizó a la Nación y a sus entidades descentralizadas para asociarse con particulares u otras entidades públicas de cualquier orden con el fin de adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías bajo dos modalidades: i) Creación y organización de sociedades civiles y comerciales o personas jurídicas sin ánimo de lucro (corporaciones y fundaciones) y ii) Celebración de convenios especiales de cooperación. Si bien solamente menciona a la Nación y a entidades descentralizadas como posibles

²⁸ Parágrafo. Artículo 14. Ley 80 de 1993.

²⁹ Artículo 14. Ley 1150 de 2007.

³⁰ Literal e), numeral 4. Artículo 2. Ley 1150 de 2007.

partes contratantes, de una lectura integral de diferentes disposiciones, concluimos que esta autorización puede hacerse extensiva a otras entidades estatales.³¹

En este orden de ideas, las entidades estatales pueden en virtud de estas formas de asociación ejecutar recursos para desarrollar actividades de ciencia y tecnología. El Consejo de Estado en pronunciamiento del 24 de enero de 2002, explica que el aporte realizado por la entidad estatal cuando se opta por la creación de una persona jurídica se entiende ejecutado cuando la persona creada lo recibe efectivamente, caso contrario al aporte realizado en el marco de un acuerdo de voluntades, en este caso el aporte se entiende ejecutado cuando la entidad realiza la financiación a la persona contratada, para que este a su vez desarrolle el objeto pactado.³²

³¹ El artículo 9 de este decreto autoriza de manera expresa solamente a la Nación y sus entidades descentralizadas para asociarse bajo estas dos modalidades. No obstante, es posible afirmar que esta autorización se puede hacer extensiva a otras entidades estatales, en especial a entidades territoriales, realizando una lectura integral de diferentes disposiciones. Así las cosas, cuando la Constitución hace referencia al deber general del Estado de promover y fomentar la ciencia en general, no se refiere exclusivamente a la Nación, solo se limita a utilizar la palabra “Estado”, el cual está compuesto genéricamente por entidades estatales de diferentes niveles según lo dispone el artículo 2° de la Ley 80 de 1993. Por otra parte, uno de los principios que rigen el fomento, desarrollo y fortalecimiento de la ciencia, la tecnología y la innovación y a las actividades de investigación realizadas por entidades públicas, consagrado en el numeral 3 del artículo 4 de la Ley 1286 de 2009, es la descentralización territorial, pues el objetivo es el crecimiento y consolidación de comunidades científicas en departamentos y municipios. De igual forma el artículo 27 de la misma ley, ya citado anteriormente, obliga a las entidades territoriales a incluir dentro de sus planes de desarrollo programas, proyectos y actividades para fomento de estas actividades, entendiendo que podían llevar a cabo este tipo de asociaciones y para ello necesitarían respaldo presupuestal. Por último, la Circular Externa No. 6 de 2013 de Colombia Compra Eficiente que precisa el régimen aplicable a la contratación de actividades de ciencia, tecnología e innovación, está dirigida a todas las entidades estatales que sean ejecutoras de proyectos de inversión de ciencia, tecnología e innovación.

³² En el pronunciamiento referenciado, el Consejo de Estado lo explica de la siguiente manera: “*En consecuencia se debe distinguir: a) En el caso de creación de una sociedad o corporación, la entidad aportante ejecuta presupuestalmente los recursos cuando, habiendo cumplido los requisitos legales, aquella los recibe y los ingresa a su patrimonio social. b) En el caso de convenios especiales de cooperación, la entidad estatal ejecuta presupuestalmente los recursos cuando los entrega a la corporación de participación mixta y ésta, cuando los utiliza en el objeto del convenio, esto es, realiza los pagos necesarios para dar cumplimiento al mismo.*”

3. Tipos contractuales específicos para el desarrollo de actividades de ciencia, tecnología e innovación

Los contratos de ciencia y tecnología hacen parte de los contratos estatales, pues son actos jurídicos generadores de obligaciones, en los cuales una de las partes es una entidad estatal. (Chávez Marín, 2012).

El Decreto 591 de 1991 contiene dentro de sus disposiciones la tipificación de los contratos de fomento para actividades de ciencia y tecnología. Aunque este decreto fue derogado en su mayoría por la Ley 80 de 1993, por mandato de la misma ley siguen vigentes varios artículos que contienen los tres (3) tipos contractuales que se pueden suscribir para desarrollar actividades de ciencia, tecnología e innovación; a saber, contrato o convenio de financiamiento (artículo 8), contrato de administración de proyectos (artículo 9) y convenio especial de cooperación³³ (artículo 17).

De igual forma, la Circular Externa No. 6 de 2013 de Colombia Compra Eficiente, con el objeto de esclarecer el régimen aplicable a la contratación de actividades de ciencia, tecnología e innovación, confirma que son estas las tres modalidades de contratos y convenios vigentes.

3.1 Convenio especial de cooperación

3.1.1 Definición

³³ Artículo 17 Decreto 591. El artículo citado da la habilitación para celebrar este tipo de convenios en cabeza de la Nación y sus entidades descentralizadas, no obstante, el artículo 18 que regulaba el convenio especial de cooperación fue derogado por la Ley 80 de 1993, quedando vigente solamente el artículo 19 que dispone que se deberán pactar medidas conducentes para la transferencia tecnológica. La regulación vigente de este convenio se encuentra en el Decreto 393 de 1991, como se estudiará más adelante.

(Chávez Marín, 2012) define el convenio especial de cooperación de la siguiente manera: *“Es el acuerdo de voluntades celebrado entre entidades públicas o por estas con particulares con el objeto de aportar recursos en dinero, en especie o en industria para facilitar, fomentar o desarrollar actividades científicas o tecnológicas o de alcanzar en común propósitos relacionados con tales materias, sin dar lugar a la creación de nuevas personas jurídicas.”*³⁴

3.1.2 Régimen

El régimen aplicable a los convenios de cooperación es de derecho privado de acuerdo con lo previsto en el ordinal 5 del artículo 7 del Decreto-Ley 393 de 1991. De igual forma, también dispone que *“Si el convenio respectivo introduce líneas de acción relativas a administración de proyectos o financiamiento*³⁵*, se someten al mismo régimen privado del convenio.”*

Debe precisarse que los convenios especiales de cooperación tienen un régimen de derecho privado, y en lo no regulado por este, se someterán al régimen general de la contratación pública. No obstante, el Decreto-Ley 393 es anterior a la promulgación de la Ley 80 de 1993, por lo cual la armonización entre estas dos disposiciones suscita algunas dudas.

³⁴ El autor desarrolló esta definición a partir de lo dispuesto por los artículos 1,2,6 y 9 del Decreto 393 de 1991 y por el artículo 17 del Decreto 591 de 1991.

³⁵ Como se estudiará más adelante, esta disposición hace referencia a los otros tipos de contratos o convenios que se pueden suscribir, cuyo objeto es la administración de proyectos y el financiamiento de actividades de ciencia, tecnología e innovación.

La Ley 80 de 1993 es una norma posterior aplicable a toda la contratación estatal, pero entiende que el Decreto-Ley 393 de 1991 está vigente y que su régimen especial pervive, por lo cual en principio los convenios especiales de cooperación tendrían un régimen de derecho privado exclusivamente.

Sin embargo, la Ley 80 de 1993 dispone, como se había mencionado en el numeral 1.2 de este documento sobre el marco legal de los contratos y convenios de C, T e I, dos excepciones al Estatuto General de la Contratación Pública, ya reseñadas en el numeral 1.2 “Marco legal” de este capítulo, la primera, excepción a la licitación pública, al disponer su contratación de forma directa y la segunda, excepción a la posibilidad de pactar cláusulas excepcionales.

Este pronunciamiento de la Ley 80 genera la siguiente inquietud, ¿por qué se hacen las excepciones precedentes si el régimen especial de los convenios especiales de cooperación dispone que su régimen es privado? Si la Ley 80 hace excepciones, parece entenderse entonces que por regla general será aplicable el Estatuto General de la Contratación Estatal. Teniendo esto en cuenta, ¿a qué se reduce entonces el ámbito del derecho privado?

Los interrogantes precedentes generan una situación de confusión y riesgo pues coexisten actualmente dos disposiciones respecto al régimen de los convenios especiales de cooperación, una que afirma la existencia de un régimen especial de derecho privado (que por tanto excluye la aplicación del régimen general de la contratación pública), y otra que

presupone la aplicación del régimen general de la contratación pública, por lo ya planteado.³⁶

Dicha situación se ve reflejada en la coexistencia de posiciones ambiguas y contrarias y el debate jurídico que ello conlleva, por ejemplo, uno de los argumentos de la defensa del Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural en el proceso D-2009-878-183667 ante la Procuraduría General de la Nación, en respuesta al primer cargo que lo acusó de intervenir en la celebración de convenios especiales de cooperación científica y tecnológica sin contar ni exigir previamente estudios técnicos, financieros (económicos) y jurídicos precisos y completos, fue que al aplicarse derecho privado a este tipo de convenios, no era necesaria la elaboración de documentos previos.

Esta falta de certidumbre jurídica es a nuestro concepto producto de una falta de armonización entre el Estatuto General de la Contratación Pública y el régimen especial de contratación de C, T e I que sigue vigente.

3.1.3 Requisitos

³⁶ Esta discusión se evidencia también en los pronunciamientos del Consejo de Estado. En pronunciamiento del 24 de enero de 2002 el Consejo de Estado afirmó: “*el régimen de los convenios especiales de cooperación está constituido por el artículo 355 de la Constitución, la ley 80 de 1993 y las normas del decreto ley 393 de 1991 que no contraríen las disposiciones de ésta.*” Mientras que posteriormente el Consejo de Estado en pronunciamiento del 11 de febrero de 2009, reconoce la subsidiariedad del Estatuto General de la Contratación Pública a los convenios especiales de cooperación, al disponer su aplicación solamente para lo que no haya sido regulado por su régimen especial. Bajo el pronunciamiento del año 2002, se le aplicaría el Estatuto General de la Contratación Pública de manera preferente a los convenios especiales de cooperación desconociendo su régimen especial de derecho privado, mientras que, bajo el pronunciamiento del año 2009, se respeta el régimen especial y la aplicación de la Ley 80 de 1993 es solamente subsidiaria.

El párrafo del artículo 8 del Decreto 393 de 1991 establece que estos acuerdos no requieren para su celebración y validez requisitos diferentes a los señalados para la contratación entre particulares. No obstante, el mismo párrafo ordena que los convenios deben ser publicados en el Diario Oficial³⁷ y tener apropiación y registro presupuestal si implican erogación de recursos públicos.

3.1.4 Partes contratantes

Existen dos partes contratantes, una entidad estatal que entrega los recursos para financiación del convenio especial de cooperación y la parte idónea que recibe los recursos para realizar la actividad de C, T e I pactada.

La autorización para celebrar los convenios de cooperación está en el artículo 1 del Decreto 393. El artículo solamente se refiere a la Nación³⁸ y a sus entidades descentralizadas³⁹. Sin embargo, es posible extender esta autorización a otras entidades estatales, en especial a las entidades territoriales, si se hace una lectura integral de diferentes disposiciones de C, T e I, para lo cual nos remitimos a lo explicado en el numeral 2. “Modalidades genéricas de asociación de entidades públicas para el desarrollo de las actividades de ciencia y tecnología.”

Vale advertir, que otra interpretación dirigida a restringir las entidades que pueden celebrar convenios especiales de cooperación, iría en contra de lo dispuesto por el artículo

³⁷ Debe precisarse que el artículo 223 del Decreto extraordinario 19 del 2012 elimina el Diario único de Contratación y ordena que desde el 1 de junio de 2012 los contratos estatales se publiquen en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP, únicamente, sistema regulado por el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007.

³⁸ La Nación entendiéndola como las entidades del sector central de la rama ejecutiva del orden nacional según lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 38 de la Ley 489 de 1996.

³⁹ Entendiéndolas según lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 38 ya citado en el pie de página anterior.

40 de la ley 80, que dispone que las entidades estatales podrán celebrar los contratos⁴⁰ y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En este orden de ideas, toda entidad estatal contratante que busque desarrollar una actividad de C, T e I, o desarrollar un programa o proyecto para el desarrollo de este tipo de actividades, puede ser parte contratante del convenio especial de cooperación.⁴¹

La idoneidad del contratante queda a concepto de la entidad contratante. La principal queja de la Contraloría ha sido precisamente que la contratación queda en manos de entidades no reconocidas por Colciencias.⁴² La discrecionalidad mencionada se ve

⁴⁰ Teniendo en cuenta la definición legal de contratos estatales contenida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993: *"Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad."*

⁴¹ Diferentes disposiciones permiten afirmar que las entidades estatales en general están habilitadas para desarrollar actividades, programas o proyectos, de ciencia, tecnología e innovación, así su objeto principal no sea este. En primer lugar, la Ley 1286 de 2009 incluye dentro del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación – SNCTI – a las organizaciones que de manera general realicen o promueva el desarrollo de estas actividades, así: *"Artículo 20. Componentes del Sistema. El Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación -SNCTI- es un sistema abierto del cual forman parte las políticas, estrategias, programas, metodologías y mecanismos para la gestión, promoción, financiación, protección y divulgación de la investigación científica y la innovación tecnológica, así como las organizaciones públicas, privadas o mixtas que realicen o promuevan el desarrollo de actividades científicas, tecnológicas y de innovación."* Por otra parte, la Circular Externa No. 6 de Colombia Compra Eficiente, ya referenciada en el numeral 2. de este documento, está dirigida todas las entidades estatales que sean ejecutoras de proyectos de inversión de ciencia, tecnología e innovación. Esto permite afirmar que el fin de la celebración de los convenios de cooperación en su acepción tradicional, entendiéndolo como el aporte desde el ámbito funcional que tiene que ofrecer la entidad estatal contratante, no es tan claro en la celebración de estos convenios. No se podría afirmar entonces que solamente las entidades cuyo fin principal incluya o se relacione con el desarrollo de actividades de ciencia, tecnología e innovación pueden celebrar convenios especiales de cooperación, pues la norma habilita en general a toda entidad que realice o promueva el desarrollo de estas actividades o que sea ejecutor de proyectos con este fin, independientemente de su fin u objeto.

⁴² La noticia se puede encontrar en el siguiente link: <https://www.dinero.com/emprendimiento/articulo/contraloria-investiga-recursos-para-emprendimiento-e-innovacion/243155>

reflejada en casos como el de Green Patcher S.A.S y las empresas de emprendimiento del Departamento del Cauca.

Green Patcher S.A.S fue una empresa en su momento recién creada, con poco capital y cuyo representante no tenía conocimiento alguno de contratación, y aun así fue contratada por la Unidad de Mantenimiento de Malla Vial de Bogotá para tapan huecos a través de la ciudad con una máquina.⁴³

Por otra parte, la Gobernación del Cauca suscribió un proyecto para fortalecer las capacidades tecnológicas e impulsar los negocios de empresas de emprendimiento con componentes de ciencia y tecnología, por \$16.000 millones de pesos. La Contraloría General de la Nación encontró que parte de los recursos terminaron en establecimientos que no eran empresas de emprendimiento, sino asaderos de pollos y spas.⁴⁴

3.1.5 Objeto

Como ya se había anticipado, el objeto del convenio especial de cooperación es que la entidad estatal aporte recursos en dinero, en especie o en industria a una entidad idónea para facilitar, fomentar o desarrollar actividades de C, T e I.

3.1.6 Contenido

⁴³ La noticia se puede encontrar en el siguiente link: <http://www.semana.com/nacion/articulo/contrato-de-maquina-tapahuecos-llega-la-procuraduria/381134-3>
<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/defensa-del-alcalde-petro-maquina-tapahuecos-procuradur-articulo-527587>

⁴⁴ La noticia se puede encontrar en el siguiente link: <https://www.dinero.com/emprendimiento/articulo/contraloria-investiga-recursos-para-emprendimiento-e-innovacion/243155>

Aunque el artículo 8 del Decreto 393 los entiende como requisitos, en realidad establece un clausulado mínimo para los convenios de cooperación, a saber: objeto, término de duración, mecanismos de administración, sistemas de contabilización, causales de terminación y cesión. Si bien tales cláusulas son comunes a la mayoría de los contratos, el artículo 7 del Decreto 393 de 1991 y el artículo 19 del Decreto 591 de 1991 definen además reglas específicas para tener en cuenta al momento de redactar el clausulado del convenio especial de cooperación, desarrolladas a continuación.

3.1.6.1 Régimen de solidaridad

El numeral 1 del artículo 7 dispone que no existirá régimen de solidaridad entre las personas que lo celebren, cada una responderá por las obligaciones que específicamente asume en virtud del convenio.

3.1.6.2 Propiedad de los resultados

El numeral 2 del artículo 7 impone el deber de precisar la propiedad de todos los resultados que se obtengan y los derechos de las partes sobre los mismos. En este acápite debe recordarse la excepción que constituyen los convenios y contratos de C, T e I, al artículo 355 constitucional tal y como lo estableció la sentencia C 316 de 1995, traída a colación en el numeral 1.1 “fundamento constitucional” de este capítulo.

Esta excepción es la que permite al Estado ceder a título gratuito, los derechos de propiedad intelectual que le correspondan en virtud del desarrollo de proyectos de

investigación y desarrollo de C, T e I financiados con sus recursos, al que adelante y ejecute el proyecto, lo cual implica transferirle también su comercialización y explotación, sin que se constituya daño patrimonial al Estado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 1753 de 2015.

3.1.6.3 Obligaciones contractuales

El numeral 3 del artículo 7 impone el deber de definir las obligaciones contractuales, especialmente de orden laboral, que asumen cada una de las partes.

3.1.6.4 Administración de los recursos aportados

El aporte de cada contratante debe especificarse en el convenio, precisando el origen de los recursos aportados. Para las entidades públicas debe señalarse la disponibilidad presupuestal, la forma de administración de los aportes, y el sistema de manejo y contabilización a adoptar.

Por otra parte, el numeral 4 habilita a que el manejo de los recursos aportados para la ejecución del convenio se realice mediante encargo fiduciario o cualquier otro sistema de administración, al ser el manejo de recursos adoptados. Esta habilitación será para la parte receptora de los recursos, que debe ejecutarlos en el desarrollo del convenio, pues los recursos ya están ejecutados para la parte financiadora que entregó los recursos. De igual forma deben tenerse en cuenta al momento de determinar el sistema de administración de recursos, las restricciones para celebración de encargo fiduciario y contrato de fiducia mercantil que contempla la Ley 80 de 1993.

Como los recursos ya se entienden ejecutados con su entrega a la parte contratada, en la práctica las entidades estatales se han desentendido de la ejecución de la actividad o proyecto contratado que hace la parte contratada, lo cual ha generado casos como el de Córdoba, donde la contraloría encontró que en cinco convenios especiales de cooperación los cooperantes subcontrataron para su desarrollo, quedándose igual las partes contratantes con un porcentaje de recursos públicos, como “margen de intermediación”.⁴⁵ La Contraloría estimó que por falta del control a los convenios suscritos se generó un presunto detrimento fiscal de 29.153 millones.

3.1.6.5 Transferencia tecnológica

El artículo 19 del Decreto 591 de 1991, dispuso que cuando la naturaleza del contrato así lo exija, se pactarán las medidas conducentes para efectos de la transferencia tecnológica, conforme a los lineamientos que defina el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

3.2 Contrato o convenio de financiamiento

3.2.1 Definición

(Chávez Marín, 2012) define el contrato o convenio de financiamiento en C, T e I de la siguiente manera: *“Es un acuerdo de voluntades que tiene por objeto proveer de recursos, eventualmente reembolsables, al particular contratista o a otra entidad pública con destino al desarrollo de actividades científicas o tecnológicas.”*

3.2.2 Objeto

⁴⁵ La noticia se puede encontrar en el siguiente link: <https://www.elheraldo.co/cordoba/ciencia-y-tecnologia-el-nuevo-agujero-de-las-regalias-325888>

El objeto es que la entidad pública provea de recursos a un particular o a una entidad estatal para financiar actividades científicas y tecnológicas. Los recursos provistos deben ser reembolsados. El reembolso puede ser por la totalidad o por una parte solamente, así mismo, tal reembolso puede estar condicionado a que se obtenga éxito en la actividad financiada, tal y como lo establece el Consejo de Estado en pronunciamiento del 11 de febrero de 2009.

3.2.3 Partes

Hay dos partes contratantes, la entidad estatal que da el financiamiento, y el particular o entidad estatal, quien, con cargo a los recursos transferidos, desarrolla la actividad o proyecto contratado. En este aparte caben los mismos comentarios realizados para los convenios especiales de cooperación sobre la discrecionalidad de la entidad estatal para calificar la idoneidad de la entidad a contratar.

3.2.4 Régimen

El régimen de estos contratos y/o convenios es de derecho público, toda vez que en su régimen especial no hubo pronunciamiento al respecto.

3.2.5 Modalidades

Están definidas y reguladas en el artículo 8 del Decreto 591 de 1991.

3.2.5.1 Reembolso obligatorio

Está regulada en el literal a. del artículo citado. En esta modalidad el contratista beneficiario del financiamiento deberá pagar los recursos en las condiciones de plazo e intereses que se hayan pactado en el acuerdo de voluntades correspondiente.

Sobre la posibilidad que da el Decreto 591 de cobrar intereses, en nuestro concepto bastaría una indexación del monto debido, en aras de garantizar que no haya un detrimento fiscal causado por la celebración del convenio o contrato de financiamiento. No pactar intereses, no puede entenderse como causal de detrimento fiscal, pues la entidad estatal solamente debe garantizar el reembolso del financiamiento otorgado al beneficiario, pactar intereses podría constituir un enriquecimiento sin justa causa por parte de la entidad estatal.

En este orden de ideas esta modalidad no significa un traslado definitivo de recursos, sino que es una especie de crédito o apoyo financiero temporal, para el desarrollo de la actividad científica y tecnológica correspondiente, ya que implica el reembolso de los recursos públicos de la entidad aportante.

3.2.5.2 Reembolso condicional

Está regulada en el literal b. del artículo citado. Esta modalidad contempla la exención de pago de capital y/o intereses al contratista cuando la actividad realizada por él haya tenido éxito. (Chávez Marín, 2012) afirma en el estudio de este contrato, que el éxito de la actividad del contratista, a la cual se condiciona el reembolso de los recursos, es la obtención de los resultados esperados, pactados y precisados en el convenio respectivo,

donde se deben contemplar los eventos de exención parcial o total de pago de capital y/o intereses.

Por esta razón, al momento de expedir la resolución que adopte la decisión de exención del pago correspondiente, debe justificarse el éxito del contratista. El concepto de éxito no está regulado, por tanto, es un término discrecional cuya definición depende de lo pactado en el acuerdo de voluntades.

El término éxito es problemático predicarlo de forma general para todas las actividades de C, T e I, pues por regla general, las obligaciones que surgen del desarrollo de estas actividades son de medio, no de resultado. Por ejemplo, si la actividad contratada es de innovación, una de sus características es la incertidumbre en cuanto a la efectiva generación de un resultado, la pregunta es en este caso cómo se determina que la actividad del contratista fue exitosa.

Así mismo el vacío del concepto éxito es problemático al ser fundamento de la exención de pago, por tanto, debe advertirse que la exención del pago sin la fundamentación debida del éxito del contratista puede conllevar a otorgar recursos públicos directamente sin ninguna justificación.

3.2.5.3 Reembolso parcial

Está regulada por el literal c. del artículo mencionado. Bajo esta modalidad le compete a la entidad determinar en el acuerdo de voluntades suscrito cuáles recursos son objeto de reembolso, y cuáles no. Esta modalidad es una mezcla de los dos tipos anteriores pues implica por un lado el traslado o transferencia definitiva de los aportes, respecto a los

recursos que no son objeto de reembolso, mientras que, por otro lado, respecto a los recursos que sí son objeto de reembolso, la transferencia es temporal o condicional a la obtención de resultados.

Esta modalidad solamente procede para inversiones en actividades precompetitivas, de alto riesgo tecnológico, de larga duración o de interés general, estas actividades no tienen acepción legal o reglamentaria, lo cual hace que su definición sea discrecional. La abstracción de estas nociones genera que sean conceptos subjetivos.

El reembolso parcial tiene entonces dos conceptos subjetivos, el primero, las actividades precompetitivas, de alto riesgo tecnológico, de larga duración o de interés general⁴⁶ y el segundo, el éxito del contratista. Su definición queda en cabeza de las partes contratantes, en especial de la entidad estatal, como parte financiadora con recursos públicos del acuerdo de voluntades. Esta discrecionalidad, como se había explicado en el reembolso contingente con el concepto de éxito del contratista, genera un riesgo de asignación directa (vía financiamiento de una actividad no procedente o vía condonación de deuda) de recursos públicos sin justificación generando un detrimento patrimonial.

3.2.5.4 Recuperación contingente

Está regulada por el literal d. del artículo mencionado. En esta modalidad la obligación de pago del capital e intereses sólo surge cuando, a juicio de la entidad contratante, se ha

⁴⁶ El interés general es un poco abstracto en su definición si se tiene en cuenta que las actividades de ciencia y tecnología son ya de por sí actividades de interés general. (Chávez Marín, 2012) propone una solución a este problema, arguye que es entonces competencia de la entidad determinar cuáles situaciones involucran más interés general que otras. Por ejemplo, los proyectos de innovación que creen o apoyen incubadoras de empresas, serían un ejemplo de una actividad en la cual, aunque es científica y tecnológica, prevalece más el interés particular de la empresa que el interés general.

configurado una de las causales específicas de reembolso pactadas en el acuerdo de voluntades, las cuales deben guardar armonía con la naturaleza de la actividad objeto del contrato o convenio.

Se denomina recuperación contingente pues el reembolso de recursos depende de la contingencia de la configuración de alguna de las causales pactadas en el contrato o convenio. En el caso de que se configurara, la entidad debe mediante resolución motivada, determinar la existencia de la obligación de reembolso de capital e intereses de los recursos aportados.

Los contratos de financiamiento son mutuos o préstamos de dinero. Esta naturaleza del contrato exige una carga en cabeza de la entidad estatal financiadora, una calificación, técnica y previa, de la actividad a financiar como una actividad de C, T e I, así como un análisis previo de la actividad o programa a financiar, que permita estructurar el contrato de financiamiento, identificando los riesgos de la contratación y la afectación fiscal a sus recursos, según múltiples factores.

Por ejemplo, se financia la investigación de una bacteria que logre descomponer plástico y así disminuir el problema de basuras de una entidad distrital. La entidad estatal para determinar la afectación fiscal de sus recursos debe tener en cuenta entonces múltiples factores, por ejemplo, que la actividad es de investigación, cuál es la posibilidad de éxito, qué se puede considerar como éxito, si es posible exigir resultados concretos, cuáles son los riesgos de fracaso, cuál es el plazo para desarrollar el contrato, de qué forma se puede garantizar el reembolso de los recursos invertidos, etc. Analizando esos factores logrará

determinar la forma de contrato de financiamiento que debe utilizar para el caso específico y los elementos de este, plazo, condiciones, éxito, etc.

La identificación de estos factores supone que la entidad estatal entienda por lo menos la estructuración de la actividad o proyecto a financiar. La mayoría de las entidades estatales no tienen el conocimiento para entender conceptos de C, T e I, por esta razón la Circular Externa No. 6 de 27 de septiembre de 2013, como se profundizará en el acápite de causal de contratación directa, designa a Colciencias como entidad competente para despejar cualquier duda sobre la clasificación de una actividad como de C, T e I.

Sin embargo, recurrir a Colciencias es una opción para la entidad, no una obligación. Es decir, en aras de disminuir la discrecionalidad de las entidades estatales, se debería exigir un concepto técnico previo a una entidad con conocimiento del tema a contratar, para así garantizar la financiación de actividades realmente de C, T e I, así como el fundamento técnico para identificación de los riesgos y análisis de las implicaciones financieras de celebrar este tipo de contratos, para evitar un posible detrimento patrimonial.

3.3 Contratos de administración de proyectos

Es un contrato, entendido este como un vínculo jurídico mediante el cual una entidad del Estado acuerda con un particular u otra entidad pública, que este último, denominado el administrador, desarrolle para la primera un proyecto de C, T e I.

Este contrato supone que en el desarrollo de la actividad científica o tecnológica se ejecute un proyecto. El objeto del contrato es administrar ese proyecto, lo cual incluye su

ejecución, desarrollo, y en general, realizar todas las actividades necesarias para que ello se realice por cuenta y en nombre de la entidad contratante (Chávez Marín, 2012).

Esto supone que el administrador presta sus servicios especializados a la entidad, como propietaria o titular del proyecto respectivo. El alcance de la administración se establece en el contrato. En principio la entidad estatal debe conservar un amplio margen de intervención al ser titular del proyecto, sin soslayar la autonomía técnica y científica del administrador.

Al no haber una norma especial, el régimen de los convenios de administración de proyectos será el Estatuto General de la Administración Pública.

El artículo 9 del Decreto 591 de 1991 habilita a las entidades para celebrar el contrato de administración de proyectos. Sin embargo, no hay una regulación clara y específica para este contrato. Con el fin de solucionar este vacío (Chávez Marín, 2012) propone aplicar el régimen de los convenios especiales de cooperación y el de los contratos o convenios de financiamiento, para el contrato de administración de proyectos. No obstante, en nuestro criterio, las diferencias de las tipologías contractuales lo imposibilitan, como se expone a continuación.

En primera instancia porque el contrato de administración de proyectos es un contrato, no un convenio, lo cual supone la contraposición de intereses de las partes contratantes.

En segunda instancia porque el objeto de cada tipo contractual es diferente, en el convenio especial de cooperación el objetivo es unir fuerzas mediante el aporte de recursos para conseguir un fin común mientras que en el de financiamiento es apoyar económica y condicionadamente a un tercero para que realice la actividad de C, T e I.

Por ejemplo, en el convenio especial de cooperación debe pactarse la propiedad de los resultados del desarrollo del convenio, disposición que no cabe aplicar en el contrato de administración de proyectos, pues el proyecto (y su desarrollo final) siempre será de la entidad estatal contratante.⁴⁷ De igual forma, en cuanto a la contraprestación, en el contrato de administración de proyectos se pacta una contraprestación por la administración del proyecto de la entidad estatal, lo que no procede para los convenios especiales de cooperación pues solo se financia la actividad o proyecto. Por último, el régimen privado al cual se someten los convenios especiales de cooperación tampoco sería aplicable a los contratos de administración de proyectos.⁴⁸

4. Causal de contratación directa

Ya estudiadas las tipologías contractuales de C, T e I mediante las cuales las entidades estatales pueden desarrollar y fomentar las actividades de c, t e i, pasamos a continuación a estudiar a fondo la configuración de la causal de contratación directa y su procedencia según la definición de estas actividades, teniendo en cuenta que en este aspecto es donde se presenta más controversia en los casos prácticos por su aplicación indebida.

⁴⁷ En sentido contrario, si el proyecto es común a las partes contratantes o es un proyecto que pertenece o es de iniciativa de la otra entidad pública o del particular, no es un contrato de administración de proyectos; pero si puede corresponder a un convenio especial de cooperación o a un convenio de financiamiento.

⁴⁸ Al respecto, Gonzalo Suárez Beltrán, en su obra "Estudios de derecho contractual público", señala: "(...) Así las cosas, nótese que el objeto de este tipo de contratos no consiste en la pura y simple entrega de dineros por parte de una entidad a una persona pública o privada, para que esta última, valiéndose de su régimen contractual aplicable, realice adquisiciones de bienes o servicios a favor de la primera, sino que el verdadero contrato de administración de proyectos se erige como un acto jurídico mediante el cual la entidad estatal encarga a una persona pública o privada el desarrollo de uno o más proyectos específicos de ciencia, tecnología e innovación, cuya administración traslada a dicha persona, quien para tales efectos queda facultada para la adquisición de los bienes y servicios que sean requeridos para la ejecución del proyecto (o proyectos), asumiendo la responsabilidad de materializarlos. (...) Celebrado el contrato de administración, su ejecución se llevará de conformidad con el régimen legal de la entidad ejecutora." (Negrilla extratextual)

Así las cosas, la modalidad de selección de contratistas para desarrollar actividades de C, T e I es de contratación directa dado el alto nivel de especialización, conocimientos e insumos requeridos⁴⁹, y a su vez por la agilidad necesaria para la adquisición de los insumos y materiales que conlleve al desarrollo óptimo y continuado en el caso específico de proyectos.⁵⁰

El literal e) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 establece como causal para contratar directamente, la contratación para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas.

De igual forma, la Ley 1286 de 2009, *“Por la cual se modifica la Ley 29 de 1990, se transforma a Colciencias en Departamento Administrativo, se fortalece el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia y se dictan otras disposiciones”*, en su artículo 33 establece que los contratos, actividades y convenios con el objeto de realizar actividades de C, T e I, serán celebrados directamente y regulados por su normatividad especial.

⁴⁹ La lectura y análisis del significado y contenido de las actividades científicas, tecnológicas y de innovación, objeto de estudio del numeral 1.1, a la luz de la normatividad nacional y de los estándares internacionales de referencia, conlleva a esta conclusión. Por ende, solamente un determinado tipo de sujeto puede llevar a cabo de manera acorde estas actividades.

⁵⁰ Villaveces en la introducción del capítulo de su obra, ya citada, sobre la contratación pública en la legislación de ciencia, tecnología e innovación en Colombia, explica que antes de los años 90s las entidades públicas eran las que más contrataciones generaban para el escaso desarrollo en ciencia y tecnología que se producía en Colombia. Cito textualmente: (...) *“Dado que el régimen de contratación era el mismo que para las demás instituciones públicas, era frecuente que los cultivos de los microbiólogos del Instituto Nacional de Salud se murieran mientras los abogados seguían los procesos contractuales para la compra de los reactivos que requería la investigación. Por casos como ese, era urgente buscar otras formas de contratación para permitir que las entidades públicas pudieran seguir haciendo investigación, pero con mecanismos que permitieran el desarrollo efectivo de los objetivos que se habían propuesto.”*

La interpretación, y, por tanto, la procedencia de la causal acá descrita es restringida, por ser una excepción al régimen general de la licitación pública según las normas del Estatuto General de Contratación Pública.⁵¹ Su procedencia dependerá entonces de: i) el efectivo desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, lo cual supone que las actividades desarrolladas correspondan a la definición de estas actividades y ii) el desarrollo de estas actividades mediante las modalidades genéricas permitidas a entidades públicas para el fomento de este fin, asociación para creación de una persona jurídica o acuerdo de voluntades a través de uno de los tipos contractuales específicos ya estudiados.

Sobre el primer requisito, el artículo 79 del Decreto 1510 de 2013, recopilado por el artículo 2.2.1.2.1.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, dispone que la contratación directa para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas debe tener en cuenta la definición de estas actividades contenida en el Decreto Ley 591 de 1991 y las demás normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan.

Frente al segundo requisito, como se había anticipado, el artículo 9 del Decreto 393 de 1991 dispone las modalidades de asociación de las entidades estatales para fomento de actividades de C, T e I, creación de persona jurídica y celebración de un convenio o contrato, bajo una de las tres (3) tipologías contractuales diferentes reguladas en el Decreto 591 de 1991, a saber, contratos de financiamiento, contratos de administración de proyectos y convenios especiales de cooperación.

⁵¹ Así lo estableció la Procuraduría en el fallo de 24 de septiembre de 2009: *“la aplicación de la causal de contratación directa como excepción a la regla general de la licitación pública, solo se puede aplicar en sentido restrictivo de la norma, esto es, bajo un criterio limitado y taxativo, que no admite aplicaciones analógicas ni interpretaciones extensivas, como son las reglas propias de todos los regímenes exceptivos. Actuar en forma contraria vulnera los principios de transparencia y responsabilidad.”*

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, el artículo 7 del Decreto 591 de 1991, contemplaba dentro de los contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas, a diversos tipos contractuales como el contrato de fiducia, el contrato de obra pública, entre otros,⁵² por lo cual ampliaba la procedencia de la causal de contratación directa acá estudiada a esos contratos allí enlistados. Estos tipos contractuales fueron derogados expresamente por la Ley 80 de 1993, quedando vigentes las tres tipologías contractuales mencionadas en el párrafo precedente y ya estudiadas.

En este orden de ideas, con la legislación vigente, cabe advertir, no sería procedente contratar actividades de C, T e I, por medio de alguna de las tipologías derogadas, ni por medio de alguna tipología diferente a las tres mencionadas. En conclusión, bajo el régimen vigente no bastará imputarle a cualquier contrato el epíteto de ciencia y tecnología para contratar bajo su régimen especial.

Un indebido manejo por parte de la administración ha sido otorgarle a un contrato, independientemente de su naturaleza, el calificativo de C, T e I, para excluirlo del Estatuto General de la Contratación Pública.⁵³ Por esta razón, en nuestro concepto se equivoca la Circular Externa No. 6 de 2013 cuando afirma que la entidad estatal puede contratar de forma directa la interventoría a los contratos de C, T e I.⁵⁴

⁵² Para ver el contenido del artículo 7°, remitirse al Anexo 1.

⁵³ Un ejemplo de indebida calificación de un contrato como de C, T e I fue la contratación de la empresa Green Patcher S.A.S para tapar huecos en las vías de Bogotá. En su momento la Personería de Bogotá reunió conceptos de diferentes entidades, dentro de ellas, la Sociedad Colombiana de Ingeniería quien afirmó que el parcheo es una obra civil, y por tanto se había calificado el contrato como de C, T e I para contratarlo directamente.

⁵⁴ El numeral 5. “Supervisión e interventoría” dice textualmente: “*La Entidad Estatal puede contratar al interventor bajo la modalidad de contratación directa cuando el seguimiento técnico es para un contrato de aquellos a los que se refiere el numeral 2 (refiriéndose a las Tipologías contractuales para actividades de ciencia, tecnología e innovación) de la presente circular.*”

4.1 Definición de actividades de C, T e I

Como se había anticipado, la entidad estatal contratante debe previo a la celebración del contrato o convenio, determinar que la actividad o programa a contratar es de C, T e I, haciendo un parangón entre la definición de estas actividades y las actividades a contratar.

La importancia de la definición de actividades de C, T e I, radica en que de ella depende la procedencia causal de contratación directa. Teniendo en cuenta el carácter exceptivo de esta modalidad de selección, para que una actividad pueda ser catalogada como una actividad de C, T e I, debe encuadrar perfectamente con el alcance otorgado por la ley a dichos conceptos.

El artículo 2 del Decreto 591 de 1991 define cuáles son las actividades científicas y tecnológicas; grosso modo, estas se pueden resumirse en: Investigación científica y desarrollo tecnológico, Difusión científica y tecnológica, Servicios científicos y tecnológicos, Proyectos de innovación, Transferencia tecnológica y Cooperación científica y tecnológica.⁵⁵ Por su parte la innovación no está definida en el Decreto 591 pues, como se explicó en el marco legal de este capítulo, este concepto fue añadido a la dupla de ciencia y tecnología por la Ley 1286 de 2009.⁵⁶

Posteriormente, Colombia Compra Eficiente expide la Circular Externa No. 6 del 27 de septiembre de 2013, la cual tiene como objeto esclarecer el régimen de los contratos de

⁵⁵ Para ver en detalle cuál es el contenido de este artículo, remitirse al Anexo 1.

⁵⁶ No obstante, en virtud del artículo 33 ya citado, se le aplica el mismo régimen especial de la dupla anterior de ciencia y tecnología, pudiendo contratarse directamente estas actividades también.

C, T e I. Por medio de esta, la Agencia enlista, ajusta y profundiza o complementa, las actividades de C, T e I, del artículo 2 del Decreto 591 de 1991.

Con este fin, Colombia Compra Eficiente, une el artículo 2 del Decreto 591 con las disposiciones de: (a) el artículo 2 del Decreto-Ley 393 de 1991; (b) el artículo 18 de la Ley 1286 de 2009 que modificó la Ley 29 de 1990; y (c) el Documento CONPES 3582 de 2009.⁵⁷

En definitiva, la Circular añade las siguientes actividades a las ya definidas por el artículo 2 del Decreto 591 de 1991: a saber; i. Crear, fomentar, desarrollar y financiar empresas que incorporen innovaciones científicas o tecnológicas aplicables a la producción nacional, al manejo del medio ambiente o al aprovechamiento de los recursos naturales, ii. Formar y capacitar el recurso humano para el avance y la gestión de la C, T e I, iii. Crear fondos de desarrollo científico, tecnológico y de innovación a nivel nacional y regional, fondos especiales de garantías y fondos para la renovación y el mantenimiento de equipos científicos, iv. Otorgar premios y distinciones a investigadores, grupos de investigación e investigaciones, v. Desarrollar servicios científicos y tecnológicos, vi. Apropiación social de la C, T e I a través de la integración de la cultura científica, tecnológica e innovadora a la cultura regional y nacional, vii. Elaborar y desarrollar proyectos de investigación y desarrollo experimental (I+D).

⁵⁷ Para ver en detalle el texto de estas disposiciones remitirse al Anexo 1.

Además, como se había anticipado, la Circular da la competencia a Colciencias para resolver las dudas de las entidades estatales ejecutoras sobre la catalogación de una actividad como de C, T e I.

La Circular Externa No. 6 de 2013 merece varios comentarios, en primer lugar, la legitimidad de este documento no es clara y por ende sería discutible su aplicación para la contratación de actividades de C, T e I. En otras palabras, un documento doctrinal que contiene recomendaciones no puede ampliar la definición de actividades de C, T e I, de la cual depende la procedencia del mecanismo de selección exceptivo de contratación directa.⁵⁸

En segundo lugar, algunas de las actividades recopiladas por la Circular no tienen fundamento legal, como las actividades del Documento CONPES 3582 de 2009, ya que los Documentos Conpes son de naturaleza coordinadora o consultiva, si bien materializan las decisiones de política pública aprobadas por el Conpes, no tienen fuerza ejecutoria

⁵⁸ Jorge Santos en su escrito "Las facultades reglamentarias de la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente", expresa nuestra posición sobre la no obligatoriedad de las circulares expedidas por esta entidad, así: *"(...) cuando el Decreto 1082 de 2015 atribuye a Colombia Compra Eficiente diversas clases de funciones que parecieran tener un carácter normativo –por ejemplo, los manuales y guías para la evaluación del riesgo que prevé el artículo 2.2.1.1.1.6.3–, ellas deben ser entendidas en el contexto general de las competencias; esto es, como meros instrumentos prácticos que permiten a los partícipes del sistema de contratación y compras públicas llevar a cabo sus tareas de mejor manera. (...) 7.- Por ello, los manuales, guías y circulares que emite Colombia Compra Eficiente no pueden ser entendidos como verdaderas expresiones normativas –esto es, no pueden ser vistos como actos administrativos reglamentarios de imperativos cumplimiento–, sino simplemente como instrumentos o herramientas que permiten a las entidades estatales, los proponentes, los contratistas, los órganos de control y demás interesados poder dar aplicación de manera más simple a las normas de contratación y compras públicas, a la vez que permiten garantizar una mayor eficacia de tales normas."*

sino hasta que se adoptan a través de reglamento por el órgano ejecutivo (Departamento Nacional de Planeación , 2004).⁵⁹

En tercer lugar, algunas de las actividades recopiladas por la Circular tienen fundamento legal, pero no son idóneas para ser clasificadas como actividades de C, T e I, como las fundamentadas en la Ley 1286 de 2009, que no clasifican actividades de C, T e I, sino actividades de los actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación – SNCTI.

Por último, la Circular designa a Colciencias como entidad competente para aclarar si una actividad es de C, T e I, lo cual le otorga una amplia discrecionalidad, pues esta entidad determina a fin de cuentas qué es C, T e I.

En conclusión, hay una dispersión normativa del concepto de C, T e I que genera una imprecisión de estos términos para efectos de la contratación pública en Colombia.

⁵⁹ El documento citado afirma: “*Al constituir estos dictámenes actos internos de la administración, no tienen fuerza ejecutoria, pues no son actos administrativos en sentido estricto. El dictamen, al ser acogido por el órgano ejecutivo por vía de reglamento, se torna obligatorio, como consecuencia del acto administrativo que emite la administración activa aceptándolo.*” De igual forma se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C 445 de 1993, sobre la imposibilidad de hacer que un Documento CONPES señale el régimen de cambio internacional, de la siguiente manera: “*El ejercicio de la función de señalar el régimen de cambio internacional, además de estar condicionado por los objetivos y criterios generales que establezca la "ley marco", en concordancia con las funciones constitucionales de la Junta Directiva del Banco de la República, no puede ser trasladado a organismos o entidades en las que se desvirtúe la responsabilidad política y administrativa del Gobierno, como es el caso del CONPES. Es contrario a la Constitución que un organismo asesor y de coordinación, como lo es el CONPES, pueda ser autorizado o llamado a participar en el ejercicio de esta función gubernamental de origen constitucional y de regulación legal, pues desvirtúa la responsabilidad que le corresponde al Gobierno Nacional en su definición jurídica.*” (Negrilla fuera de texto)

Por otra parte, la lectura de las actividades de C, T e I permite concluir que hay una ambigüedad en estos términos, lo cual dificulta la justificación de la entidad estatal sobre la necesidad que pretende satisfacer con la contratación, y además genera o permite gran discrecionalidad en cabeza de las entidades estatales contratantes en su aplicación, la cual se puede utilizar para aducir la contratación de actividades que en realidad no son de C, T e I. Por ejemplo, la Unidad de Mantenimiento de la Malla Vial de Bogotá contrató a Green Patcher S.A.S aduciendo que era un contrato de innovación, pues la máquina utilizada para tapar huecos nunca había sido utilizada en Colombia, contratando por concepto de innovación, una actividad de obra pública.

Las anteriores reflexiones van encaminadas a mostrar cómo esta discusión aparentemente ya superada, todavía mantiene relevancia y realmente no ha sido superada, no solamente para efectos académicos, si no para efectos prácticos, pues el problema es para los ordenadores del gasto que contraten directamente actividades de C, T e I amparándose en la calificación de una actividad ambigua, no sustentada técnicamente y con falta de fundamento legal.

Actualmente se evidencia un conflicto entre la amplitud del concepto de desarrollo científico, tecnológico e innovación, y la seguridad jurídica en la contratación de actividades y programas de C, T e I. No obstante, la amplitud del concepto no está garantizando un desarrollo óptimo de estas actividades y está yendo en detrimento de la transparencia en la contratación estatal, por ende, la descripción de las actividades debe ser concisa y la calificación de estas actividades debe ser de fuente legal exclusivamente para así evitar la discrecionalidad en la definición de actividades de C, T e I; pues depende

de su definición la procedencia de una modalidad de selección de contratistas excepcional, así como la procedencia del régimen privado, en el caso de los convenios especiales de cooperación.

Ahora bien, los conceptos base de ciencia, tecnología e innovación pueden desarrollarse mediante ley interna, trayendo a colación diferentes documentos internacionales que se han pronunciado al respecto con el fin de unificar la materia, tal y como lo ha hecho Colciencias y el Departamento Nacional de Planeación (DNP), en la Guía Sectorial que elaboraron para la identificación de programas y proyectos de C, T e I, la cual es a su vez un anexo de la Metodología General para la Formulación y Evaluación de Proyectos de Inversión Pública, con el fin de *“orientar la identificación, formulación y evaluación de proyectos de C, T e I, y de proyectos de otros sectores que incluyan actividades de Ciencia, Tecnología e Innovación (ACTI), que sean financiados con recursos de inversión del gobierno nacional, las entidades territoriales, el Sistema General de Regalías, SGR- y otras fuentes de recursos públicos y privados”*.⁶⁰

Actualmente hay discrepancia entre la definición de C, T e I en los instrumentos internacionales y las actividades de C, T e I consagradas en el ordenamiento jurídico colombiano. Para poder explicar este punto, de manera muy resumida se traen los conceptos de actividades científicas y tecnológicas y el término innovación desarrollados por los instrumentos internacionales así:

⁶⁰ El contenido de los documentos internacionales por su extensión no se reproduce acá, no obstante, de querer verlos desarrollados, remitirse al Anexo I.

- ✓ Actividades científicas y tecnológicas: actividades sistemáticas que están estrechamente relacionadas con la producción, la promoción, la difusión y la aplicación de los conocimientos científicos y técnicos, en todos los campos de la ciencia y la tecnología y se dividen en: Investigación científica y desarrollo experimental (I + D), enseñanza y formación científica y técnica, y servicios científicos y técnicos en las materias señaladas por la Recomendación.⁶¹
- ✓ Innovación: Es la introducción de un nuevo, o significativamente mejorado, producto (bien o servicio), de un proceso, de un nuevo método de comercialización o de un nuevo método organizativo (...) Para que haya innovación, hace falta como mínimo que el producto, el proceso, el método de comercialización o el método de organización sean nuevos (o significativamente mejorados) para la empresa (...) Las actividades innovadoras se corresponden con todas las operaciones científicas, tecnológicas, organizativas, financieras y comerciales que conducen efectivamente, o tienen por objeto conducir, a la introducción de innovaciones.⁶²

Teniendo en cuenta las definiciones precedentes, otorgar un premio o reconocimiento a un investigador, actividad contemplada en Colombia como una actividad de C, T e I,⁶³ no encuadra en los parámetros de los instrumentos internacionales pues no produce conocimiento ni introduce algo novedoso.

⁶¹ Recomendación sobre la normalización internacional de las estadísticas relativas a la ciencia y la tecnología aprobada el 27 de noviembre de 1978. UNESCO.

⁶² Medición de las Actividades Científicas y Tecnológicas. Directrices propuestas para recabar e interpretar datos de la innovación tecnológica: Manual Oslo. OCDE. 1997.

⁶³ Literal l) del artículo 2 del Decreto 393 de 1991, disposición contenida en el Anexo 1.

La remisión de las normas nacionales a los parámetros internacionales puede ser un instrumento que garantice la objetividad de los conceptos, disminuyendo la discrecionalidad del funcionario y generando un escenario con mayor seguridad jurídica.

Por último, debe diferenciarse entre las actividades de C, T e I y las actividades conexas a estas. Las actividades conexas son actividades que por sí solas no necesariamente implican el desarrollo de actividades de C, T e I, pero suponen incurrir en gastos y son fundamentales para conseguir el fin de las actividades que sí son de C, T e I.

Una lectura exegética de las disposiciones que constituyen el régimen especial permitiría concluir que la causal de contratación directa solamente es predicable respecto a actividades de C, T e I. No obstante, acudiendo al espíritu de la ley, aceptar dos regímenes diferentes para un mismo proyecto, desnaturalizaría las razones por las cuales el legislador crea un procedimiento más expedito para estas actividades. Por tanto, las actividades conexas al ser necesarias y esenciales para el desarrollo del contrato deben tener el mismo régimen especial que las actividades de C, T e I durante la ejecución del contrato.

Esta diferenciación es relevante cuando la entidad contratada es de naturaleza pública, pues si la actividad es conexa a la actividad de C, T e I esta podrá ser contratada bajo el mismo régimen, contrario a si la actividad es de mero auxilio o apoyo, tal y como lo ha establecido el Consejo de Estado el 11 de febrero de 2009:

“El régimen especial sólo se aplica cuando los contratos enunciados tienen por objeto el desarrollo de cualquiera de las anteriores actividades (...), lo que, por consiguiente,

excluye aquellas que no encuadren en alguna de ellas o les sean meramente de auxilio o apoyo.”

Si bien es necesario y lógico que las actividades conexas tengan el mismo régimen especial que las actividades de C, T e I; la ambigüedad en la definición de actividad conexas, o, mejor dicho, la falta de criterios más concisos que permitan reconocer una actividad conexas puede generar la indebida utilización de la contratación directa y/o la aplicación del régimen privado, utilizándola para otros tipos contractuales diferentes a los ya estudiados, argumentando el desarrollo de actividades conexas. Es decir que, por esta vía, se podría buscar revivir los tipos contractuales ya derogados por la Ley 80 de 1993. Por ejemplo, argumentando que la obra pública es vital para el desarrollo de la actividad de C, T e I objeto del convenio o contrato pactado, y, por ende, es una actividad conexas, se llegaría a contratarla directamente.

CAPÍTULO II: CONTRATO DE APORTE

1. Marco jurídico

Antes de puntualizar las falencias regulatorias del contrato de aporte, que han facilitado su utilización indebida para defraudar al Estado en perjuicio de la población más vulnerable, nos permitimos realizar una exposición general de sus fundamentos constitucionales y legales.

1.1 Marco constitucional

El artículo 42 constitucional pone en cabeza del Estado la protección integral de la familia y consagra el principio de unidad familiar. Por su parte el artículo 44 impone la obligación al Estado de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Los artículos constitucionales precedentes permiten afirmar la existencia de la obligación constitucional, en cabeza del Estado, de prestar el servicio de bienestar familiar. Con el fin de cumplir los deberes constitucionales antes

mencionados se instituyó el contrato de aporte como el instrumento más importante para la ejecución de programas relacionados con la protección de los niños y la familia.⁶⁴

Ahora bien, en materia constitucional deben diferenciarse los contratos de aporte de los convenios regulados por el artículo 355 constitucional.

La segunda parte del artículo 355 habilita al Gobierno para celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo. Mediante esta figura el Estado entrega recursos a un ente sin ánimo de lucro para que este pueda adelantar sus propios programas. Por el contrario, en el contrato de aporte los recursos entregados al contratista tienen por finalidad la prestación del servicio de bienestar familiar, bajo los lineamientos y términos de la entidad estatal contratante (ICBF o MEN), no para el desarrollo de los programas propios de la entidad sin ánimo de lucro contratista, por lo tanto, el contrato de aporte difiere sustancialmente del contrato regulado en el artículo 355 constitucional y no se regiría por los allí previsto ni por las normas reglamentarias de dicha tipología.⁶⁵

⁶⁴ La Sección Tercera de la Sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado en Sentencia de nueve (09) de mayo de 2011 lo expresa de la siguiente manera: (...) “*Así las cosas, el contrato de aporte no sólo difiere sustancialmente de cualquier otro negocio jurídico en su objeto, sino de igual manera en su causa, toda vez que la actividad que se asume por el contratista (objeto) es de carácter esencial y de específica relevancia para la sociedad y para el Estado—y no simplemente una función administrativa o propia de la entidad pública—, y la causa es específica consistente en la finalidad de procurar la integración de la familia y la protección de la niñez.*” (Destacado fuera de texto)

⁶⁵ La Sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado en pronunciamiento del 24 de febrero de 2005 definió el objeto de estos contratos en los siguientes términos: “*Esta norma muestra claramente que los contratos a que se refiere dicha disposición son aquellos por los cuales el Estado entrega recursos a un ente sin ánimo de lucro para que el mismo pueda adelantar sus programas. Los programas a que se refiere no son los programas del Estado sino los programas del ente privado, porque si fueran los del Estado se trataría no simplemente de impulsar un programa sino de ejecutarlo, y de otra parte no se requeriría que fuera acorde —esto es que guardara armonía— con el plan, aunque no esté incluido en el mismo, sino que debería estar comprendido.*” (Destacado fuera de texto)

1.2 Marco legal

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tiene por objeto propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos, en los términos del artículo 20 de la Ley 7 de 1979.

Para el desarrollo y logro de su objeto, el artículo 21 de la misma ley dispone que el ICBF tendrá como funciones, entre otras, las siguientes: *“9. Celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo; (...) 11. Recibir y distribuir los recursos y auxilios que se incluyan en el Presupuesto Nacional con destino a entidades oficiales o particulares que se ocupen de programas de protección del menor de edad y a la familia e inspeccionar la inversión de los mismos;”*

Estas funciones fueron desarrolladas por el Decreto 2388 de 1979, compilado posteriormente en el Decreto Único Reglamentario 1084 de 2015 del Sector de Inclusión social y reconciliación.

Su artículo 2.4.3.2.5 habilita al ICBF para, cuando las necesidades del servicio lo exijan, celebrar contratos administrativos con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

De igual forma el artículo 2.4.3.2.7 del mismo Decreto, dispone el tipo de contratista habilitado para celebrar contratos con el ICBF, a los que se refiere el numeral 9 del

artículo 21 citado anteriormente de la siguiente manera: *Artículo 2.4.3.2.7. Celebración de contratos con instituciones de utilidad pública o social. El ICBF, podrá celebrar los contratos de que trata el artículo 21, numeral 9 de la Ley 7 de 1979 con instituciones de utilidad pública o social de reconocida solvencia moral y técnica, dando preferencia a las más antiguas y que hayan sobresalido por sus méritos y dotes administrativos.* *Parágrafo. Cuando no se pueda celebrar contratos con instituciones sin ánimo de lucro, se suscribirán con personas naturales de reconocida solvencia moral.*” (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, vía reglamentaria, el artículo 2.4.3.2.9 del mismo Decreto, define el contrato de aporte como un acuerdo de voluntades en virtud del cual el Instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc.) indispensables para la prestación total o parcial del servicio de bienestar familiar.

Así las cosas, el contrato de aporte está contemplado en la Ley 7 de 1979 y regulado en la misma ley y por lo dispuesto en el Decreto Único Reglamentario 1084 de 2015.

Por otra parte, el parágrafo del artículo 136 de la Ley 1450 de 2011, habilita al Ministerio de Educación Nacional – MEN, para celebrar contratos de aporte.⁶⁶ No obstante, debe

⁶⁶ El artículo citado es del siguiente tenor: “**ARTÍCULO 136. AJUSTE DE LA OFERTA PROGRAMÁTICA PARA LA PRIMERA INFANCIA.** El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF– priorizará su presupuesto en forma creciente para ser destinado a la financiación de la estrategia de atención a la primera infancia. Acción Social, el Ministerio de la Protección Social y el Ministerio de Educación Nacional, en lo de sus competencias, atenderán los criterios fijados en la política para la atención a la primera infancia. (...) **PARÁGRAFO 4o.** Con el fin de alcanzar las coberturas universales en el Programa de Alimentación Escolar –PAE–, el Gobierno Nacional trasladará del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) al Ministerio de Educación Nacional (MEN), la orientación, ejecución y articulación del programa, sobre la base de estándares mínimos de obligatorio cumplimiento para su prestación, de manera concurrente con las entidades territoriales. Para el efecto, el MEN realizará la revisión, actualización y definición de los lineamientos técnicos-administrativos, de los estándares, y de las condiciones para la prestación del servicio para la ejecución del Programa, que serán aplicados por las entidades territoriales, los actores y operadores del programa. El PAE se financiará con recursos de

precisarse que la celebración de estos contratos por el Ministerio solamente es procedente para la ejecución del PAE – Programa de Alimentación Escolar (de ahora en adelante PAE)⁶⁷, pues el mismo artículo designó a este Ministerio como responsable por el desarrollo del programa con el objetivo de alcanzar coberturas universales. Se hará referencia al PAE a través del documento, pues es uno de los programas que más casos de corrupción ha presentado dentro de la ejecución de gasto público social, programa que aunque en la actualidad está bajo la dirección del Ministerio de Educación Nacional y no del ICBF, ha presentado diversas dificultades en su ejecución por parte de los municipios, circunstancia que ha facilitado la desviación de recursos, o la inejecución de los mismos, dada la incapacidad de las entidades territoriales para ejecutar los recursos propios y los recursos transferidos por la Nación para financiar el proyecto.

El contrato de aporte está tipificado en la ley 7 de 1979 y regulado por el Decreto 2388 de 1979, ambas disposiciones del año 1979, anterior a la promulgación de la Ley 80 de 1993. Como se explicó en el capítulo introductorio de este trabajo de grado, la pretensión de esta ley fue crear un Estatuto universal de Contratación Pública, lo cual suponía la derogatoria tácita de los regímenes especiales de contratación. En este orden de ideas, su vigencia es discutible en el entendido que el Estatuto de Contratación Estatal implicó una

diferentes fuentes. El MEN cofinanciará sobre la base de los estándares mínimos definidos para su prestación, para lo cual podrá celebrar contratos de aporte en los términos del artículo 127 del Decreto 2388 de 1979 y promoverá esquemas de bolsa común con los recursos de las diferentes fuentes que concurran en el financiamiento del Programa.” (Subrayado fuera de texto)

⁶⁷ El Programa de Alimentación Escolar – PAE se define en el artículo 2.3.10.2.1 del Decreto 1852 de 2015, que adiciona al Decreto Único Reglamentario del Sector Educación 1075 de 2015, así: “Estrategia estatal que promueve el acceso con permanencia de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes en el sistema educativo oficial, a través del suministro de un complemento alimentario durante la jornada escolar, para mantener los niveles de atención, impactar de forma positiva los procesos de aprendizaje, el desarrollo cognitivo, disminuir el ausentismo y la deserción y fomentar estilos de vida saludables.”

derogatoria tácita de las disposiciones anteriores por regulación integral del tema, y la Ley 80 no hizo ningún tipo de excepción o consideración sobre su vigencia, como si lo hizo con los contratos de ciencia, tecnología e innovación, como ya se estudió en el capítulo respectivo.⁶⁸

El esquema del contrato de aporte, como se analizará, contiene varios vacíos y contradicciones, que pueden generar problemas de corrupción en la ejecución de los programas del servicio de bienestar familiar, los cuales podrían disminuirse con una mejor tipificación y regulación del contrato en el Estatuto General de Contratación Pública, garantizando así una mayor transparencia en la ejecución de los recursos.

2. Contrato de aporte

2.1 Definición

El artículo 127 del Decreto 2388 de 1979, compilado en el artículo 2.4.3.2.9. del Decreto Único Reglamentario 1084 define el contrato de aporte en los siguientes términos: (...)

“entendiéndose por tal cuando el Instituto se obliga a proveer a una institución de

⁶⁸ Al respecto el Consejo de Estado en sentencia de 14 de abril de 2010, se pronunció sobre la procedencia de la derogatoria tácita de la ley 41 de 1993, y los tipos contractuales regulados por ella, a causa de la expedición de la Ley 80. Determinó que la derogatoria tácita será procedente cuando: **i)** Cuando la ley anterior es incompatible con la posterior y ambas tengan el carácter de norma general o especial **ii)** Cuando la ley nueva es especial y la ley anterior es general y **iii)** cuando la nueva ley regule íntegramente la materia contenida en la norma anterior. No obstante, el cuerpo colegiado alegó que al ser la Ley 80 de 1993 una ley posterior de carácter general persistía la vigencia de la ley 41 de 1993 por ser una ley especial. A nuestro criterio, esa interpretación puede ser utilizada para defender o alegar la vigencia de cualquier régimen de contratación especial anterior a la expedición de la Ley 80, yendo en contra de la finalidad de esta ley como Estatuto General de la Contratación Estatal. Dávila, explicó el fenómeno de los regímenes especiales de contratación en los siguientes términos: *“Se dijo entonces, que la licitación pública tal como se encuentra regulada en el artículo 30 no resultaba conveniente como proceso de selección general para muchas entidades por ser demasiado estricto y si se quiere dilatado en el tiempo, lo cual amenazaba seriamente con la agilidad y en especial con la competencia en que a partir de la Constitución de 1991 se encontraban varias entidades oficiales con el sector privado. Con tal tesis nacieron los llamados regímenes especiales pero que en su concepción no pretendieron separarse del proceso licitatorio, si no de toda la Ley 80 de 1993.”*

utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc.) indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.”⁶⁹

El contrato de aporte es entonces un contrato estatal especial, entendiéndolo como un acuerdo de voluntades, entre el contratante – ICBF o Ministerio de Educación Nacional – MEN, y un contratista – entidad sin ánimo de lucro – para prestar el servicio de bienestar familiar o la prestación del servicio de alimentación escolar en el cual el contratante se obliga a entregar unos aportes (en dinero o en especie) para que el contratista desarrolle los programas y actividades necesarias para la prestación del servicio con su propio personal humano y técnico, bajo las instrucciones y control de la entidad contratante.

2.2 Régimen

La Ley 7 de 1979 junto con el Decreto 2388 de 1979, recopilado por el Decreto 1084 de 2015, componen el régimen especial de contratación para el contrato de aporte, no obstante, sigue siendo un contrato estatal. Así las cosas, en los aspectos no regulados expresamente en el régimen de contratación especial de los contratos de aporte, será

⁶⁹ Definición del Consejo de Estado, 11 de agosto de 2010: “*En efecto, el negocio jurídico de aporte es un contrato estatal especial suscrito entre el ICBF y un contratista, en el que el primero se compromete, como su nombre lo indica, a efectuar aportes o contribuciones en dinero o especie a una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, y especialmente a instituciones de utilidad pública o de beneficencia, o de reconocida capacidad técnica o social con el fin de que atienda bajo su exclusiva responsabilidad y con su propio personal humano y técnico, un área específica del sistema de bienestar social, es decir, aquellas dirigidas a la atención a la integración y realización armónica de la familia, así como a la protección efectiva de la niñez y adolescencia.*”

aplicable el Estatuto General de Contratación Pública. Así lo dispone el artículo 81 de la Ley 489 de 1998⁷⁰ y en este sentido se ha pronunciado también el Consejo de Estado.⁷¹

Ahora bien, el Consejo de Estado también se ha pronunciado diciendo que el contrato de aporte tiene la naturaleza jurídica de un contrato administrativo, pero no está dentro de la enumeración de estos contratos contenida en el Estatuto General de Contratación Pública, para el cuerpo colegiado esto hace que el contrato de aporte sea atípico y encuadre en lo dispuesto por los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.⁷²

En nuestro concepto es difícil sostener la atipicidad de contrato de aporte, pues es un contrato nominado cuando ha sido particularmente reglamentado por la ley, contrario sensu, será atípico cuando el acto jurídico no corresponda a ninguna reglamentación⁷³. El contrato de aporte está contemplado en la ley, por tanto, afirmar que el contrato de aporte es atípico podría llevar a la errónea conclusión de tener como único régimen lo pactado en el acuerdo de voluntades, sin tener en cuenta el régimen especial legal y reglamentario de este contrato.

⁷⁰ El inciso segundo del artículo 81 se refiere al régimen de los contratos de los establecimientos públicos: *“Los contratos que celebren los establecimientos públicos se rigen por las normas del Estatuto Contractual de las entidades estatales contenido en la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que lo complementen, adicionen o modifiquen, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas especiales.”*

⁷¹ El 11 de agosto de 2010 el Consejo de Estado se pronunció sobre el tema en los siguientes términos: *“Ahora bien, en relación con la naturaleza del negocio jurídico mencionado, es preciso señalar que se trata de un contrato estatal regulado por las normas del Estatuto General de la Contratación Pública –ley 80 de 1993–, y cuya posibilidad de celebración se encuentra consagrada en el numeral 9 del artículo 21 de ley 7 de 1979 y el decreto 2388 de 1979.”*

⁷² Sala de Consulta y Servicio Civil. M.P. Luis Camilo Osorio. 2 de diciembre de 1996.

⁷³ Así lo explican Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta en la Teoría General del contrato y del negocio jurídico.

Ahora bien, es prudente advertir que los contratos de aporte no son convenios administrativos de los cuales trata la Ley 489 de 1998 y por tanto no se someten a su régimen.

Aunque una primera lectura del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, permitiría afirmar que los contratos de aporte ya descritos podrían considerarse como una modalidad de los convenios de asociación allí descritos, un análisis más detallado lleva a otra conclusión. En efecto, el convenio de asociación implica que la actividad objeto del acuerdo de voluntades sea desarrollada por ambas partes, por la administración y por el particular, de manera conjunta y coordinada.

Se dice que el convenio es de asociación de personas, una verdadera conjunción de esfuerzos (Marín, Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual , 2012). Este supuesto no encuadra con los elementos esenciales del contrato de aporte, pues la ejecución de los programas de bienestar familiar, quedan bajo la ejecución exclusiva del particular. La entidad contratante solamente fija los lineamientos para la prestación del servicio y controla su ejecución .

En la práctica se ha utilizado de manera indiferente el concepto contrato de aporte, para referirse a convenios interadministrativos de asociación, en virtud de los cuales las entidades estatales, aportan o comprometen recursos para la consecución de un fin común, y a los contratos en estudio con sujeto contratante calificado. En consecuencia, el concepto contrato de aporte en estricto sentido se debe reservar exclusivamente para el tipo contractual que se estudia en este capítulo, para evitar confusiones respecto al régimen legal aplicable.

2.3 Objeto

El objeto del contrato es que un tercero contratista preste el servicio de bienestar familiar⁷⁴. La entidad contratante, ICBF o MEN, se obliga a entregar recursos (aporte) al tercero contratista afectos a la realización de actividades propias de este servicio, bajo las instrucciones y control del Estado. En este sentido, la destinación de los aportes se debe acreditar por los contratistas a la entidad estatal (debe hacerse lo que se conoce como una legalización de gastos).

En este contrato se entrega un aporte y no una contraprestación, pues su objeto es exclusivamente atender el Servicio Nacional de Bienestar Familiar. Es decir, el contrato se diseñó de tal forma que no se prevé en forma explícita un concepto de utilidad o de administración para el contratista, sino que solamente se le reconozcan económicamente los gastos que implica la prestación del servicio.⁷⁵ En este orden de ideas, tiene sentido que la norma limite la celebración de este contrato sólo con entidades sin ánimo de lucro.

Al respecto debe tenerse en cuenta que esta concepción del contrato no se ajusta ni a la realidad comercial ni de ejecución de los contratos, pues aunque no se contemplen dentro de los conceptos a remunerar con la celebración del contrato, es evidente que para la prestación del servicio de bienestar familiar, en cualquiera de sus programas, los

⁷⁴ El Consejo de Estado en pronunciamiento del 11 de agosto de 2010, ya citado, lo expresó en los siguientes términos: *“En efecto, se trata de una clase de convención atípica encaminada a que el ICBF –en virtud de su función de propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteja al menor de edad y le garantice sus derechos– suscriba con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo.”*

⁷⁵ Así quedó plasmado en las Consideraciones del Decreto 2923 de 1994, recopilado por el Decreto 1082 de 2015, que fija cuantías menores para la celebración de estos contratos, como se explicará más adelante.

operadores incurren en gastos de administración y gastos operacionales, que el programa no cubre o no contempla, y que la entidad estatal por ende, no sufraga por lo menos en forma expresa, lo que hace que el valor efectivo de los servicios sea realmente inferior al que se acuerde, pues con cargo a tales conceptos se asumen los gastos mencionados (pólizas, personal administrativo, impuestos territoriales, etc).

Así mismo, este puede ser un incentivo para que se cometan actividades corruptas si se tiene en cuenta que los únicos recursos percibidos son los costos de la prestación del servicio, lo que conlleva en la práctica que el contratista cobre más por concepto de la prestación del servicio, o a no prestar el servicio en su totalidad, las dos conductas con el objeto de quedarse con un excedente que le genere utilidad propia.

Por ejemplo, en febrero de 2018 se libró orden de captura a contratistas de una Fundación por presuntas irregularidades en la ejecución de un contrato suscrito con el ICBF para la atención de la primera infancia y madres gestantes. La Fiscalía evidenció un desvío de los recursos del contrato mediante el cobro al ICBF de refrigerios y complementos nutricionales que parece no fueron entregados y por sobrecostos⁷⁶ en la alimentación, pagos de arriendo y de otros conceptos no autorizados en el contrato.⁷⁷

Además, más allá de ser un incentivo para la corrupción, es un hecho que la falta de transparencia en la explicitación de los gastos de administración y una eventual margen de utilidad derivado de la ejecución del contrato hace que este no sea atractivo para

⁷⁶ Una de las prácticas que últimamente se han vuelto recurrentes para crear sobrecostos, es la creación de empresas fachada, que vendan al precio querido por la entidad contratista.

⁷⁷ La noticia se puede encontrar en el siguiente link: <https://www.lafm.com.co/judicial/capturan-implicados-en-escandalo-de-corrupcion-en-contratos-con-el-icbf/>. En el caso en cuestión se busca condenar a los capturados por peculado por apropiación y concierto para delinquir.

algunos potenciales contratistas, que por su experiencia e idoneidad podrían prestar servicios de calidad. Esto afecta de manera sustancial la efectiva contratación del servicio.

El contrato de aporte, por su objeto, está llamado a ser celebrado en todo el territorio nacional, pues es allí donde deben ejecutarse los diferentes programas de atención a los niños y a la familia. Por ende, la política pública en la implementación de programas de bienestar social debe propender por la creación de incentivos que motiven la libre concurrencia, independientemente de los sitios donde deben ejecutarse, pues se ha evidenciado que en la medida en que el mismo se puede celebrar directamente, muchos operadores se han instalado en diversas regiones apartadas del país y ante la falta de oferta alternativa, los contratos de aporte se siguen celebrando con ellos aun cuando la calidad de los servicios prestados no sea la mejor.

Las obligaciones del contratista varían en su contenido de acuerdo con el programa de bienestar social que se ejecute a través de ellos. Así se desprende de la lectura del artículo 126 del Decreto 2388 de 1979, recopilado posteriormente por el artículo 2.4.3.2.8 del Decreto 1084, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 2.4.3.2.8. Requisitos de los contratos. En todo caso, los contratos deben ceñirse en su celebración, desarrollo, cumplimiento e interpretación, a la naturaleza y a las modalidades del servicio de bienestar familiar.”

Jorge Ronderos en su tesis sobre los contratos atípicos de las entidades descentralizadas, hace una consulta al ICBF en el año 2011, entidad que le responde que el contrato de aporte se utiliza para los siguientes programas: PAE – programa de alimentación escolar, PNAAM – Adulto Mayor, RNA – Recuperación Nutricional, Hogares Comunitarios,

Jardines Sociales, Fortalecimiento grupos indígenas, Grupos Juveniles y Prejuveniles, Sistema de Responsabilidad Penal y DIA – Desayunos Infantiles con Amor. El autor, a partir de esta consulta demuestra que el contenido específico del contrato varía entonces de programa a programa. Es evidente entonces la importancia del contrato de aporte como instrumento general de ejecución de la política pública en materia de atención a población vulnerable, especialmente de la población infantil, ya que, a través de él, se contratan la totalidad de los programas del servicio de bienestar familiar, siendo el mecanismo de compromiso y ejecución de los recursos del Presupuesto General a la Nación destinados a Sistema de Bienestar Familiar.⁷⁸

Por oposición no pueden contratarse por la modalidad de contrato de aporte, contratos que no estén encaminados a la prestación del servicio de bienestar familiar.

Debe de igual manera advertirse que si bien el objeto del contrato lo ejecuta el tercero contratado para la prestación del servicio de bienestar familiar, la entidad estatal tiene la obligación de control y vigilancia para la ejecución satisfactoria del servicio. Esto conlleva a que se predique la responsabilidad de esta por los perjuicios que tengan ocasión en la prestación de este.⁷⁹

2.4 Contenido

⁷⁸ El presupuesto del ICBF para este año es superior a los 3 billones de pesos.

⁷⁹ El Consejo de Estado se ha pronunciado en este sentido, entre otros, en los siguientes fallos: Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 1993, exp. 8218, M.P. Julio César Uribe Acosta y Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 2011, exp. 1546 M.P. Enrique Gil Botero.

El artículo 2.4.3.2.10 del Decreto 1084 de 2015 contempla las cláusulas obligatorias o clausulado mínimo del contrato de aporte. No obstante, el contrato de aporte tiene reglas específicas para tener en cuenta al momento de suscribir este tipo de contratos.

2.4.1 Cuantías para efectos de garantías

El artículo 1 del Decreto 2923 de 1994, recopilado posteriormente por el artículo 2.4.3.2.1 del Decreto 1084 de 2015 fijó cuantías por un valor menor a las requeridas en un contrato normal, para efectos de determinar los valores garantizados de los contratos de aporte pues *“se celebran exclusivamente para la prestación del servicio público de Bienestar Familiar, financiado por el Instituto y no representa contraprestación económica para los contratistas.”*⁸⁰ Así lo dispone el artículo mencionado:

“Artículo 2.4.3.2.1. Cuantías. Fíjense las siguientes cuantías mínimas en las garantías únicas que respalden el cumplimiento de los contratos de aporte que celebra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar:

- 1. El valor del amparo del anticipo o pago anticipado debe ser equivalente al treinta por ciento (30%) del monto que el Contratista reciba a título de anticipo o pago anticipado, en dinero o en especie para la ejecución del mismo.*
- 2. El valor del amparo del cumplimiento no será inferior al monto de la cláusula penal pecuniaria ni al tres por ciento (3%) del valor del contrato.*

⁸⁰ Consideraciones del Decreto 2923 de 1994

3. El valor del amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones será igual cuando menos al dos por ciento (2%) del valor total del contrato."

Esta disposición genera algunas inquietudes frente a la naturaleza del contrato y la naturaleza de los contratistas, entidades de utilidad común o sin ánimo de lucro, que probablemente no tienen una consolidación financiera para asumir el costo de las garantías exigidas.

En efecto, aunque las consideraciones del Decreto reconocen que el contrato no implica contraprestación para el contratista, el numeral 1 del artículo citado exige una garantía por el valor del amparo del anticipo o del pago anticipado, cuando se supone, como se revisará a continuación, en estos contratos no se dan tales conceptos.

2.4.2 No existencia de anticipos o pagos anticipados.

Entendido el anticipo como un recurso público ejecutado por el contratista privado o una especie de “préstamo” que hace el contratante público al contratista, tales conceptos no se ajustan a la consideración de ausencia de contraprestación que es el presupuesto del contrato. Menos aún se puede predicar la existencia de pagos anticipados, de hecho, el concepto de pago es análogo al concepto de contraprestación.

2.4.3 Devolución de aportes

En concordancia con lo anterior, los aportes no ejecutados por el contratista en desarrollo del contrato deben devolverse al ICBF, pues están afectos a la prestación efectiva del servicio y no constituyen pago en estricto sentido. Es decir, el contrato de aporte tiene más elementos que lo asemejan más a un mandato sin representación, que, a un contrato

de prestación de servicios, en donde el contratista, actúa como mandatario del ente público, actuando en nombre propio, pero en interés de terceros, ejecutando recursos entregados para el servicio de bienestar familiar, razón por la cual los recursos entregados no ejecutados deben devolverse.

2.4.4 Prestación del servicio de bienestar familiar

Si bien el contratista es el que presta el servicio, al ser la entidad contratante la responsable por la prestación del servicio de bienestar familiar, el servicio se debe prestar de acuerdo con las normas y el control de esta. De hecho, el ICBF tiene entre sus funciones expedir los lineamientos técnicos a los cuales deben sujetarse los contratistas en la prestación de los servicios de bienestar. Por otra parte, la celebración del contrato de aporte también impone en cabeza del Instituto una obligación de control y vigilancia sobre la actividad del contratista, la cual normalmente se ejerce a través de los centros zonales.⁸¹

2.4.5 Vigencia anual

El contrato de aporte tiene una vigencia anual, prorrogable por término igual.⁸² Esta restricción implica una adecuada planeación en la contratación del servicio de bienestar pues debe evitarse que por los traumatismos propios de los procesos de contratación y de actualización del Banco de Oferentes, se genere interrupción en la prestación del servicio afectando gravemente los beneficiarios atendidos.

2.4.6 Causación y pago de impuestos

⁸¹ Artículo 2.4.3.2.9. Decreto 1084 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación.”

⁸² *Ibíd.*

El artículo 22 del Estatuto Tributario contiene dentro de las entidades no contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, a las asociaciones de hogares comunitarios y hogares infantiles del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o autorizados por este y las asociaciones de adultos mayores autorizados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. El mismo artículo establece que esta disposición debe leerse en consonancia con lo dispuesto por el artículo 589 del mismo Estatuto, el cual establece que por regla general todas las entidades no contribuyentes están obligadas a presentar declaración de ingresos y patrimonio del impuesto sobre la renta y complementarios; sin embargo el mismo artículo tiene una lista con las entidades que se exceptúan de esta obligación, es decir que ni siquiera deben declarar ingreso y patrimonio, dentro de las cuales se incluyen a las asociaciones del ICBF, ya mencionadas por el artículo 22. .

Igualmente, en la medida en que el contrato de aporte debe entenderse como un contrato diferente a la prestación de servicios, no procede la causación y pago del impuesto al valor agregado. Entendemos que la exención no procede por la “naturaleza del servicio prestado” sino simplemente porque no se está frente a una modalidad de contrato de prestación de servicios sino porque se trata de un contrato diferente con características propias.

2.5 Características

El Consejo de Estado en Sentencia del 11 de agosto de 2010 expuso las características del contrato de aporte: *“Como se aprecia, el contrato de aporte tiene las siguientes características esenciales: i) es un **contrato estatal** regido por la Ley 80 de 1993; ii) se*

trata de un negocio jurídico atípico, principal y autónomo; iii) oneroso, solemne y formal al igual que todos los contratos estatales, por cuanto se requiere que medie una contraprestación a favor del contratista; constar por escrito y debe estar suscrito por las partes, en los términos consagrados en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993; iv) bilateral y sinalagmático, en la medida que se desprenden obligaciones y cargas para las dos partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista; y vi) conmutativo, toda vez que las prestaciones contenidas en el negocio jurídico son equivalentes, puesto que el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro.(...)” (Negrillas extratextuales)

Algunas de las características atribuidas por el Consejo de Estado no parecen ser concordantes con las disposiciones legales que disciplinan el contrato y que ya se han examinado, a saber:

- Contrato atípico. Aunque muchos autores consideran al contrato de aporte como un contrato atípico⁸³, tal condición es discutible en nuestra opinión, cuando su duración, objeto, garantías, sujeto contratista etc., están regulados en la ley.
- Existencia de contraprestación. Como ya se expuso, y tal como lo contemplan las consideraciones del Decreto regulatorio de las garantías en contratos de aporte, en

⁸³ Esta postura es respaldada por Jorge Ronderos en la tesis ya citada explica por qué el contrato de aporte es atípico: “En conclusión, estamos en presencia de un contrato atípico, pues a pesar de ser nombrado por varias leyes y decretos, su contenido no es disciplinado por la ley, y ha sido la jurisprudencia la que ha entrado a realizar una clasificación de este contrato de acuerdo con los elementos esenciales que lo componen como son el aporte en dinero o en especie por parte del ICBF y la asunción por parte del contratista de la responsabilidad propia de una función administrativa la que dan cuenta de la diferencia de este contrato con otras figuras tipificadas comerciales o civiles y en especial con el contrato estatal de prestación de servicios.”

estos no existe el concepto de contraprestación como pago por un bien o servicio recibido si no la entrega de un recurso para que, en interés de la entidad estatal, sea ejecutado por un privado.

- Modalidad de prestación de servicios. Como consecuencia de lo anterior, el contratista se asemeja más a un mandatario sin representación que a un sujeto que presta un servicio a favor de una entidad estatal. Es esta la razón por la cual el tratamiento tributario del contrato es diferente del típico contrato de prestación de servicios.
- En cuanto a la onerosidad del contrato, clasificación derivada de la supuesta contraprestación del contratista, es de anotar que el contrato está diseñado para que el contratista no perciba utilidad si no que solamente se le reembolsen los gastos en los que incurrió para la prestación del servicio, como se explicó en el aparte del objeto de este documento, entonces no pensamos que se puede predicar el reporte de utilidad del contrato para el contratista.
- En concordancia con lo anterior también sería discutible la conmutatividad del contrato⁸⁴.

Si el contrato es conmutativo podría haber una alteración a la ecuación económica y financiera del contrato, como si el contratista fuese el proveedor directo de servicios y los

⁸⁴ Ospina Fernández y Ospina Acosta en la obra ya citada, explican que un contrato es conmutativo cuando reúne tres condiciones: a) que sea oneroso o útil para todas las partes que en el intervienen, b) que no sea aleatorio, es decir, que dicha utilidad puede ser apreciada desde el momento mismo de la celebración del contrato y c) que produzca prestaciones que se miren como equivalentes entre sí, o sea, que determinen un cierto equilibrio en la economía del contrato. El ejemplo tradicional de estos contratos es la compraventa. De la lectura de este aparte, se desprende que el contrato de aporte no cumple con estas características, por lo tanto afirmar su naturaleza conmutativa es discutible.

recursos recibidos fuesen pago cuando en realidad lo único que se hace es recibir recursos para ser gastados de acuerdo con unos lineamientos siguiendo instrucciones del ICBF debiendo justificar en detalle en que se gastaron, y reintegrar los recursos no ejecutados.

2.6 Requisitos

El artículo 128 del Decreto 2388 de 1979, recopilado posteriormente por el artículo 2.4.3.2.10 del Decreto 1084 de 2015 dispone cuál debe ser el clausulado mínimo de los contratos de aporte de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 2.4.3.2.10. DE LAS CLÁUSULAS OBLIGATORIAS. Los contratos de aporte que el ICBF celebre para la prestación de los servicios de bienestar familiar solo están sujetos a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo. El Instituto también podrá celebrar contratos innominados y de carácter mixto.” (Subrayado fuera de texto)

La disposición citada debe leerse en consonancia con la anterior disposición de los Decretos 150 de 1979 y 222 de 1983, que sí definían cuáles eran las cláusulas obligatorias de los contratos administrativos.

Si bien el actual régimen de contratación estatal no contempla cláusulas obligatorias para los contratos estatales, sí consagra dos disposiciones generales a la contratación estatal, aplicables al contrato de aporte.

La primera es el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 que señala cuáles deben ser los requisitos principales para el perfeccionamiento y ejecución del contrato estatal. Se entenderá perfeccionado el contrato cuando haya acuerdo sobre objeto y contraprestación, y este se

eleve a escrito. Para la ejecución del contrato se necesita aprobación de la garantía y existencia de disponibilidades presupuestales.

La segunda es el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que dispone la inclusión de cláusulas excepcionales en los contratos que tienen por objeto el ejercicio la prestación de servicios públicos. El servicio de bienestar familiar es un servicio público, por tanto, el contrato de aporte debe incluir estas cláusulas, en caso de no estar expresas en el contrato, igualmente se entienden pactadas.

2.7 Partes contratantes

Las partes son cualificadas, esto quiere decir que el contratante únicamente puede ser el ICBF o el MEN, solo para la ejecución de los recurso del PAE; y el contratista debe ser una institución de utilidad pública o social en los términos del artículo 125 del Decreto 2388 de 1979, recopilado posteriormente por el Artículo 2.4.3.2.7 del Decreto 1084 de 2015. El párrafo del mismo artículo dispone que en caso no ser posible contratar con instituciones sin ánimo de lucro, los contratantes pueden ser personas naturales de reconocida solvencia moral. Existe un vacío normativo sobre la forma en que se acreditaría la imposibilidad de contratar con entidades sin ánimo de lucro, corriéndose el riesgo que tal afirmación se convierta en una negación indefinida difícil de desvirtuar.

Cabe recordar que la causal de contratación directa para el contrato de aporte, contemplada en el artículo 122 del Decreto 2150 de 1995, recopilado posteriormente por el artículo 2.4.3.2.7 del Decreto 1084 de 2015, sólo puede ser aplicada por los entes estatales habilitados para celebrar el contrato, es decir el ICBF y el MEN.

En consecuencia, la celebración directa del contrato de aporte no puede ser utilizada por otras entidades estatales, no habilitadas para celebrar tal contrato.

Esto significó un grave problema para las entidades territoriales para la ejecución del PAE, pues cuando el legislador transfirió la competencia para ejecutar dicho programa del ICBF a las entidades territoriales no les otorgó un marco especial para atender el programa, teniendo que acudir a los procedimientos y contratos contemplados en el Estatuto General de Contratación Estatal.

En efecto, la Ley 1551 de 2012 en su artículo 3 define como función del municipio prestar el servicio de alimentación escolar, así: *“20. Ejecutar el Programas de Alimentación Escolar con sus propios recursos y los provenientes del Departamento y la Nación, quienes podrán realizar el acompañamiento técnico, acorde con sus competencias”* sin asignarle un instrumento jurídico especial por medio del cual ejecutarlo que tenga en cuenta el objeto múltiple de este programa, suministro, preparación y entrega de los alimentos.

En la práctica algunas entidades territoriales han celebrado contratos de aporte directamente⁸⁵, cuando no pueden hacerlo, o han acudido a otro tipo de contratos o convenios que tengan el mismo régimen de contratación directa, así las cosas, celebran

⁸⁵ En una investigación adelantada por la Fiscalía sobre un posible desfalco en la Guajira se encontró: "Lo anterior dentro de la investigación adelantada por las irregularidades presentadas en la contratación del Icbf para la atención integral a la primera infancia, en la cual se determinó que en el año 2015, en La Guajira, se destinaron para la atención integral a niños y niñas menores de cinco años y madres gestantes y lactantes, la suma de 141 mil millones de pesos, de los cuales se adjudicaron 77 mil millones mediante convocatoria a 73 operadores a través de la celebración de 106 contratos de aporte para atender aproximadamente a 27 mil beneficiarios y dentro de los cuales se evidenció una defraudación que asciende a los 2.217 millones de pesos". El link de la noticia es: <https://www.elheraldo.co/colombia/cayo-otra-implicada-en-caso-de-corrupcion-por-suministro-de-alimentos-ninos-de-la-guajira>

erróneamente contratos de “aporte” o convenios de asociación, cuando ninguno de los dos es procedente.

Es decir, se puede afirmar que hay una falta de capacitación e instrumentos en las entidades territoriales para la contratación de alimentación escolar, aun cuando son las competentes para hacerlo.

En nuestro concepto, aunque la ejecución del PAE se encuentra en cabeza de las entidades territoriales como una manifestación del principio de descentralización⁸⁶, el Gobierno Nacional debe asumir la prestación del servicio en algunos sitios donde es evidente la debilidad institucional para asumir dicha responsabilidad y en el resto del territorio nacional, capacitar a las entidades en la contratación del PAE, de tal manera que bajo reglas del Estatuto de Contratación estatal y utilizando los contratos allí previstos o un contrato atípico que combine suministro, preparación, conservación, transporte, distribución y entrega de la alimentación escolar puedan ejecutar dicho contrato con transparencia.

Finalmente es de anotar que en los contratos para el suministro de alimentación escolar, los escándalos de corrupción más recientes, se han centrado en los sobrecostos implícitos en ellos. (Cartagena, donde se encontró que se cobraba una pechuga de pollo por \$ 40.000

⁸⁶ Al respecto cabe hacer un comentario sobre la nueva propuesta de reforma estructural al PAE, adelantada por el MEN, en virtud de la cual se quiere “unificar la administración de los recursos asignados desde la Nación a las Gobernaciones y los Municipios Certificados a las 95 ETC. Los dineros serán distribuidos a nivel municipal, pero serán ejecutados por las entidades territoriales, manteniendo el principio de descentralización y fortalecimiento de los entes territoriales.” Sobre esta propuesta, se debe advertir que los municipios pierden soberanía frente a las Gobernaciones sobre la ejecución de recursos que les corresponden para cumplir con el programa PAE, quedando sujetos a la discrecionalidad de estas.

pesos o el caso de Amazonas donde se cobraba un huevo por \$ 900 pesos o Bucaramanga donde se facturaron tamales por \$ 30.000.000 de pesos.⁸⁷⁾

3. Causal de contratación directa

El artículo 122 del Decreto Ley 2150 de 1995⁸⁸, “*Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*”, permite celebrar directamente los contratos para la prestación del servicio de bienestar familiar que se celebren con entidades sin ánimo de lucro del Sistema Nacional del Bienestar Familiar, artículo del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 122. SIMPLIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE BIENESTAR FAMILIAR. *Se podrán celebrar directamente los contratos para la prestación del servicio de bienestar familiar con entidades sin ánimo de lucro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.”*

Por ser una causal de un proceso de selección exceptivo, como lo es la contratación directa, como ya se había anticipado en el capítulo anterior, su interpretación y procedencia es restringida.

⁸⁷ Estas noticias se pueden consultar en los siguientes links: <http://www.noticiasrcn.com/nacional-justicia/tamales-30-millones-el-nuevo-caso-aparente-corrupcion-contratos-alimentacion>
<http://www.noticiasrcn.com/nacional-justicia/pechugas-40000-canela-39-millones-y-otras-presuntas-irregularidades-alimentacion>

⁸⁸ El Decreto Ley 2150 de 1.995, “*Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*”, establece un régimen especial de contratación, en cuanto tiene la misma categoría normativa de ley que el Estatuto de Contratación estatal.

La causal tiene entonces tres (3) requisitos para su procedencia: i) contratos para la prestación del servicio de bienestar familiar⁸⁹, ii) celebrados con entidades sin ánimo de lucro y iii) pertenecientes al Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

El servicio de bienestar familiar hace referencia al servicio público mediante el cual se realizan actividades encaminadas a satisfacer en forma permanente las necesidades de la sociedad colombiana relacionadas con promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños y niñas del país, y la vinculación de las entidades públicas con el fin de elevar el nivel de vida de la familia y de sus integrantes⁹⁰. Por oposición, todo contrato con finalidad diferente a la prestación del servicio de bienestar familiar no puede celebrarse bajo la modalidad del contrato de aporte.⁹¹

Los contratistas deben ser entidades sin ánimo de lucro, personas jurídicas que se constituyen por la voluntad de asociación o creación de una o más personas (naturales o jurídicas) para realizar actividades en beneficio de asociados, terceras personas o comunidad en general. No tienen ánimo de lucro porque no reparten las utilidades entre sus miembros si no que se reinvierten en la misma entidad.

El Sistema Nacional de Bienestar Familiar está definido en el artículo 2.4.1.2 del Decreto 1084 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector, así:

⁸⁹ Entendiendo que las entidades estatales que están habilitadas para celebrar este contrato, son el ICBF y el MEN exclusivamente para cobertura universal del PAE, como ya se había explicado.

⁹⁰ En estas palabras, expresa el Consejo de Estado, las finalidades del servicio de bienestar familiar en Sentencia del 09 de mayo de 2011.

⁹¹ La definición del bienestar familiar se deriva de los artículos 12 y 13 de la Ley 7 de 1979, "*Por la cual se dictan normas para la protección de la Niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones*". El artículo 12 le da la categoría de servicio público al bienestar familiar, mientras que el artículo 13 enlista los fines del servicio.

“El Sistema Nacional de Bienestar Familiar es el conjunto de agentes, instancias de coordinación y articulación y de relaciones existentes entre estos para dar cumplimiento a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes y el fortalecimiento familiar en los ámbitos nacional, departamental, distrital, municipal.”

Ahora bien, se entiende que los agentes del SNBF son las entidades públicas nacionales y territoriales, de la sociedad civil organizada, de la cooperación internacional y del sector privado, que participan en la protección integral de las niñas, niños y adolescentes o que ejecutan líneas de acción en infancia y adolescencia en un territorio.⁹²

Así las cosas, no es claro que toda entidad sin ánimo de lucro como parte de un contrato de aporte sea por este solo hecho, agente del Sistema, o incluso parte de él. Al respecto, el Manual operativo del SNBF establece que las organizaciones privadas que operan programas del ICBF, son solamente promotores, colaboradores o intermediarios para que el Estado pueda cumplir con sus responsabilidades, por lo cual a nuestro juicio no puede afirmarse que una entidad contratista, simplemente por serlo, es parte del Sistema.⁹³ La condición de ser una entidad del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, es una condición previa para celebrar el contrato, no una consecuencia de su celebración.

Esta postura es respaldada por el artículo 16 de la Ley 7 de 1979 incluye expresamente a las entidades e instituciones y agencias públicas y privadas que presten el servicio de

⁹² Abecé del Sistema Nacional de Bienestar Familiar. PNUD. ICBF. 2014

⁹³ Incluso se puede llegar a esta conclusión desde la definición de los fines del Sistema; a. Promover la integración y realización armónica de la familia; b. Proteger al menor y garantizar los derechos de la niñez y c. Vincular el mayor número de personas y coordinar las entidades estatales competentes en el manejo de los problemas de la familia y del menor, al propósito de elevar el nivel de vida de nuestra sociedad. ¿Cómo puede afirmarse que un contratista de un contrato de aporte para desarrollo del programa de alimentación escolar PAE, es agente del sistema y tiene incidencia en el diseño de la política pública al respecto?

Bienestar Familiar en el Distrito Especial de Bogotá, como parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

La causal de contratación directa estudiada merece los siguientes comentarios:

- En primer lugar frente al objeto de estos contratos, dada la redacción tan amplia podría llegar a pensarse que todos los bienes y servicios requeridos por el ICBF, al estar encaminados a la prestación del servicio de bienestar familiar como fin último, y los celebrados por el MEN para desarrollo del PAE, se podrían adquirir directamente a través de contratos de aporte, lo cual es erróneo. Se requiere que el objeto específico del contrato sean servicios de bienestar familiar, pero la adquisición de bienes o servicios requeridos por el ICBF para su funcionamiento ordinario no pueden ser objeto de contratos de aporte. Por ello no es admisible utilizar el contrato de aporte para construir Centros de Desarrollo Infantil, adquirir papelería, computadores etc. objetivos que deben alcanzarse a través de los contratos y procedimientos propios del Estatuto de Contratación Estatal.
- En segundo lugar, cuando la ley exige que solo se podrá contratar con entidades sin ánimo de lucro **pertenecientes al SNBF**, creemos que tal exigencia debe interpretarse en forma restringida. Entonces la contratación directa procederá exclusivamente con sujetos con personería jurídica otorgada por el ICBF o licencia de funcionamiento otorgada por el ICBF de tal manera que se pueda afirmar que pertenecen al SNBF sin lugar a dudas.

Teniendo en cuenta que los contratos de aporte se celebran en forma directa, el papel y responsabilidad del ICBF y del MEN en la vigilancia y ejecución de dichos contrato debe

fortalecerse pues debe ir más allá del desarrollo de una política pública, de emitir guías y directrices y lineamientos para su prestación, sino que supone la implementación de mecanismos que prevengan oportunamente la malversación de recursos destinados a la ejecución de los programas.

En este contexto, para el caso específico del PAE, sería conveniente que se establezcan medidas extraordinarias donde una agencia especial del Gobierno, y no el Ministerio de Educación, facultada para celebrar el contrato de aporte, pueda asumir ante eventos de no ejecución de recursos, corrupción o debilidad institucional, tanto los recursos (SGP para alimentación escolar, transferencias del MEN y recursos propios) como la competencia para prestar el servicio en determinados territorios.

Por último, en este punto debe señalarse que la selección de los contratistas para la celebración del contrato de aporte para los principales programas del ICBF, en especial para la ejecución del Programa de Primera Infancia, Generaciones con Bienestar etc. se realiza a través de la conformación de un Banco de Oferentes. El Banco de Oferentes se puede definir como la herramienta administrativa, transparente y eficiente que permite evaluar y calificar la experiencia e idoneidad de los oferentes para prestar un servicio y establecer su capacidad para celebrar un contrato con la entidad pública⁹⁴. Está regulado para la atención de la Primera Infancia por la Resolución No. 1123 de 2016 del ICBF, y puede afirmarse que cumple funciones análogas que el Registro Único de Proponentes, figura propia del Estatuto General de Contratación Pública.

⁹⁴ Esta definición se extrajo de la definición que tiene la página web del MEN sobre el Banco de Oferentes para prestación el servicio educativo, la cual se puede consultar en el siguiente link <https://www.mineducacion.gov.co/1621/article-82738.html>

El Banco de Oferentes es útil pues realiza un primer filtro que determina cuales entidades están habilitadas para prestar el servicio de bienestar familiar, y, por ende, con cuales entidades se pueden celebrar contratos de aportes en forma directa con este fin.

Ahora bien, con base en el listado de operadores o de administradores del servicio inscritos en el Banco, debidamente habilitados por cumplir los requisitos y estándares mínimos allí exigidos, se escogen los contratistas del contrato de aporte a suscribir. Esta última decisión de la entidad que contratará el servicio se hace en forma directa en el entendido que cualquiera de lo habilitados tiene la idoneidad y experiencia para celebrar el contrato, sin que sean claros los criterios con que se toma esa decisión, lo cual puede llegar a ser un riesgo de configuración de conductas corruptas.⁹⁵

No obstante la utilidad del Banco de Oferentes, su legitimidad es discutible por su fuente normativa. Como puede verse la fuente regulatoria es una Resolución, la cual es un acto administrativo. La jurisprudencia constitucional al respecto ha establecido que no pueden vía reglamentaria crearse procesos diferentes a los previstos por la ley.

La Sentencia del Consejo de Estado del veintinueve (29) de agosto de dos mil doce (2012), se pronunció al respecto: *“(…)si bien es admisible que existan procesos de selección diferenciados, al interior de la menor cuantía -como modalidad de selección abreviada que es-, lo cierto es que el reglamento no puede, so pretexto de actuar en este sentido, crear procesos de selección autónomos, es decir, diferentes a los previstos por el legislador (…)* si bien es cierto que el principio de economía justifica la existencia de

⁹⁵ El artículo 4.1.6 de la Resolución en comento solamente se limita a decir: *“seleccionarán al oferente, de conformidad con las reglas que se hayan establecido para cada modalidad de atención”*

procesos de selección ágiles y eficientes, también es verdad que ya están dadas algunas reglas por la ley, y que el reglamento no las puede alterar, so pretexto de buscar la máxima eficiencia en los procedimientos contractuales.

El Banco de Oferentes, no solamente regula el proceso de selección de contratación directa, si no que establece un registro de proponentes paralelo al Registro Único de Proponentes dispuesto en la ley.

CAPÍTULO III: CONTRATACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO

1. Prestación del servicio educativo en Colombia

Continuando con la revisión de la regulación de contratos estatales que pueden ser celebrados en forma directa, cuyas falencias regulatorias han facilitado la realización de prácticas corruptas, procedemos a estudiar los contratos para la prestación del servicio educativo.

La prestación del servicio educativo en Colombia tiene un esquema descentralizado, el cual implica la entrega de competencias de manejo de recursos y de personal, a los diferentes niveles de gobierno.⁹⁶ Así las cosas, la responsabilidad directa de la prestación del servicio educativo la tienen las entidades territoriales certificadas (departamentos, distritos y municipios)⁹⁷, a través del Sistema Educativo Oficial, en los términos del

⁹⁶ Guía No. 33 Organización del sistema educativo: Conceptos generales de la educación Preescolar, Básica y Media. Ministerio de Educación Nacional. Dirección de Descentralización. 2009.

⁹⁷ La Guía No. 33 del Ministerio de Educación Nacional – MEN sobre organización del sistema educativo define cuáles entidades son certificadas y las implicaciones de la certificación así: “*Los departamentos y distritos son entidades territoriales certificadas en virtud del artículo 20 de la Ley 715 de 2001, así como los municipios que al momento de expedirse la ley contaban con más de 100.000 habitantes. El criterio del tamaño de la población fue el establecido en su momento y hasta 2002. Posteriormente, los criterios fueron cambiando conforme a la reglamentación expedida vía Decretos. La certificación de una entidad territorial*

artículo 27 de la Ley 715 de 2001 modificado posteriormente por el artículo 1° de la Ley 1294 de 2009.

Es decir, por regla general, la prestación del servicio educativo se hará a través del Sistema Educativo Oficial, teniendo en cuenta la población atendida y la oferta institucional, entendiendo como tal a las instituciones y centros educativos disponibles.⁹⁸

La prestación del servicio público educativo necesita de un conjunto de insumos, bienes y servicios que respondan a la necesidad propia de la población beneficiada, lo cual se define como canasta educativa. Así las cosas, la canasta educativa básica contiene los insumos básicos para una prestación integral del servicio público educativo, a saber; recurso humano (personal docente, directivo, etc.), material educativo (material bibliográfico, didáctico, etc.), gastos administrativos (servicios generales de oficina, etc.) y gastos generales (gastos referidos a mantenimiento de condiciones físicas del establecimiento educativo).⁹⁹

Teniendo en cuenta que la competencia para prestar el servicio público educativo está en cabeza de las entidades territoriales, sólo en forma excepcional procede la contratación con particulares para que ellos presten el servicio educativo. Esta opción está habilitada por el segundo inciso del mismo artículo 27 de la Ley 715 de 2001, cuando haya insuficiencia o limitaciones en las instituciones educativas del Sistema Educativo Oficial,

le da la posibilidad de percibir directamente los recursos del Sistema General de Participaciones – SGP (montos transferidos de la Nación a las entidades territoriales para la financiación de los servicios cuya competencia les asigna la Ley 715 de 2001), según el número de estudiantes atendidos y por atender.”

⁹⁸ Numeral 2. Artículo 2.3.1.3.1.5 del Decreto 1851 de 2015, que subrogó el Capítulo 3 del Decreto 1075 de 2015.

⁹⁹ Para ver desarrollados los componentes de la canasta básica, remitirse al artículo citado en el pie de página anterior.

lo cual no exime a la entidad de garantizar la efectiva cobertura e infraestructura para prestación del servicio.

2. Contratación del servicio público educativo

2.1 Aspectos generales

La contratación del servicio educativo por parte de entidades territoriales certificadas, entendida como la contratación excepcional a la cual nos referimos en el párrafo precedente, se puede realizar a través de diferentes tipologías contractuales, las cuales serán objeto de estudio de este capítulo. Este tipo de contratación está regulada en el Capítulo 3 del Decreto 1075 de 2015, el cual fue subrogado por el Decreto 1851 de 2015.¹⁰⁰ Por mandato expreso del artículo 2.3.1.3.1.2, será aplicable este capítulo para toda entidad territorial certificada en educación que requiera celebrar contratos para prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media.¹⁰¹

2.1.1 Deberes previos a la suscripción de los contratos

2.1.1.1 Insuficiencias y/o limitaciones

Como ya se había anticipado, la contratación del servicio educativo es una medida excepcional. Al ser una medida excepcional, uno de los principios que rige las actuaciones de las entidades territoriales en materia de contratación del servicio público educativo es el de reducción progresiva, según el cual la contratación del servicio público educativo

¹⁰⁰ A través de este capítulo, para evitar confusiones, se hará referencia al Decreto 1075 de 2015, entendiendo siempre que el Decreto 1851 de 2015, subrogó el Capítulo 3 del Decreto 1075 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector educación.

¹⁰¹ El artículo 2.3.1.3.1.3 excluye del ámbito de aplicación del Capítulo 3 a los contratos de la atención educativa para jóvenes y adultos, población carcelaria, adolescentes del Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente - SRPA, modelos educativos flexibles y otras poblaciones, contratos sujetos a la reglamentación específica del Ministerio de Educación Nacional.

debe reemplazarse progresivamente con la adopción de medidas de las entidades territoriales certificadas, para superar las razones que dieron lugar a la insuficiencia o a las limitaciones para atender y prestar el servicio en establecimientos educativos oficiales de su jurisdicción.

En este orden de ideas, un requisito previo a la suscripción de estos contratos, exigido por el artículo 2.3.1.3.1.2 del Decreto 1075 de 2015, es que la entidad territorial certificada demuestre previamente a la suscripción del contrato cuál es la limitación o insuficiencia para prestar el servicio en los establecimientos educativos oficiales de su jurisdicción, que justifica la contratación de privados para tales efectos. Dicha precisión es un requisito que permite verificar la aplicación del principio de la reducción progresiva.¹⁰²

El artículo 2.3.1.3.1.5 del Decreto contiene las definiciones de limitación e insuficiencia. El numeral 3. define insuficiencia como “(...) *toda aquella situación en la que una entidad territorial certificada no puede prestar el servicio educativo de manera directa en los establecimientos educativos oficiales del sistema educativo estatal de su jurisdicción ya sea por falta de planta docente o directivo docente, o por falta de infraestructura física.*”¹⁰³

¹⁰² Esto acorde con el numeral 7 del artículo 2.3.1.3.1.4 del Decreto referenciado, que consagra el principio de planeación para la actuación de la entidad territorial en materia de contratación del servicio público educativo. En virtud de este principio, se exige también que la entidad territorial diseñe un Plan Anual de Contratación del Servicio Educativo, del que trata el artículo 2.3.1.3.2.8, como un elemento de planeación que permite adelantar oportunamente los procesos de contratación y puede llegar a ser parte de la fase precontractual de los contratos de prestación de servicio educativo a suscribir.

¹⁰³ Las definiciones de insuficiencia por planta docente o directivo docente, así como la insuficiencia de infraestructura física está definida en los numerales 4 y 5 del artículo 2.3.1.3.1.5 del Decreto 1075 de 2015.

El numeral 6. define limitación como “(...) *aquellas situaciones previsibles o imprevisibles¹⁰⁴ que generan daño o alteración grave a las condiciones normales de vida en un área geográfica determinada y que no permiten a la entidad territorial certificada prestar el servicio educativo de manera directa con su capacidad oficial.*”

Por disposición del artículo 2.3.1.3.2.2 del mismo Decreto la limitación se atenderá de diferente forma dependiendo de la causa de esta. Las limitaciones previsibles se sujetan al proceso de contratación del servicio educativo consagrado en el decreto, mientras que para las limitaciones imprevisibles procederá la declaración de urgencia manifiesta consagrada en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993.¹⁰⁵

Así las cosas, la entidad territorial certificada debe elaborar un estudio de insuficiencia y limitaciones que evidencie técnicamente la existencia de dichos supuestos y por ende, la necesidad de acudir a la contratación del servicio público educativo con privados. El estudio debe contener lo dispuesto por el artículo 2.3.1.3.2.7, su elaboración es un requisito previo para contratar el servicio educativo y el mismo debe ser remitido al Ministerio de Educación Nacional (de ahora en adelante el MEN).¹⁰⁶

Si las entidades territoriales no elaboran o no presentan este estudio al MEN, no pueden contratar la prestación del servicio educativo en ninguna de sus modalidades. Por otra

¹⁰⁴ Las definiciones de limitaciones imprevistas y previsibles, están en los numerales 7. y 8. del artículo 2.3.1.3.1.5 del Decreto.

¹⁰⁵ La declaración de urgencia manifiesta implica que no deberá realizarse estudio de insuficiencia y limitaciones y se podrá contratar con operadores no habilitados en el Banco de Oferentes. Todo debe informarse al Ministerio de Educación Nacional treinta (30) días después de la celebración del contrato por disposición del numeral 1 del artículo 2.3.1.3.2.2 del Decreto.

¹⁰⁶ Para ver el contenido del estudio de insuficiencia y limitaciones, nos remitimos al artículo 2.3.1.3.2.7 del Decreto

parte, si el MEN determina que las insuficiencias y/o limitaciones son inexistentes, debe dar traslado a los órganos de control.¹⁰⁷ Como puede verse, el control realizado por el MEN es posterior a la contratación y las actuaciones realmente están en cabeza de los organismos de control, no en la suya. El control posterior de la real existencia de insuficiencia o limitaciones por parte del MEN, posibilita la realización de contratación de la prestación del servicio sin ajustarse a la ley, y sólo los órganos de control con posterioridad a las actuaciones indebidas podrían tomar acciones disciplinarias y fiscales contrato los administradores públicos.

No obstante dicha crítica, debe considerarse que si la aprobación del MEN a los estudios de insuficiencia, y no la simple presentación de los mismos a dicha entidad, se elevare a la categoría de requisito previo a la contratación de la prestación del servicio, dado el volumen de estudios que se presentan y la falta de capacidad del MEN para pronunciarse oportunamente, pondría en riesgo la prestación oportuna de la prestación del servicio educativo en las regiones.

Producto de los resultados del estudio de insuficiencia y limitaciones se elaborará el Plan Anual de Contratación del Servicio Educativo, el cual tendrá el contenido del artículo

¹⁰⁷ Cabe resaltar casos donde se justificó la limitación o insuficiencia por medio de un estudio y se alcanzaron a girar recursos a la entidad territorial, para luego darse cuenta de la inexistencia de la limitación o insuficiencia sustentada. Tal fue el caso de los alumnos fantasmas de Córdoba, en el cual pareciera que el control realizado por el Ministerio de Educación Nacional se realiza luego de girar los recursos a la entidad territorial. En el caso en comento, mediante una auditoría contratada luego del giro efectivo de \$ 5.966 millones de pesos a la entidad territorial, el Ministerio cruzó los datos resultado de la auditoría con el reporte final del registro de matrícula y estableció el 24 de febrero de 2016 que hubo 3.679 estudiantes que fueron reportados dentro de la matrícula de las sedes contratadas por la entidad, pero que no fueron atendidos. En el siguiente link se puede consultar la noticia: <https://www.elheraldo.co/cordoba/en-cordoba-faltan-docentes-y-aulas-pero-sobran-alumnos-fantasmas-274133>

2.3.1.3.2.9, que puede ser retirado, revisado o modificado por la entidad territorial y no representa compromiso u obligación alguna para esta.¹⁰⁸

2.1.1.2 Canasta educativa

La definición de canasta educativa, como ya se dijo, está en el numeral 12 del artículo 2.3.1.3.1.5 del Decreto 1075 de 2015. La canasta educativa elaborada debe establecerse previamente al inicio del proceso de contratación, debe corresponder a las necesidades identificadas y definidas en el estudio de insuficiencia y limitaciones y someterse para su conformación a las reglas del artículo 2.3.1.3.2.5 del mismo Decreto.

Se debe establecer antes del inicio del proceso de contratación pues de la definición de los componentes y costos de la canasta educativa, depende la remuneración del contratista. El valor por alumno atendido se establece según los componentes de la canasta educativa que el contratista se comprometa a suministrar.¹⁰⁹

2.1.1.3 Identificación de la población estudiantil

La entidad contratante debe identificar y asignar a cada contratista un listado de estudiantes a atender con la población que será atendida en desarrollo del contrato, de manera previa a la suscripción de este.¹¹⁰

¹⁰⁸ Esto está consagrado en el artículo 2.3.1.2.3.8 del Decreto.

¹⁰⁹ La regla establecida para todos los tipos contractuales es que los recursos del Sistema General de Participaciones remunerarán al contratista hasta un monto igual al de la tipología del componente de población atendida, es decir, hasta el monto correspondiente a la asignación por alumno definida por la Nación. Si la canasta educativa contratada, excede este monto, ese excedente se debe financiar con recursos propios de la entidad territorial certificada contratante.

¹¹⁰ Artículo 2.3.1.3.2.15. del Decreto 1075 de 2015.

El Sistema Integrado de Matrícula – SIMAT, es “... una herramienta que permite organizar y controlar el proceso de matrícula en todas sus etapas, así como tener una fuente de información confiable y disponible para la toma de decisiones.”¹¹¹ En otras palabras, es una base de datos administrada por el MEN donde todas las Secretarías de Educación deben reportar las matricula oficial y privada de su respectiva jurisdicción.

Con base en el reporte de matrícula oficial, es decir atendida directamente por instituciones educativas oficiales o por privados en desarrollo de contratos de prestación del servicio educativo, el Gobierno Nacional determina la cuantía de recursos del Sistema General de Participaciones para Educación que debe transferir a las entidades territoriales certificadas, el cual es resultado de multiplicar el valor por alumno (tipología que se fija por el CONPES según el grado de educación), por el número de alumnos reportados en e SIMAT.

Esta potestad de la entidad territorial certificada, ha llevado a diversos casos de corrupción. En Córdoba se reportaron 3.679 alumnos fantasma para la vigencia 2015, por los cuales el MEN pagó 5.966 millones de pesos.¹¹² Caso similar al de Buenaventura, donde en 2013 se utilizaron bases de datos de colegios privados para hacerlos figurar como estudiantes fantasma de escuelas rurales públicas.¹¹³

2.1.1.4 Acreditación de idoneidad

¹¹¹ Definición sacada del siguiente link: <https://www.mineduacion.gov.co/sistemasdeinformacion/1735/w3-article-297802.html>

¹¹² La noticia se puede encontrar en el siguiente link: <https://www.elheraldo.co/cordoba/en-cordoba-faltan-docentes-y-aulas-pero-sobran-alumnos-fantasmas-274133>

¹¹³ La noticia se puede encontrar en el siguiente link: <http://www.semana.com/nacion/articulo/buenaventura-asi-se-roban-la-plata-de-la-educacion/441159-3>

El contratista que aspire a ser contratista debe acreditar su idoneidad, según el artículo 2.3.1.3.2.3 del Decreto la idoneidad a acreditar está relacionada con: i) alto desempeño en los exámenes de Estado, ii) mejoramiento continuo en los resultados de dichas pruebas, y iii) la capacidad de generación y sostenimiento de adecuados ambientes escolares en los establecimientos educativos que hayan sido dirigidos o administrados por el aspirante, de acuerdo con los indicadores de convivencia escolar.

En este punto se ha identificado una práctica de corrupción. La idoneidad en la prestación del servicio se predica de la persona que presta el servicio en un determinado establecimiento educativo no del establecimiento educativo en sí mismo considerado, pues los establecimientos educativos no son personas jurídicas. No obstante lo anterior, los resultados de las pruebas de estado, elemento fundamental para determinar la calidad de la educación impartida, se expresan en función de los resultados obtenidos por los alumnos de una determinada institución educativa. Así las cosas en algunas entidades territoriales, personas naturales o jurídicas sin ninguna experiencia y por ende idoneidad en la prestación del servicio educativo, han adquirido establecimientos educativos cuyos alumnos han obtenido buenos resultados en las pruebas de estado, a fin de pretender atribuirse una idoneidad que no tienen, sino que realmente es atribuible a quien educa dichos alumnos, es decir al vendedor del establecimiento educativo.

2.1.2 Obligaciones contractuales comunes

2.1.2.1 Obligaciones del contratista

El contratista en la ejecución de los contratos adquiere las obligaciones descritas en el artículo 2.3.1.3.2.17 del Decreto 1075 de 2015, a saber:

- i. No subcontratar la prestación del servicio público educativo contratado.
- ii. No vincular personal (docentes, directivos docentes o personal administrativo) de la planta de la entidad territorial ni vincular personal mediante cooperativas de trabajo asociado o bolsas de empleo para la ejecución del contrato.
- iii. Entregar los bienes y servicios de la canasta educativa contratada.
- iv. No realizar cobros a la población atendida por ningún concepto en virtud de la gratuidad educativa.
- v. No imputar al contrato estudiantes que no fueron relacionados en el listado de estudiantes entregado por el contratante.
- vi. Iniciar la ejecución del contrato contando previamente con el registro presupuestal, la constitución y aprobación de garantías, y la firma del acta de inicio.
- vii. Suministrar la información requerida por la entidad contratante, relativa a la ejecución del contrato.
- viii. Permitir la supervisión o interventoría al contrato.

El párrafo primero del artículo mencionado impone la obligación a la entidad contratante de incluir las obligaciones acá expuestas dentro del contrato. Es decir, que estas obligaciones son clausulado mínimo de todos los tipos de contratos de prestación de servicios en educación.

2.1.2.2 Obligaciones del contratante

El artículo 2.3.1.3.2.18 del Decreto 1075 de 2015 recopila los deberes pre contractuales ya estudiados a cargo de las entidades territoriales certificadas, y a parte establece las siguientes obligaciones del contratante:

- i. No suscribir contratos con personas propietarias de establecimientos educativos no oficiales que estén en el régimen controlado.¹¹⁴
- ii. No suscribir contratos con personas naturales o jurídicas que no se encuentren habilitadas en el Banco de Oferentes, salvo casos de urgencia manifiesta.
- iii. Asegurar el cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato.
- iv. Reconocer pecuniariamente la prestación del servicio educativo únicamente en los términos pactados en el contrato.
- v. Contratar el servicio educativo para la totalidad de las sedes de un establecimiento educativo.¹¹⁵
- vi. No asignar planta de personal docente, directivo docente o administrativo de la entidad.

La utilización del Banco de Oferentes como mecanismo previo de habilitación de contratistas se examinará al revisar la causal de contratación directa en los contratos de prestación de servicios propiamente dichos.

¹¹⁴ El régimen controlado, según lo entendido por el artículo 2.3.2.2.4.1 del Decreto 1075 de 2015, Decreto Único Reglamentario del sector educación, hace referencia al aplicable a un establecimiento educativo privado para cobro de tarifas de matrículas, pensiones y cobros periódicos cuando se compruebe la existencia de infracciones a los regímenes ordinarios previstos.

¹¹⁵ El numeral 1 del artículo 2.3.1.3.1.5 define establecimiento educativo como toda entidad de carácter estatal, privada o de economía solidaria habilitada para prestar el servicio público educativo en los términos fijados por la Ley 115 de 1994 o las normas que la modifiquen, sustituyan o deroguen.

Como obligaciones adicionales del contratante, debe recordarse que el párrafo segundo del artículo 2.3.1.3.2.17 del Decreto 1075 dispone que la entidad contratante será la responsable para iniciar actuaciones administrativas contra los contratistas incumplidos. En el mismo sentido el artículo 2.3.1.3.2.12 otorga la facultad de inspección y vigilancia sobre los servicios educativos prestados y a la par impone la obligación al contratante de garantizar que el contratista preste el servicio educativo durante todo el calendario académico.

Al momento de finalizarse el contrato celebrado, surge para la entidad contratante la obligación contemplada en el artículo 2.3.1.3.2.16 de garantizar la continuidad del servicio educativo a los estudiantes atendidos en el desarrollo del contrato. Esta obligación solamente puede garantizarse con la atención de estudiantes en los establecimientos educativos oficiales según la estrategia de la entidad para mitigar las insuficiencias o limitaciones causa de la contratación y no implica para la entidad territorial la obligación de prórroga o renovación del contrato, por lo tanto, tampoco otorga este derecho a los contratistas.

La obligación supone que la estrategia de la entidad territorial para mitigar las insuficiencias o limitaciones en la prestación del servicio educativo oficial ha obtenido los resultados esperados, pero no prevé la conducta a seguir y la responsabilidad para los administradores públicas si las estrategias no son implementadas, o habiendo lo sido no logran superar las causas de la insuficiencia o limitaciones.

Pensamos, en principio que manteniéndose la causa de la contratación, debería poder prorrogarse el contrato, o si así lo considera procedente, celebrarse un nuevo contrato con

otro operador habilitado en el Banco de Oferentes. Aunque la entidad no está obligada a renovar o prorrogar el contrato, por la subsistencia de la insuficiencia o limitación, y en aras de garantizar la continuidad de la prestación del servicio educativo, tal opción es plenamente aplicable.

Es de anotar, que con el argumento de garantizar el derecho a la educación, se han presentado fenómenos de corrupción, tales como la interposición de tutelas al finalizar el contrato suscrito con la entidad territorial para obligarla a suscribirlo o prorrogarlo nuevamente con el mismo contratista, para prestar el servicio educativo.¹¹⁶ Al respecto téngase en cuenta que la obligación de la entidad territorial es garantizar que los alumnos continúen recibiendo educación, pero no necesariamente en la institución educativa contratada en donde venían estudiando.

2.1.3 Marco jurídico

Todos los tipos contractuales para la contratación de la prestación del servicio público educativo tienen el mismo fundamento constitucional y legal, expuestos a continuación.

¹¹⁶ Por ejemplo, el ex gobernador de Bolívar se vio envuelto en un escándalo de corrupción cuando lo acusaron por haber celebrado contratos de prestación de servicios educativos sin acudir al mecanismo de licitación pública y con contratistas presuntamente no habilitados para cumplir con estos contratos, En su defensa el ex gobernador afirmó: "Sobre la denuncia, el ex gobernador encargado de Bolívar Jorge Mendoza Diago señaló que "no hay ninguna corrupción en las contrataciones que se hicieron para el sector educativo en Bolívar. Estas se vienen haciendo desde hace cinco años en la misma forma". Mendoza Diago señaló que los contratos "son de prestación de servicios educativos", que se hacen desde hace más de cinco años con los mismos contratistas, que son fundaciones donde tienen participación las Diócesis de Cartagena y Magangue." La noticia se puede consultar en el siguiente link: <https://www.mineducacion.gov.co/observatorio/1722/article-256097.html>

2.1.3.1 Fundamento constitucional

El artículo 67 constitucional establece que la educación es un derecho de la persona y un servicio público al mismo tiempo. Teniendo esto en cuenta, el mismo artículo consagra que el Estado tiene la obligación de garantizar el cubrimiento del servicio y de asegurar las condiciones a los educandos para que accedan y permanezcan en el sistema educativo. El artículo 68 por su parte otorga la posibilidad a los particulares para que funden establecimientos educativos regulados por la ley en todo caso y encarga la enseñanza a personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica.

En materia constitucional deben diferenciarse los contratos de prestación de servicios educativos de los contratos celebrados con entidades sin ánimo de lucro regulados por el artículo 355 constitucional. Como más adelante se explicará, los contratos de prestación de servicios de educación pueden suscribirse con entidades sin ánimo de lucro y con entidades con ánimo de lucro¹¹⁷, así las cosas, este análisis es aplicable solamente para los contratos de prestación de servicios de educación celebrados con entidades sin ánimo de lucro.

El análisis de las diferencias se hará teniendo en cuenta los dos supuestos regulados por el artículo 355, siguiendo la misma estructura del análisis hecho en el capítulo de los contratos de aporte pues el objeto de los dos contratos es la prestación de un servicio público.

¹¹⁷ Si bien bajo la actual contratación es así, esta conclusión no es unánime. Ha generado discusión permitir a contratistas con ánimo de lucro contratar la prestación del servicio educativo, por su principal característica, perseguir utilidades para repartir entre sus socios.

Partiendo de la estructura explicada en el párrafo precedente, el contrato de prestación de servicios educativos no encuadra dentro del primer supuesto del artículo 355 constitucional, pues el contrato sí supone una contraprestación en favor de la entidad territorial contratante en tanto el contratista presta el servicio que por ley corresponde prestar a la entidad. Por otra parte, los recursos entregados por la entidad contratante al contratista son para la prestación del servicio educativo, no para desarrollo de programas de la entidad sin ánimo de lucro, lo cual significa que este contrato tampoco encuadra en el segundo supuesto del artículo constitucional.

En definitiva, los contratos de prestación de servicios de educación suscritos con entidades sin ánimo de lucro no se rigen por lo dispuesto en el artículo 355 constitucional.

2.1.3.2 Marco legal y reglamentario

El marco legal y reglamentario de la contratación del servicio público educativo, de manera genérica, está compuesto por la Ley 1294 de 2009, el Decreto 1075 de 2015, subrogado en su Capítulo 3° por el Decreto 1851 de 2015, capítulo adicionado posteriormente por el Decreto 30 de 2017.

El artículo 2.3.1.3.1.6 del Decreto define las modalidades de los contratos que pueden suscribir las entidades estatales para prestar el servicio educativo, a saber; 1. Contrato de prestación del servicio educativo, 2. Contratos para la administración del servicio educativo, 3. Contratos para la promoción e implementación de estrategias de desarrollo pedagógico a celebrarse con iglesias o confesiones religiosas y 4. Contratación con establecimientos educativos mediante subsidio a la demanda.

El Decreto fue a su vez adicionado por el Decreto 30 de 2017, para reglamentar el contrato del numeral 2. del párrafo precedente cuando el contratista sea un establecimiento

educativo no oficial de alta calidad y para reglamentar el contrato del numeral 1. cuando el contratista sea una institución de educación superior oficial.

La existencia de un régimen especial para los contratos de prestación de servicios educativos, que salvo el contrato de administración, se celebran en forma directa, no implica la aplicación de las normas generales del Estatuto General de la Contratación Pública, especialmente en materia de principios rectores de la contratación pública y en materia de vigilancia y seguimiento del contrato, en lo no previsto en la legislación especial.¹¹⁸

Por lo tanto, estos contratos se someten a su régimen especial compuesto por el Decreto 1075 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector educación, subrogado en su Capítulo 3 por el Decreto 1851 de 2015, y adicionado por el Decreto 030 de 2017. En materia de principios rectores de la contratación pública y en materia de vigilancia y seguimiento del contrato, será aplicable el Estatuto General de la Contratación Pública.

2.2 Tipologías contractuales

De las modalidades de contratos posibles para prestación del servicio educativo contenidas en el artículo 2.3.1.3.1.6 del Decreto 1075 subrogado por el Decreto 1851, los contratos de prestación del servicio educativo, los contratos para la promoción e implementación de estrategias de desarrollo pedagógico a celebrarse con iglesias o confesiones religiosas y los contratos con establecimientos educativos mediante subsidio a la demanda se celebran directamente.

¹¹⁸ Por disposición del artículo 2.3.1.3.7.2 del Decreto 1075.

Los contratos regulados por el Decreto 30 de 2017, es decir, el contrato de prestación de servicios para la administración del servicio educativo con establecimientos educativos no oficiales de alta calidad y el contrato de prestación de servicio educativo con instituciones de educación superior oficiales, se celebran también de forma directa. Así las cosas, el único contrato de prestación de servicios de educación que se tramita por licitación pública es el contrato de administración del servicio educativo.

Por ser un documento sobre falencias regulatorias que facilitan prácticas corruptas en contratos celebrados directamente solo se estudiarán los contratos de prestación de servicios de educación que se celebren de esta forma. En este orden de ideas, no se estudiará el contrato de administración del servicio educativo por contratarse previa licitación pública.

2.2.1 Contrato de prestación del servicio público educativo¹¹⁹

2.2.1.1 Definición

Según el artículo 2.3.1.3.3.1 del Decreto 1075 de 2015 el contrato de prestación del servicio público educativo es un acuerdo de voluntades celebrado entre una entidad territorial certificada y el propietario de un establecimiento educativo no oficial donde este se obliga a prestar el servicio educativo integral en dicho establecimiento a los estudiantes que le indique en forma expresa la entidad territorial certificada, de manera autónoma y bajo su responsabilidad.

¹¹⁹ Este título puede generar confusiones, pues el contrato específico tiene el mismo nombre del género, por ello se especifica que este aparte hace referencia al contrato de prestación del servicio educativo como especie, no como género.

2.2.1.2 Objeto y Plazo

El objeto del contrato es prestar el servicio público educativo integral por un (1) año lectivo, con autonomía y responsabilidad del contratista, a la población indicada por la entidad contratante, en el establecimiento educativo del contratista, con su propio PEI¹²⁰ o PEC¹²¹, su propio personal docente, directivo docente y administrativo, sus soportes pedagógicos, medios educativos adecuados y de manera general, con los componentes de la canasta educativa contratada.

2.2.1.3 Causal de contratación directa

El artículo 2.3.1.3.3.2 del Decreto 1075 de 2015 dispone que los contratos de prestación del servicio público educativo se contratarán directamente basándose en lo previsto en el literal h) del numeral 4° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, causal que hace referencia a los contratos de prestación de servicios profesionales. No obstante, el mismo artículo señala que deberá verificarse la experiencia e idoneidad del contratista, así como también deberá verificarse su invitación, evaluación y habilitación por medio del Banco de Oferentes. En otras palabras, para el reglamento la prestación de servicios educativos es una modalidad de prestación de servicios profesionales cuya contratación, estando dentro

¹²⁰ El glosario del Ministerio de Educación Nacional define el Proyecto Educativo Institucional - PEI, así: "Es la carta de navegación de las escuelas y colegios, en donde se especifican entre otros aspectos los principios y fines del establecimiento, los recursos docentes y didácticos disponibles y necesarios, la estrategia pedagógica, el reglamento para docentes y estudiantes y el sistema de gestión."

¹²¹ El glosario del Ministerio de Educación Nacional define el Proyecto Educativo Comunitario - PEC, así: "Es la concepción integral de vida y gestión de saberes propios de los pueblos indígenas, comunidades afrocolombianas, raizales y rom, que les permite recrear diferentes manifestaciones culturales y opciones de vida mediante la reafirmación de una identidad orientada a definir un perfil de sociedad autónoma, creativa, recreativa, reflexiva y comunitaria cimentada en sus raíces e historia de origen en permanente interacción con el mundo global."

del ámbito de la contratación directa, amerito una regulación especial, que en materia de selección del contratista, se plasma en la creación de los Bancos de Oferentes

El Banco de Oferentes es un listado de establecimientos educativos no oficiales de reconocida trayectoria e idoneidad en la prestación del servicio educativo, conformado por la entidad territorial como mecanismo para tener conocimiento previo de las personas propietarias de instituciones educativas con que puede contar para la prestación del servicio educativo oficial.¹²²

Lo primero es llamar la atención sobre la responsabilidad de conformación del Banco de Oferentes, la cual recae en la entidad territorial,¹²³ circunstancia que le otorga algún grado de poder discrecional, pues ella decide quién hace parte de este en la medida en que establece los estándares de calidad y experiencia para habilitar a los oferentes para contratar, que mínimo deben ser los contenidos en el Decreto 1075. No obstante lo anterior, el párrafo 1º del artículo 2.3.1.3.3.7. del Decreto 1075 establece: *“La entidad territorial certificada podrá establecer criterios de trayectoria e idoneidad superiores a los enunciados en la presente Sección.”*

Esta posibilidad podría ser usada para direccionar el Banco de Oferentes, permitiendo el ingreso de algunos contratistas con particulares características cuya exigencia no obedezca a criterios técnicos.

¹²² Guía técnica de contratación del servicio educativo. Ministerio de Educación Nacional. 2016.

¹²³ Esto teniendo en cuenta la obligación de remitir al Ministerio de Educación Nacional el acto administrativo de conformación o actualización del Banco de Oferentes del artículo 2.3.1.3.3.10 del Decreto 1075 de 2015.

Igualmente, la falta de control sobre la integración de los Bancos de Oferentes, puede llevar a prácticas indebidas como sucedió en Buenaventura, donde se utilizó el Banco de Oferentes como un mecanismo de tráfico de influencias, pues los establecimientos habilitados en este no eran aptos, ni se evaluaron de fondo.¹²⁴

Los Bancos de Oferentes para la contratación de la prestación del servicio educativo funcionan en forma análoga al Banco de Oferentes para los contratos de aporte, estudiado en el capítulo respectivo, de tal manera que constituyen un primer filtro de habilitación de los propietarios de los establecimientos educativos no oficiales que se inscriban y habiliten para celebrar el contrato de prestación de servicios educativos. Ahora bien, no queda claro, al igual que en el contrato de aporte, cómo se selecciona dentro de los potenciales contratistas habilitados a aquel con que se celebrará el contrato, pues no hay unos mecanismos o pautas claras que permitan diferenciar una política general al respecto.

Así mismo, debe traerse a colación la discusión de legalidad del Banco de Oferentes como proceso de selección de contratación autónomo. Como se explicó en el capítulo del contrato de aporte, la jurisprudencia constitucional ha establecido que no se pueden crear procesos de selección paralelos a los ya establecidos por ley. Al igual que en el contrato de aporte, este proceso no solamente regula el proceso de contratación directa, si no que crea un proceso paralelo al Registro Único de Proponentes.

¹²⁴ La noticia se puede consultar en el siguiente link: <http://www.elpais.com.co/especiales/corrupcion-en-buenaventura/>

2.2.1.4 Partes contratantes

La parte contratante es una entidad territorial certificada, ya sea un departamento, distrito o municipio. La parte contratista es una persona jurídica propietaria de un establecimiento educativo habilitado en el Banco de Oferentes de la entidad territorial certificada.

Como ya se dijo, la idoneidad del contratista, se predica del propietario del establecimiento educativo al ser la parte contratista en este contrato. Esto significa que la idoneidad es intransferible.

En este orden de ideas, no pueden ser contratistas las personas propietarias de establecimientos educativos que no cumplan con los requisitos de habilitación del Banco de Oferentes del artículo 2.3.1.3.3.6 y con los requisitos de experiencia e idoneidad del artículo 2.3.1.3.3.7 del Decreto 1075 de 2015. Además, la entidad deberá tener en cuenta los criterios para celebración de este contrato contemplados en el artículo 2.3.1.3.3.11 del mismo Decreto.¹²⁵

Finalmente, y aunque en la práctica muchos Bancos Oferentes incluyen contratistas con ánimo de lucro al amparo de una interpretación del texto actual del artículo 27 de la Ley 715 de 2001 en la versión definida por el artículo 1o de la Ley 1294 de 2009, creemos que la norma en mención solo permite la contratación de la prestación del servicio educativo, en cualquiera de sus modalidades con entidades sin ánimo de lucro. Dice la

¹²⁵ Para ver el contenido de los artículos citados, remitirse al Anexo II.

norma en cuestión en lo pertinente: “ (...) *podrá contratarse la prestación del servicio educativo con entidades sin ánimo de lucro, estatales o entidades educativas particulares cuando no sean suficientes las anteriores, que cuenten con una reconocida trayectoria e idoneidad, sin detrimento de velar por la cobertura e infraestructura en los servicios educativos estatales.*” (negritas extratextuales)

Creemos que el género de los contratistas son las entidades sin ánimo de lucro, cuyas dos especies son, las entidades estatales sin ánimo de lucro, o cuando estas sean insuficientes, entidades **particulares sin ánimo de lucro**. Así pues, consideramos que las entidades educativas particulares a que se refiere la norma, necesariamente deben ser sin ánimo de lucro.

2.2.1.5 Obligaciones

El contratante se obliga a suministrar la matrícula a ser atendida por el contratista. El contratista se obliga a prestar el servicio educativo a la matrícula oficial suministrada de manera autónoma y bajo su responsabilidad, con su propio PEI o PEC y con su propia infraestructura.¹²⁶ Por tanto, se obliga también a suministrar el personal (docente, directivo docente y administrativo)¹²⁷, los soportes pedagógicos, los medios educativos y los componentes de la canasta educativa estipulados en el respectivo contrato.

¹²⁶ En los términos del numeral 4 del artículo 2.3.1.3.3.3 del Decreto 1075 de 2015, la infraestructura debe haber sido evaluada para conformar el Banco de Oferentes.

¹²⁷ Por esto se obliga también a mantener indemne a la entidad territorial contratante de cualquier reclamación que realice el personal vinculado, según el numeral 2 del artículo 2.3.1.3.3.3 del Decreto 1075 de 2015.

Además, deberá incluirse dentro del contrato que la entidad contratante adelantará acciones administrativas cuando el establecimiento educativo no oficial entre en régimen controlado o cuando el establecimiento educativo no oficial deje de cumplir los requisitos de idoneidad que motivaron su contratación.¹²⁸

2.2.2 Contrato interadministrativo para la prestación del servicio educativo con Instituciones de Educación Superior Oficiales

2.2.2.1 Definición

El numeral 6. del artículo 2.3.1.3.1.6 del Decreto 1075 de 2015 adicionado por el artículo 1° del Decreto 30 de 2017, estipula que el contrato interadministrativo para la prestación del servicio educativo con instituciones de educación superior oficiales es el contrato mediante cual una institución de educación superior oficial que cuente con facultad de educación e institución educativa se obliga a prestar el servicio público educativo a estudiantes del sistema educativo oficial.

2.2.2.2 Objeto

El objeto del contrato es mejorar la calidad de educación impartida en una entidad territorial certificada a través de la prestación del servicio educativo oficial por parte de instituciones de educación superior oficial que cuenten con facultad de educación alta calidad educativa, en instituciones educativas que hagan parte de la estructura orgánica

¹²⁸ La entidad contratante debe velar para incluir estas disposiciones como obligaciones del contrato por mandato del artículo 2.3.1.3.3.13 del Decreto 1075 de 2015.

de dichas instituciones, en todos o en alguno de los niveles de educación: preescolar, básica o media, bajo las reglas consagradas en el Decreto 1075.¹²⁹

Obsérvese que se trata de un contrato de prestación de servicios educativos con las características ya examinadas, en donde el servicio se presta por una institución de educación superior oficial con facultad de educación propietaria de un establecimiento educativo de alta calidad.

Este contrato se sujeta a las siguientes reglas:

a) La causal de contratación directa que se invoca no es la prestación de servicios, sino que este tipo de contratos se puede celebrar en forma directa por tratarse de un contrato interadministrativo según lo previsto en el literal c) del numeral 4º del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

b) El contrato interadministrativo debe tener una relación directa con el objeto de las instituciones de educación superior oficiales con facultad de educación, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, o la que haga sus veces. Entenderíamos que tal requisito supone que la institución educativa sea el centro de prácticas o se relacione con las actividades de la facultad de educación de la institución de educación superior

c) La institución de educación superior oficial certificará una experiencia previa en la prestación del servicio educativo en los niveles de preescolar, básica o media, por lo menos de diez (10) años anteriores a la firma del contrato. Téngase en cuenta que la

¹²⁹ Artículo 2.3.1.3.9.1 del Decreto 1075 de 2015, adicionado por el Decreto 30 de 2017.

experiencia es en la prestación del servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media y no tener 10 años con la facultad de educación. Una cosa es tener experiencia en la prestación del servicio de educación y otra en educar para prestar el servicio de educación.

d) La institución de educación superior oficial allegará la certificación expedida por el Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación (ICFES), previo a la celebración del contrato, en la que se indique que el establecimiento educativo en el cual se prestará el servicio a los estudiantes del sistema educativo oficial está clasificado en la categoría A+, o la que haga sus veces.

e) El contrato establecerá que la dirección, coordinación, organización y prestación del servicio educativo, y la respectiva orientación pedagógica se realizarán bajo la exclusiva responsabilidad de la institución de educación superior oficial, con sujeción a su proyecto educativo institucional (PEI) y a lo que se prevea en el contrato y en sus documentos antecedentes.

g) El contrato debe cumplir con las condiciones establecidas por los literales d) y e) del artículo 2.3.1.3.8.4. del Decreto 1075.

2.2.2.3 Causal de contratación directa

Como ya se dijo, el literal a) del artículo 2.3.1.3.9.2 del Decreto 1075 de 2015, adicionado por el Decreto 30 de 2017, justifica la celebración de estos contratos de forma directa

basándose en la causal relativa a la celebración de contratos interadministrativos, del literal c) numeral 4° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.¹³⁰

2.2.2.4 Partes contratantes

Siguiendo la misma premisa de los demás contratos de prestación de servicios educativos la entidad contratante es una entidad territorial certificada.

La parte contratista será una institución de educación superior oficial que cuente con facultad de educación y además con una institución educativa. El párrafo del artículo 2.3.1.3.9.1 del Decreto 1075 de 2015, adicionado por el Decreto 30 de 2017, entiende que los programas de pregrado o posgrado en ciencias de la educación de las instituciones de educación superior oficiales se asimilan a una facultad de educación para los efectos del contrato. En definitiva, la parte contratista siempre debe ser una institución de educación superior oficial que tenga una facultad de educación o cuente con programas de pregrado o posgrado en ciencias de la educación, y además una institución educativa de su propiedad.

No parece adecuado que la experiencia de la institución educativa pueda ser solo en alguno de los niveles de educación y no en todos, pues si la institución educativa v.gr. solo tiene experiencia en preescolar, como se garantiza su idoneidad en resto de los niveles. Ahora bien, el hecho de exigirse que la entidad tenga la categoría A+ en las

¹³⁰ El literal b) del Artículo 2.3.1.3.9.2 del Decreto 1075 de 2015, adicionado por el Decreto 30 de 2017 añade que el contrato interadministrativo debe tener relación directa con el objeto de las instituciones contratistas.

pruebas de estado supondría que si se tiene experiencia en la prestación del servicio de educación media, aunque probablemente no necesariamente por 10 años.

2.2.2.5 Plazo

Se celebrarán por un plazo no inferior dos (2) años y hasta por el máximo de años que determine la entidad territorial en el estudio de insuficiencia y limitaciones del que trata el artículo 2.3.1.3.2.6. del Decreto 1075, sin que en ningún caso se supere el plazo de una cohorte educativa completa (preescolar, básica primaria, básica secundaria y media). Esta es una diferencia fundamental frente a la duración de los contratos de prestación de servicios tradicionales cuya duración máxima es de un año prorrogable por uno más, pudiendo incluso el nuevo contrato a tener una duración de 12 años, equivalente a la duración de toda una cohorte educativa.

2.2.2.6 Obligaciones

La obligación del contratante es en principio presentar la matrícula a atender por el contratista y pagar el valor de la prestación del servicio educativo.¹³¹ En la ejecución del contrato, se obliga a supervisar la ejecución del contrato en cuanto a la calidad de la prestación del servicio prestado¹³².

El contratista se obliga a dirigir, coordinar, organizar y prestar el servicio educativo y la respectiva orientación pedagógica bajo su propia responsabilidad, con sujeción a su PEI o PEC, en todas las sedes educativas que conforman el establecimiento educativo objeto de la contratación.

¹³¹ Artículo 2.3.1.3.9.4 del Decreto 1075 de 2015, adicionado por el Decreto 30 de 2017.

¹³² Literal a) del Artículo 2.3.1.3.9.3 del Decreto 1075 de 2015, adicionado por el Decreto 30 de 2017.

2.2.3 Contrato para la promoción e implementación de estrategias de desarrollo pedagógico con iglesias y confesiones religiosas

2.2.3.1 Definición

En los términos del numeral 3 del artículo 2.3.1.3.1.6 del Decreto 1851 de 2015 es el contrato mediante el cual una iglesia o confesión religiosa se compromete a promover e implementar estrategias de desarrollo pedagógico en uno o varios establecimientos educativos oficiales.

2.2.3.2 Objeto

Su objeto es contratar a la iglesia o confesión religiosa, para que aporte su experiencia en la promoción e implementación de estrategias de desarrollo pedagógico y el apoyo pedagógico y administrativo para el desarrollo del PEI o PEC adoptado por el Consejo Directivo de cada establecimiento educativo.

2.2.3.3 Causal de contratación directa

El artículo 2.3.1.3.5.2 del Decreto 1851 de 2015, acude a la misma causal de contratación directa de prestación de servicios utilizada para los contratos de prestación de servicio educativo y para los contratos de prestación de servicio educativo con establecimientos educativos no oficiales de alta calidad, a los cuales nos remitimos.

2.2.3.4 Partes contratantes

Con base en lo ya expuesto a través de este capítulo la parte contratante es una entidad territorial certificada.

La parte contratista será una iglesia o confesión religiosa¹³³, la cual no necesita estar habilitada en el Banco de Oferentes, y por ello debe demostrar su idoneidad en la prestación del servicio educativo formal y el mejoramiento continuo de la calidad educativa del establecimiento, así como su experiencia mínima de 5 años en la promoción e implementación de estrategias de desarrollo pedagógico en establecimientos educativos o en la prestación del servicio educativo.¹³⁴

2.2.3.5 Obligaciones

El contratante debe aportar como mínimo el establecimiento educativo oficial con los elementos de la canasta educativa con los cuales cuente.¹³⁵

El contratista aportará su experiencia en la promoción e implementación de estrategias de desarrollo pedagógico, apoyará pedagógica y administrativamente el desarrollo del PEI o PEC del establecimiento educativo.¹³⁶ De igual forma, deberá aportar los componentes de la canasta educativa que la entidad estatal contratante no esté en capacidad de aportar.¹³⁷

¹³³ La definición de iglesia o confesión religiosa está en el artículo 2.3.1.3.5.3 del Decreto 1851 de 2015, contenido en el Anexo II.

¹³⁴ Esto según lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del Artículo 2.3.1.3.5.4 del Decreto 1851 de 2015, complementado con su parágrafo, en materia de acreditación de idoneidad, cuyo contenido está en el Anexo II.

¹³⁵ Artículo 2.3.1.3.5.1 del Decreto 1851 de 2015.

¹³⁶ Las reglas del contrato contenidas en el artículo 2.3.1.3.5.4 del Decreto 1851 de 2015, definen qué implica o qué significa este apoyo y promoción. Por su extensión, estas están en el Anexo II, al cual remitimos.

¹³⁷ El numeral 9 del artículo 2.3.1.3.5.4 del Decreto 1851 de 2015 al respecto dispone que la entidad territorial no podrá contratar exclusivamente un componente de la canasta educativa (por ejemplo, dotación, personal, etc.) si no que tales componentes son adicionales a la promoción e implementación de estrategias de desarrollo pedagógico.

El contratista puede adquirir bienes con los recursos entregados en la ejecución del contrato, por lo tanto, tiene la obligación de transferirlos a la parte contratante, al finalizar el contrato.¹³⁸

A nuestro sentir, podría cuestionarse la constitucionalidad del contrato pues va en contra de la laicidad¹³⁹ del Estado colombiano. La jurisprudencia constitucional ha establecido que este principio no significa o no se traduce, en la imposibilidad de establecer relaciones jurídicas por parte del Estado con religiones, pero también ha establecido que en estas relaciones el Estado debe mantener su neutralidad.¹⁴⁰

Nos parece que la contratación directa fundada únicamente en la consideración de ser el contratista una iglesia o confesión no tiene fundamento constitucional debiendo la iglesia o confesión religiosa participar en igualdad de condiciones con los demás oferentes. Cuando el Decreto 1075 de 2015 establece la contratación directa como medio de selección del contratista para este tipo contractual, en el cual el contratista solo puede ser una iglesia o confesión religiosa, está dándole una ventaja injustificada a este tipo de congregaciones. Además, no están sujetas a habilitación por Banco de Oferentes, lo cual

¹³⁸ Artículo 2.3.1.3.5.6 de Decreto 1851 de 2015.

¹³⁹ La sentencia C 664 de 2016 explica el principio de laicidad en la Constitución Política de Colombia de 1991, así: "6. Colombia ya no es un Estado confesional, como lo fue durante más de cien años, en vigencia de la Constitución Nacional de 1886 e incluso antes, con excepción del período comprendido entre 1853 y 1886. La Constitución Política de 1991, fundada sobre el pluralismo (artículo 1) y el respeto por la diversidad (artículo 7), en desarrollo del principio democrático (artículo 1), sentó las bases para la construcción de un Estado laico, en el que el principio de laicidad fuera el elemento integrador de la libertad religiosa y la igualdad de las distintas confesiones (artículo 19), con algunos aspectos de la libertad de conciencia (artículo 18) y del libre desarrollo de la personalidad (artículo 16) y determinara el carácter laico de los servicios públicos. El principio de laicidad se involucró así, de manera cercana, con el principio de libertad que inspiró todo el cuerpo de la Constitución Política de 1991.

¹⁴⁰ Esto hace parte de las subreglas derivadas del principio de laicidad, expuestas en la Sentencia C 664 de 2016, ya citada.

puede conllevar, como se ha reiterado a través del documento, a abusos y direccionamiento indebido de la contratación.

2.2.4 Contratación de prestación del servicio público educativo con establecimientos educativos no oficiales de alta calidad

2.2.4.1 Definición

El artículo 1 del Decreto 30 de 2017, que adiciona al artículo 2.3.1.3.1.6 del Decreto 1075 de 2015, contiene la definición del contrato de la prestación del servicio público educativo con establecimientos educativos no oficiales de alta calidad, así:

“5. (...) Contrato mediante el cual una entidad territorial certificada contrata la prestación del servicio público educativo con un establecimiento educativo no oficial, clasificado en la categoría A+, o la que haga sus veces en las condiciones de calidad establecidas por el contratante, atendiendo los lineamientos del Ministerio de Educación Nacional.”

2.2.4.2 Objeto

El objeto del contrato será entonces garantizar la prestación del servicio educativo en **establecimientos educativos oficiales nuevos** mediante la contratación con establecimientos educativos no oficiales, clasificados en la categoría A+ en las pruebas Saber. (art. 2.3.1.3.8.1. Decreto 1075 de 2015)

Esta noción merece dos comentarios, en primer lugar, no es claro el concepto de “establecimientos educativo nuevo”, pues podría entenderse simplemente como una infraestructura física nueva, o en un concepto más amplio, en los términos del artículo

138 de la Ley 115 de 1994¹⁴¹, y en segundo lugar, el artículo se equivoca al contemplar la posibilidad de contratar con “establecimientos educativos no oficiales”, siendo claro que los mimos no son personas jurídicas.

2.2.4.3 Causal de contratación directa

El artículo 2.3.1.3.8.3. del Decreto 1075 de 2015 adicionado por el artículo 2° del Decreto 30 de 2017, establece que procederá para estos contratos el proceso de selección de contratación directa, basándose en la misma causal de prestación de servicios profesionales, que es la misma del contrato de prestación del servicio público educativo, ya explicada, pero sin necesidad de habilitación previa en el Banco de Oferentes.

Esta contratación directa, que aparentemente obedece a la calidad e idoneidad del contratista, argumento coincidente con la causal general de contratación de prestación de servicios profesionales, realmente hace nugatoria la exigencia de licitación pública consagrada para los contratos de administración del servicio en el artículo 2.3.1.3.4.2. del

¹⁴¹ No coincide el concepto de establecimiento o institución educativa contenido en el artículo 138 de la Ley 115 de 1995 frente al contenido de la Ley 715 de 2001 “*Artículo 138° Ley 115 de 1994 .- Naturaleza y Condiciones del Establecimiento Educativo. Se entiende por establecimiento educativo o institución educativa, toda institución de carácter estatal, privado o de economía solidaria organizada con el fin de prestar el servicio público educativo en los términos fijados por esta Ley. El establecimiento educativo debe reunir los siguientes requisitos: a. Tener licencia de funcionamiento o reconocimiento de carácter oficial, b. Disponer de una estructura administrativa, una planta física y medios educativos adecuados, y c. Ofrecer un Proyecto Educativo Institucional. Los establecimientos educativos por niveles y grados, deben contar con la infraestructura administrativa y soportes de la actividad pedagógica para ofrecer al menos un grado de preescolar y los nueve grados de educación básica. El Ministerio de Educación Nacional definirá los requisitos mínimos de infraestructura, pedagogía, administración, financiación y dirección que debe reunir el establecimiento educativo para la prestación del servicio y la atención individual que favorezca el aprendizaje y la formación integral del niño. vs artículo 9° Ley 715 de 2001. Instituciones educativas. Institución educativa es un conjunto de personas y bienes promovida por las autoridades públicas o por particulares, cuya finalidad será prestar un año de educación preescolar y nueve grados de educación básica como mínimo, y la media. Las que no ofrecen la totalidad de dichos grados se denominarán centros educativos y deberán asociarse con otras instituciones con el fin de ofrecer el ciclo de educación básica completa a los estudiantes.*”

Decreto 1075 de 2015, pues lo que podría ser una exigencia de calidad para todos los oferentes en la práctica se constituye en un elemento para evitar la licitación y contratar directamente.

2.2.4.4 Partes contratantes

Al igual que en los demás contratos de prestación del servicio educativo la parte contratante también será una entidad territorial certificada para este tipo de contrato.

La diferencia radica en el contratista, debe ser “ un establecimiento educativo no oficial “ (es claro que la norma debía referirse al propietario de un establecimiento educativo no oficial) clasificado en la categoría A+ o una entidad sin ánimo de lucro conformada por propietarios de establecimientos educativos no oficiales de alta calidad y personas de derecho público o privado, sin calificación adicional alguna.

La calificación del contratista merece varios comentarios. En primer lugar, como ya se dijo, lo que en la concepción original del Decreto 1750 era una exigencia a los proponentes en la licitación, es decir la exigencia de alta calidad, en el nuevo decreto se convierte en causal de contratación directa (clasificación en la categoría A + en las pruebas Saber 11 o las que hagan sus veces).

En segundo lugar, la posibilidad de contratar directamente con entidades sin ánimo de lucro que se encuentren conformadas parcialmente por propietarios de instituciones educativas de alta calidad (categoría A+ en las pruebas saber 11) y **cualquier otra persona de derecho público o privado**, sin ningún tipo de calificación especial, puede

convertir este contrato en una fuente de negocio para particulares inescrupulosos como pasa a explicarse.

En efecto, el párrafo del artículo 2.3.1.3.8.1 ya referenciado establece que los establecimientos educativos no oficiales de alta calidad se pueden asociar con “otra persona de derecho público o privado”, nótese que solamente dice persona, por lo cual el socio en cuestión puede ser de cualquier tipo, natural o jurídica, sin ningún tipo de calificación.

En este orden de ideas, no es identificable el aporte del asociado en la entidad sin ánimo de lucro, cuando este puede dedicarse a cualquier actividad económica, sin relación alguna con la educación, si ni siquiera tiene la obligación de acreditar experiencia, trayectoria e idoneidad por sí mismo, pues el artículo da la posibilidad a la entidad sin ánimo de lucro de acreditar su alta calidad, experiencia y trayectoria mediante el establecimiento educativo, lo que en otras palabras quiere decir, que el establecimiento educativo no oficial de alta calidad, puede acreditar estas condiciones en nombre de la entidad creada.

Esta asociación en nuestro concepto es ineficiente en la práctica, pues puede ser utilizada para adjudicar contratos a personas no idóneas en la prestación del servicio educativo.

2.2.4.5. Plazo

El literal c) del artículo 2.3.1.3.8.4 del Decreto 1075 de 2015 establece que el plazo mínimo del contrato será por dos (2) años, el tope será determinado por la entidad territorial en el estudio de insuficiencia y limitaciones, sin superar doce (12) años, plazo

de una cohorte educativa completa (preescolar, básica primaria, básica secundaria y media).

2.2.4.6. Obligaciones

La entidad contratante se obliga en principio, a aportar el establecimiento educativo oficial nuevo, entendido como infraestructura física oficial y a presentar al contratista la totalidad de la matrícula a ser atendida.

No obstante, en la ejecución del contrato surge la obligación del literal a) del artículo 2.3.1.3.8.5, de supervisar permanentemente la planta física y la dotación entregada - el mantenimiento, conservación y custodia de esta – y la calidad del servicio educativo.

El contratista se obliga de manera general a: i) organizar, coordinar, dirigir y prestar el servicio educativo y la orientación pedagógica bajo su propio PEI y lo dispuesto en los documentos previos del contrato y el contrato como tal , ii) aportar los elementos de la canasta educativa , iii) administrar, custodiar y mantener la infraestructura y iv) operar el establecimiento educativo bajo su riesgo y responsabilidad según las condiciones del contrato.

De igual forma, el artículo 2.3.1.3.8.8 del Decreto 1075 de 2015, adicionado por el artículo 2° del Decreto 30 de 2017, establece como obligaciones especiales del contratista: i) garantizar el debido cuidado de la infraestructura educativa entregada, ii) destinar la infraestructura según lo pactado en el contrato, c) comprometerse a contribuir al mejoramiento de la calidad del servicio educativo que se presta en el establecimiento durante la ejecución del contrato, según los resultados de los exámenes de Estado del

ICFES. Para cumplimiento de esta disposición, la entidad territorial debe velar porque se incluyan estas obligaciones en el respectivo contrato.

El contratista vincula personal para prestar el servicio educativo, por tanto, surge en cabeza de este la obligación de mantener indemne a la entidad contratante de cualquier reclamación realizada por el personal vinculado por el contratista para prestar el servicio, en virtud de lo dispuesto por el literal d) del artículo 2.3.1.3.8.5 del Decreto 1075 de 2015 adicionado por el Artículo 2° del Decreto 30 de 2017.

Ahora bien, el contratista puede adquirir bienes con cargo al contrato, en este evento surge la obligación de transferir estos a la entidad contratante y la obligación de realizar el respectivo inventario descrito en el literal b) del artículo mencionado en el párrafo precedente.

Por último, a la finalización del contrato el contratista tiene como obligación devolver a la entidad estatal certificada la infraestructura física y la dotación, en los términos del literal c) del mismo artículo.

Este contrato tiene una gran similitud con el contrato de administración del servicio educativo, que se celebra por licitación pública, y, por tanto, no fue objeto de detenido estudio en este capítulo.

Como ya se mencionó, los elementos del contrato de administración del servicio se parecen mucho a los de prestación del servicio público educativo con establecimientos educativos no oficiales de alta calidad, especialmente en lo que respecta a obligaciones especiales del contratista y en sus principales elementos, objeto y plazo. Los elementos

de este contrato coinciden con los elementos esenciales del contrato administración del servicio educativo en los términos previstos por el Decreto 1075 de 2015 (Arts. 2.3.1.3.4.1. a 2.3.1.3.4.6.) variando en algunos elementos importantes, a saber, el procedimiento de selección, el carácter de nuevo de los establecimientos educativos y la exigencia de una cualificación especial del contratista.

El objeto de los contratos es igual, se busca garantizar la prestación del servicio educativo. De igual forma el contratista tiene las mismas obligaciones, organizar, coordinar, dirigir y prestar el servicio bajo su propio PEI o PEC, brindando orientación pedagógica y aportando los elementos de la canasta educativa. Además, opera, administra, custodia y mantiene la infraestructura oficial bajo su propio riesgo.

La única diferencia radica en las características de la infraestructura física donde va a ser prestado el servicio, pues los contratos de prestación del servicio educativo con establecimientos educativos no oficiales de alta calidad se prestan en establecimientos educativos oficiales nuevos, mientras que en los contratos de administración la infraestructura física puede o no ser nueva, solamente tiene que ser oficial.

Ahora bien, la regla relativa al plazo de los contratos es igual. Los contratos no pueden ser inferiores de 2 años y se pueden celebrar por un máximo de 12 años para poder atender una cohorte educativa completa (preescolar, básica primaria, básica secundaria y media).

El problema radica en la forma de contratación, pues siendo la esencia de los contratos igual (solo cambian las características del contratista) uno se celebra mediante licitación pública y el otro se puede celebrar por contratación directa. Este hecho puede llegar a

transgredir los principios de transparencia y selección objetiva en detrimento de la prestación del servicio público educativo.

2.2.5 Contrato con establecimientos educativos mediante subsidio a la demanda

2.2.5.1 Definición

Es el contrato en virtud del cual la entidad territorial certificada, contrata la atención educativa para estudiantes atendidos previamente mediante contratos de prestación del servicio educativo con establecimientos educativos de carácter no oficial, bajo ciertos supuestos.¹⁴²

2.2.5.2 Objeto

El objeto es contratar la atención educativa de estudiantes que acrediten tener cierta condición socioeconómica según lo defina el MEN¹⁴³, y que venían siendo atendidos mediante contratos de prestación del servicio educativo, en uno de los siguientes establecimientos educativos:

1. No cumplieron con los requisitos para ser habilitado en el Banco de Oferentes 2015, y en ese momento, se encontraba ejecutando un contrato de prestación del servicio educativo, suscrito con una entidad territorial certificada.
2. Hayan sido deshabilitado del Banco de Oferentes en las vigencias 2016 y 2017.¹⁴⁴

¹⁴² Numeral 4 del Artículo 2.3.1.3.1.6 del Decreto 1075 de 2015.

¹⁴³ El artículo 2.3.1.3.6.4 del Decreto 1075 de 2015 establece que el Ministerio de Educación Nacional debe acreditar la condición socioeconómica de los estudiantes beneficiarios utilizando mecanismos previstos por la Nación para identificar a población beneficiaria de subsidios y de programas sociales, como estratificación de inmuebles o como la encuesta Sisbén.

¹⁴⁴ Esto según lo establecido por el parágrafo del artículo 2.3.1.3.3.11.

3. Pertenzca a personas jurídicas a las cuales la entidad territorial certificada haya terminado anticipadamente el contrato de prestación del servicio público educativo.

2.2.5.3 Causal de contratación directa

El artículo 2.3.1.3.6.3 del Decreto 1075 de 2015, acude a la misma causal de contratación directa de prestación de servicios, utilizada para los contratos de prestación de servicio educativo y para los contratos de prestación de servicio educativo con establecimientos educativos no oficiales de alta calidad, explicación a la cual nos remitimos.

2.2.5.4 Partes contratantes

El contratante según el numeral 4 del artículo 2.3.1.3.1.6 del Decreto 1851 de 2015 es una entidad certificada diferente a un departamento, con población proyectada para 2016 sea superior a 300.000 habitantes.

El contratista será una persona jurídica propietaria de un establecimiento educativo no oficial con un percentil superior a 40 en el resultado de los últimos exámenes de Estado Saber en la entidad territorial certificada, donde se vaya a prestar el servicio.¹⁴⁵ Debe precisarse que el contratista no tiene que estar incluido en el Banco de Oferentes, lo cual no es concordante con el principio de selección objetiva inherente a la contratación de la prestación del servicio educativo.

2.2.5.5 Obligaciones

¹⁴⁵ Artículo 2.3.1.3.6.2 del Decreto 1075 de 2015.

El contratante, tendrá como obligación principal presentar la matrícula a ser atendida por el contratista y pagar la remuneración pactada.

Las obligaciones de la parte contratista es decir, el establecimiento educativos donde se subsidiará la demanda, en materia de la prestación del servicio educativo, no están reguladas al detalle en el Decreto 1075 de 2015. En nuestro concepto, deberían asemejarse a las obligaciones de la parte contratista del contrato de prestación del servicio educativo (a las cuales nos remitimos), por ser contratos análogos.

Ahora bien, el Decreto en cuestión estipula que el contratista cumplirá con las obligaciones genéricas de este para todo contrato de prestación de servicios, las cuales ya fueron estudiadas en la parte de aspectos generales de este capítulo.

A parte de estas, el Decreto en cuestión establece que se deberá cumplir con una obligación especial en materia de prestación del servicio educativo, para el contrato acá estudiado, la cual consiste en la nivelación y acompañamiento a los estudiantes beneficiarios de este contrato, por disposición del artículo 2.3.1.3.6.8 del Decreto referenciado, con el objetivo de prestar el servicio en igualdad de condiciones, respecto a los demás estudiantes atendidos por el establecimiento, que no sean beneficiarios de este contrato.¹⁴⁶

Por último, el contratista se obliga especialmente en cuanto al establecimiento educativo a; i. No entrar en régimen controlado, ii. Mantener los requisitos de calidad que motivaron

¹⁴⁶ Artículo 2.3.1.3.6.7 del Decreto 1075 de 2015.

su contratación y iii. Prestar el servicio educativo en la misma infraestructura en donde se presta a los demás estudiantes que no son beneficiarios de este contrato.¹⁴⁷

2.2.5.6 Plazo

El párrafo 1 del artículo 2.3.1.3.6.4 del Decreto 1851 de 2015 impone a la entidad territorial contratante la obligación de garantizar el servicio educativo mediante la celebración de este contrato, a los estudiantes beneficiarios, hasta su graduación de la educación media. Esto implica que el plazo del contrato sea por el plazo de una cohorte educativa completa, es decir, por 12 años.

Este contrato es excepcional y está destinado a atender coyunturas específicas previstas en el artículo 2.3.1.3.6.1. del Decreto 1075 de 2015. Es decir, solamente será procedente su celebración por los supuestos ya estudiados que hacen imposible seguir prestando el servicio educativo con el mismo establecimiento y buscar darle continuidad a la atención de una parte específica de la matrícula pero no entendemos las razones por las cuales esta coyuntura justifica la duración del contrato por 12 años.

Por otra parte, el inciso segundo del mismo párrafo obliga a la entidad estatal contratante a celebrar el contrato con el mismo establecimiento educativo anualmente, siempre que mantenga los requisitos para ser contratista, ya explicados en el aparte de las partes contratantes, al cual nos remitimos.

Esta disposición va en contra del principio de reducción progresiva ya explicado anteriormente, además de contradecir lo dispuesto el espíritu del artículo 2.3.1.3.2.16 del

¹⁴⁷ Artículo 2.3.1.3.6.11 del Decreto 1075 de 2015.

Decreto 1851 de 2015, el cual establece que debe garantizarse la continuidad del servicio educativo, sin implicar ello que la entidad territorial certificada adquiera obligación alguna de prorrogar los contratos o de celebrarlos con el mismo operador, lo cual, en este orden de ideas, tampoco otorga derecho alguno al contratista.

Además, la redacción del párrafo da a entender, que la decisión de contratar con el mismo o cambiar de establecimiento educativo no solamente depende de la entidad contratante si no de la decisión de los padres de familia de los estudiantes beneficiados.¹⁴⁸

La disposición referenciada no establece cuál es el límite de la participación de los padres de familia, por lo tanto, solamente de la lectura de la disposición, se puede sostener que los padres de familia pueden incidir en la celebración de este contrato, haciéndolos blanco de posibles coerciones positivas o negativas por parte de los potenciales contratistas para asegurar su escogencia.

CAPÍTULO IV: CONVENIOS DE ASOCIACIÓN

1. Marco jurídico

1.1 Fundamento constitucional

El inciso primero del artículo 355 constitucional prohibió expresamente los auxilios o donaciones estatales en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.¹⁴⁹ No

¹⁴⁸ El párrafo tiene el siguiente tenor: *“Los contratos referidos en el inciso anterior deberán celebrarse anualmente con el mismo establecimiento educativo siempre y cuando este cumpla con el requisito establecido en el artículo 2.3.1.3.6.2 del presente Decreto y así lo determinen los padres de familia o acudientes. De lo contrario, la entidad territorial certificada deberá contratar en la vigencia siguiente el servicio educativo con otro establecimiento que se encuentre registrado en la plataforma virtual de que trata el artículo 2.3.1.3.6.5 del presente Decreto, a elección de los padres de familia o acudientes.”* (Subrayado fuera de texto)

¹⁴⁹ Esta prohibición no es absoluta, el Consejo de Estado en pronunciamiento del 24 de febrero de 2005, explicó que el artículo constitucional en cuestión no elimina los subsidios, ayudas o estímulos económicos,

obstante, el inciso segundo consagró la posibilidad de celebrar contratos por parte del Gobierno (en cualquier nivel) con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo¹⁵⁰.

La doctrina se ha pronunciado sobre el propósito del artículo constitucional en los siguientes términos: *“El propósito es permitir que ciertos sujetos de derecho privado que desarrollan actividades beneméritas en el campo científico, cultural, educativo o de solidaridad social y humano, puedan recibir apoyo estatal, pero sometidos a mecanismos de verificación del destino dado a los recursos y a las modalidades de su ejecución, inherentes a la contratación pública, evitando así que desvirtúe su función hasta convertirse en una herramienta de proselitismo político, de beneficio individual o de despilfarro de dineros públicos como aconteció en años anteriores.”*¹⁵¹

El fin del artículo constitucional es entonces continuar con el apoyo de las Entidades Estatales a actividades benéficas en el nuevo marco constitucional que prohíbe los auxilios parlamentarios.¹⁵² Por su parte la Corte Constitucional¹⁵³ se ha pronunciado

estos subsisten cuando obedecen al cumplimiento de deberes o principios de rango constitucional, un ejemplo de ello son los subsidios a las personas de menores ingresos para el pago de las tarifas de servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas (artículo 368 constitucional).

¹⁵⁰ Los programas y/o actividades de interés público objeto de los contratos deban ser acordes al Plan de Desarrollo respectivo, en cuanto a sus objetivos, metas y gastos.

¹⁵¹ Lleras de la Fuente, Carlos; Arenas Campos, Carlos Adolfo; Hernández Becerra, Augusto; Charry Urueña, Juan Manuel (1992) Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia. 586 y 587. Obra citada en la Sentencia C-324 de 2009 de 13 de mayo de 2009 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez. Aparte citado en la página 4 de la Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Colombia Compra Eficiente. G-GESAL-02.

¹⁵² Página 4. Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Colombia Compra Eficiente. G-GESAL-02.

¹⁵³ Sentencia C-254/96

afirmando que el fin del artículo, más allá de prohibir los auxilios parlamentarios¹⁵⁴, es crear mediante la celebración del convenio un control previo y posterior al destino y a la ejecución de los recursos públicos destinados a las actividades de interés público.

1.2 Marco legal y reglamentario

El último inciso del artículo 355 constitucional ordenó al Gobierno Nacional reglamentar la materia. Con base en tal facultad, se expidió el Decreto 777 de 1992, posteriormente modificado por el Decreto 1403 del mismo año.

En vigencia de este régimen algunos de los convenios celebrados fueron mal utilizados, pues su propósito real era: i. evitar realizar los procesos de selección dispuestos por el Estatuto General de Contratación Pública, ii. pactar contraprestación directa para la entidad estatal contratante, y iii. tercerizar la ejecución del contrato, es decir, la entidad sin ánimo de lucro subcontractaba con otra entidad que sí tuviera la aptitud que ella no tenía para desarrollar el objeto del convenio suscrito (Valdivieso Valdivieso, 2015).¹⁵⁵

¹⁵⁴ La Sentencia C 1168 de 2001 hace un recuento sobre la práctica de los auxilios parlamentarios, concepto que hacía referencia a las partidas que eran aprobadas en el presupuesto, destinadas al fomento de empresas útiles o benéficas, basándose en el artículo 76 de la antigua Carta Política de 1886. Esta figura fue utilizada para el reparto de recursos públicos con criterios subjetivos y arbitrarios, lo cual conllevó a la no utilización de estos en actividades de interés público.

¹⁵⁵ Este autor realizó una investigación para responder si los convenios de interés público se podían considerar como abusivos per se, desde su configuración legal, por ser un medio de elusión de los procesos de selección de la contratación pública. Con este fin analizó cinco casos de connotación nacional de lo que considera como modalidades abusivas del convenio de interés público por las infracciones legales que implicaron. Así las cosas, una de las conclusiones a las que llegó el autor luego de analizar los cinco casos referidos, de mano con los fallos emitidos por la Procuraduría al respecto, fue que las modalidades abusivas de los convenios de interés públicos se reflejaban y resumían en las tres conductas referenciadas. Washington Omar Valdivieso Valdivieso. De los contratos con entidades sin ánimo de lucro previstos en el artículo 355 de la Constitución Política. Un estudio sobre las modalidades abusivas. Universidad Católica de Colombia. 2015. El artículo académico se puede encontrar en el siguiente link: <http://hdl.handle.net/10983/2263>

De igual forma el Gobierno a través de la Secretaría de Transparencia, advirtió que los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro (de ahora en adelante ESAL) celebrados directamente, representaron en el año 2014 el 21% de la contratación de las Gobernaciones por un monto de 1,2 billones de pesos.

En esa oportunidad el Gobierno también denunció la existencia de creación de ESAL fachada, con el propósito de celebrar convenios que les permitieran apropiarse de los recursos de regalías¹⁵⁶, así como financiar campañas electorales.¹⁵⁷

Por ello en el año 2017 el Gobierno Nacional decidió cambiar el régimen de los convenios de asociación mediante la expedición del Decreto 92 de 2017, con el objetivo de frenar la utilización de este mecanismo para perpetrar conductas corruptas.

El artículo 1° del Decreto 92 remite a la Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad expedida por Colombia Compra Eficiente (de ahora en adelante Guía) para complementar sus disposiciones, pues esta desarrolla muchos conceptos contemplados en el Decreto.

La Guía en el literal A. sobre el ámbito de aplicación del Decreto 092 de 2017 establece:

¹⁵⁶ Dentro de estos escándalos figuran las anomalías presentadas en el manejo de recursos del Sistema General de Regalías de Córdoba por parte del ex gobernador de este departamento. Se estima que la malversación de recursos asciende y supera los 10.000 millones de pesos, siendo canalizados mediante la celebración de convenios con entidades sin ánimo de lucro en su periodo de gobierno, 2012-2015.

¹⁵⁷ Así lo expresó el entonces Secretario de Transparencia Camilo Enciso, en entrevista: *“La gran preocupación que tenemos es que esos departamentos están contratando con fundaciones que en Colombia no son sujeto de vigilancia seria y real por parte de ningún órgano de supervisión y control, y, además, tenemos conocimiento de que en varios departamentos se están realizando contrataciones con este tipo de fundaciones que en muchas ocasiones son controladas por políticos que utilizan esas fundaciones para apropiarse de recursos que después terminan pagando campañas electorales.”* La entrevista se puede encontrar en el siguiente link: <https://www.elheraldo.co/nacional/politicos-usan-fundaciones-fantasmas-para-pagar-campanas-electorales-camilo-enciso-vanegas>

“El Decreto 092 de 2017 fue expedido en virtud de la autorización contenida en el artículo 355 de la Constitución Política y su aplicación está restringida a: (i) la contratación con entidades sin ánimo de lucro para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los respectivos planes de desarrollo y (ii) la contratación a la cual por expresa disposición del legislador le es aplicable este régimen, como el caso del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.¹⁵⁸”

Añade que es aplicable la regulación a toda la contratación del Gobierno, en todos sus niveles, con ESAL independientemente de los recursos utilizados, es decir, se aplica a la contratación que afecte recursos del Sistema General de Participaciones, del Sistema General de Regalías, de recursos propios de la Entidad Estatal y con cargo a recursos provenientes de otra Entidad Estatal transferidos en virtud de un convenio interadministrativo.¹⁵⁹

El marco legal y regulatorio general de los convenios de asociación se compone entonces de las previsiones contenidas en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, el Decreto 92 de 2017, que desarrolla el artículo 355 constitucional y la Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad expedida por Colombia Compra Eficiente.

¹⁵⁸ El artículo 96 de la Ley 489 de 1998 dispone que las entidades estatales pueden asociarse con personas jurídicas particulares en dos modalidades, celebración de convenios y constitución de personas jurídicas. Los convenios por remisión del inciso segundo del artículo en cuestión deben estar a lo dispuesto en el artículo 355 constitucional y su reglamentación.

¹⁵⁹ Página 21. Literal D) Reflexiones adicionales. Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Colombia Compra Eficiente. G-GESAL-02. En nuestro concepto esta precisión es producto de los esquemas de corrupción ya mencionados, en virtud de los cuales mediante la celebración de estos convenios había una apropiación de los recursos del Sistema General de Regalías, entre otros.

2. Tipos de convenios celebrados por entidades estatales con entidades sin ánimo de lucro

Dos son los principales tipos de convenios que pueden celebrar las entidades estatales con las ESAL, el primero al cual nos referiremos como convenio de interés público (denominación de autoría de Chávez Marín), al que hace referencia el artículo 355 constitucional, y el segundo al cual nos referiremos como convenio de asociación, regulado por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

El artículo 96 de la Ley 489 de 1998 contiene dos formas de asociación, una consistente en la suscripción del convenio, mientras que la otra implica la creación de una persona jurídica mixta. No obstante, como ya referimos en el ámbito de aplicación de la Guía, solamente la primera forma, la suscripción de un convenio de asociación, comparte la regulación constitucional y reglamentaria contenida en el artículo 355, aplicable a los convenios de interés público.

Nos centraremos entonces en el estudio de estos dos convenios que comparten regulación constitucional y reglamentaria, sin entrar a estudiar en este capítulo la modalidad de asociación contemplada en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 consistente en la creación de una persona jurídica mixta.

Como ya se había referido, el convenio de asociación fue protagonista en diferentes escándalos de corrupción, bajo el régimen del Decreto 777 de 1992. Así las cosas, el objetivo de este capítulo es estudiar la nueva reglamentación contenida en el Decreto 92 de 2017, que promete ser una herramienta para frenar los fraudes al erario, resaltando las diferencias que tiene respecto al Decreto 777, y comentando la conveniencia, oportunidad

y practicidad de sus disposiciones, teniendo en cuenta los anteriores casos de corrupción, para analizar la eficacia del cambio normativo para luchar contra la corrupción.

2.1 Convenios de interés público

2.1.1 Definición

Chávez Marín define los convenios de interés público así: “*Acuerdo de voluntades celebrado por la Nación, departamentos, distritos, municipios o alguna de sus entidades descentralizadas, con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro,¹⁶⁰ con el objeto de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo, sometido a la reglamentación especial expedida por el Gobierno Nacional.*” (Marín, Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual , 2012)

2.1.2 Objeto

El objeto del convenio es, en los términos del artículo 355 constitucional, el impulso de programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo.¹⁶¹

¹⁶⁰ El mismo autor señala que las Entidades Sin Ánimo de Lucro se caracterizan por que no tienen como propósito el reparto de utilidades, si no la realización de actividades de beneficencia pública, utilidad común, interés público o social.

¹⁶¹ La Guía exige que el objeto del convenio tenga una conexión expresa y clara con la actividad o programa del Plan de Desarrollo previsto a desarrollar por el convenio, así: “*El objeto debe tener una conexión expresa y clara con el programa previsto en el plan de desarrollo. Si esta condición no se cumple el Proceso de Contratación no debe adelantarse en el marco del artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017.*”

Sin embargo, el literal a) del artículo 2° del Decreto 92 de 2017 restringe el objeto del convenio exclusivamente a promover los derechos de personas en situación de discapacidad manifiesta o indefensión, los derechos de minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y promoción de la diversidad étnica colombiana.

Entonces, de acuerdo con el reglamento, las entidades estatales solo pueden suscribir estos convenios si tienen como objeto alguno de los mencionados en el párrafo precedente, y en esta medida, sobre este debe demostrarse la conexión con los programas y actividades de interés público del plan de desarrollo correspondiente. Tal reglamentación supone una restricción al objeto de los convenios no prevista en la constitución en forma expresa, que aunque puede considerarse positiva en términos de evitar el uso indebido de estos convenios, genera dudas sobre un posible uso excesivo de la facultad reglamentaria. Al respecto debe recordarse que para parte de la doctrina y la jurisprudencia, los decretos que se expidan por parte del Gobierno Nacional en ejercicio de facultades especiales derivadas directamente de la constitución, y no en ejercicio de la facultad reglamentaria contemplada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional, son formalmente actos administrativos pero con fuerza material de ley. Según esa posición no podría predicarse exceso de la facultad reglamentaria.

Debe precisarse que el impulso al cual hace referencia el artículo es sobre programas y actividades de interés público de iniciativa de la entidad sin ánimo de lucro como parte del convenio a celebrar. El objeto del convenio es la financiación de la entidad sin ánimo de lucro bien sea para el desarrollo de una actividad propia u ordinaria de esta, o para el

desarrollo de un proyecto de su iniciativa, que necesitan financiación para su desarrollo o ejecución, que el Estado puede brindar. (Marín, Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual , 2012)

Por oposición, el convenio no puede versar sobre actividades de la entidad estatal sin perjuicio de convertirse en un convenio de asociación, modalidad a estudiar en el numeral 2.2 de este capítulo. La no diferenciación de estos convenios puede conllevar implicaciones penales para el servidor público por contratación sin cumplimiento de requisitos legales.¹⁶²

Precisamente los programas o proyectos a realizar deben ser acordes con los planes de desarrollo, lo que no significa que tales convenios sean instrumentos de ejecución de proyectos propios de la entidad estatal, pues esto supondría que mediante el convenio de asociación se están realizando funciones de la entidad estatal contratante. Esta afirmación se ve reflejada en la decisión de la Personería de Bogotá de destituir e inhabilitar al ex alcalde local de Kennedy por celebrar en 2009 un convenio de interés general para desarrollar tres proyectos del Plan de Desarrollo Local dirigidos a recuperar el medio ambiente.¹⁶³

¹⁶² Este es el caso de una ex alcaldesa de Usaquén, condenada penalmente este año por contratación sin cumplimiento de requisitos legales, donde la Fiscalía argumentó que la alcaldía suscribió un convenio de interés general, donde la propuesta la presentó la entidad territorial y no la ESAL. Se ha considerado la condena polémica pues la ex alcaldesa argumentó no tener un interés económico de por medio con la suscripción de estos convenios, incluso se tildó la condena como resultado de una discusión legal, no obstante, a través del capítulo se van a dilucidar las diferencias entre los dos tipos de convenios, por lo cual su mezcla o equivocación, conllevan a regímenes y resultados diferentes. La noticia completa se puede consultar en este link: <http://www.semana.com/nacion/articulo/condena-a-julieta-naranjo-alcaldesa-local-de-usaquen-en-bogota/532065>

¹⁶³ La noticia se puede encontrar en el siguiente link: <http://www.semana.com/nacion/articulo/destituido-inhabilitado-exalcalde-local-de-kennedy/378823-3>

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 25 de septiembre de 2008, desarrolló los componentes del objeto de los convenios de interés público, concluyendo que estos deben impulsar programas y actividades de interés público, acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo, ser concordantes con el objeto social de la entidad sin ánimo de lucro, el gasto del convenio debe estar presupuestado (principio de la legalidad del gasto) y debe existir un mandato constitucional que lo autorice.

2.1.3 Partes

El mismo pronunciamiento del Consejo de Estado traído a colación en el párrafo precedente, divide las partes del contrato entre sujetos públicos y sujetos privados, las enlista de la siguiente manera: Sujetos públicos según el art. 355 de la Carta: La Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios. Sujetos privados: entidad sin ánimo de lucro privada y de reconocida idoneidad.

Bajo el Decreto 777 de 1992 estos convenios podían ser suscritos por establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta. Ahora bien, el Decreto 92 de 2017 hace referencia a las Entidades Estatales del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal, por lo cual solamente las entidades públicas pertenecientes a la rama ejecutiva están autorizadas a suscribir estos convenios.

La definición de entidad estatal de la Guía¹⁶⁴ es lo suficientemente amplia como para incluir a todas las entidades del sector central y del sector descentralizado que hacen parte

¹⁶⁴ La Guía define así a las entidades estatales: “*Los ministerios, departamentos administrativos, y demás instituciones que hacen parte del gobierno nacional, los departamentos, el distrito capital, los distritos y*

del Gobierno en todos sus niveles. Por esta razón, bajo la reglamentación del Decreto 92, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, debe entenderse que continúan habilitadas para celebrar estos convenios.

Respecto al sujeto privado, entidad sin ánimo de lucro privada y de reconocida idoneidad, la Guía dice que puede ser nacional o extranjero siempre que desarrolle sus proyectos en el territorio nacional.

Sobre el carácter privado que debe tener la entidad sin ánimo de lucro parte en este tipo de convenios, cabe precisar que este se predica de la naturaleza de la entidad y no de su régimen. Es decir, el requisito no se cumple si la entidad por estar sometida la entidad sometida a derecho privado, pues la naturaleza de la entidad como entidad sin ánimo de lucro deviene de su creación y de la composición de su patrimonio.¹⁶⁵ (Marín, Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual , 2012)

municipios, las demás entidades territoriales creadas o autorizadas por la ley, acuerdo u ordenanza, que hacen parte de los gobiernos departamentales, distritales y municipales.”

¹⁶⁵ La Corte se refiere en este punto a la entidad sin ánimo de lucro mixta con participación estatal mayoritaria, que es considerada como entidad estatal en los términos del artículo 2, ordinal 1, literal a. de la Ley 80 de 1993 el cual dispone que se entiende como entidad estatal a toda entidad descentralizada indirecta y a cualquier persona jurídica donde haya participación estatal mayoritaria, entendiéndose como tal a una participación pública superior al 50%. La Sentencia C-230 de 1995 explicó la naturaleza jurídica de estas entidades y el régimen que tienen, así: “*Por no ser de creación legal las asociaciones y fundaciones de participación mixta se las considera bajo la denominación genérica de entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado, y están sometidas al mismo régimen jurídico aplicable a las corporaciones y fundaciones privadas, esto es, a las prescripciones del código civil y demás normas complementarias.*” (Negrillas extra textuales) Acto seguido explica que por esta calificación se aplican las reglas y principios de la contratación de la administración pública a su actuación así como es aplicable a los representantes de estas entidades, el régimen de responsabilidades de un servidor público; lo cual no implica que se modifique la naturaleza de las entidades, o que se modifique la situación particular laboral de los representantes, pues esta clasificación solamente se consagró con fines de control, manejo y responsabilidad de inversión de los recursos públicos involucrados o utilizados en la contratación de estos entes. Por esto, a nuestra consideración, la Corte hace esa diferenciación si se tiene en cuenta que las entidades sin ánimo de lucro mixtas también se rigen por las disposiciones del Código Civil, y, por tanto, tendrían un régimen privado, lo cual no cambia su naturaleza mixta.

Por lo anterior, los convenios acá estudiados no se pueden celebrar con entidades públicas, lo cual no obsta para que estas entidades por medio de otro instrumento, el cual no se someterá al régimen de los convenios acá estudiados, celebren compromisos para impulsar programas acordes con los planes de desarrollo.

Pero además de ser necesaria la naturaleza privada de la ESAL debe acreditarse su reconocida idoneidad. Una entidad es de reconocida idoneidad en los términos del artículo 3° del Decreto 92 de 2017 cuando tiene experiencia y ésta es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades objeto del convenio, lo cual debe reflejarse en el objeto de la entidad sin ánimo de lucro.

Las características por acreditar de la ESAL serán las que defina la entidad estatal en los documentos del proceso,¹⁶⁶ en todo caso deberán seguir las pautas y criterios establecidos en la Guía, la cual supedita la idoneidad de la entidad sin ánimo de lucro a la acreditación de:

¹⁶⁶ La Guía para la contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad de Colombia Compra Eficiente, define los documentos del proceso para efectos del Decreto 92 de 2017, así: *“Documentos del Proceso: Son (a) los estudios y documentos elaborados en la etapa de planeación; (b) los documentos en los cuales la Entidad Estatal establece los términos y condiciones para seleccionar la entidad privada sin ánimo de lucro cuando hay lugar a competencia de acuerdo con el artículo 4 del Decreto 092 de 2017; (c) la explicación que contenga la correspondencia entre las Entidades Estatales y las entidades privadas sin ánimo de lucro interesadas en el Proceso de Contratación sobre el mismo; (d) las ofertas presentadas por las entidades privadas sin ánimo de lucro cuando hay lugar a competencia de acuerdo con el artículo 4 del Decreto 092 de 2017; (e) los informes de evaluación de las ofertas cuando hay lugar a competencia de acuerdo con el artículo 4 del Decreto 092 de 2017; (f) el contrato y sus modificaciones; (g) los subcontratos que suscriba la entidad privada sin ánimo de lucro para ejecutar el objeto del contrato que desarrolla el programa o actividad prevista en el plan de desarrollo; (h) los documentos que recojan información sobre la ejecución del programa o actividad del plan de desarrollo por parte de la entidad privada sin ánimo de lucro; e (i) cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación. Así las cosas, toda referencia que se haga en el presente capítulo a los documentos del proceso, debe entenderse según esta definición.”*

- La correspondencia entre el objeto social de la entidad privada sin ánimo de lucro y el programa o actividad prevista en el Plan de Desarrollo correspondiente.
- La capacidad del personal de la entidad: debe acreditarse el equipo misional, técnico y administrativo necesario para cumplir con el convenio, así como acreditar la adaptabilidad de la entidad midiendo su capacidad de vincular y entrenar rápidamente nuevo personal.
- La experiencia de la entidad: está asociada al éxito que ha tenido la entidad en el desarrollo o ejecución de programas afines al objeto del convenio a suscribir. Debe ser proporcional a las condiciones de complejidad del proyecto identificando la cantidad de recursos comprometidos y los riesgos¹⁶⁷ de su desarrollo. Puede aportarse también la experiencia de los fundadores de la entidad o de la matriz o grupo del cual la entidad contratante sea subordinada.
- La estructura organizacional de la entidad: hace referencia al gobierno corporativo de la entidad (v.g. organización de procedimientos, manejo de información, etc.), la entidad estatal debe buscar acreditar la estructura organizacional de la entidad sin ánimo de lucro, atendiendo al objeto del convenio.
- Los indicadores de eficiencia de la organización: dirigidos a demostrar la cantidad de gastos que utiliza la entidad sin ánimo de lucro en su funcionamiento y la

¹⁶⁷ Toda referencia que se haga a los riesgos debe entenderse según la definición de este término que proporciona la Guía: “*Evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del programa o actividad prevista en el plan de desarrollo que desarrolla la entidad privada sin ánimo de lucro en virtud de un contrato no conmutativo.*” Cabe resaltar que los convenios de interés público van dirigidos a poblaciones con problemas sociales graves, por lo cual Rodríguez Tamayo resalta que las condiciones sociales, culturales, económicas, de inseguridad y de acceso a la población pueden obstaculizar el cumplimiento de las metas del proyecto, por lo cual son un riesgo a tener en cuenta.

capacidad y eficiencia de la entidad sin ánimo de lucro para conseguir financiación privada.

- La reputación¹⁶⁸ de la entidad: La entidad sin ánimo de lucro debe contar con un reconocimiento público manifiesto en los términos del artículo 355 constitucional. Se acredita una buena reputación de la entidad revisando que los administradores de la entidad no estén en la categoría de personas políticamente expuestas¹⁶⁹ y revisando también sus antecedentes fiscales, disciplinarios y penales. La verificación de antecedentes también debe hacerse con el personal clave de la entidad. Debe igualmente revisar la trayectoria y desempeño de la entidad en la ejecución de proyectos similares.

La idoneidad de la ESAL se valora teniendo en cuenta sus atributos, se busca entonces que la entidad estatal considere los aspectos de la Guía reseñados anteriormente y los fije para cada caso específico fundamentando su relación con el objeto del proceso de contratación, su complejidad y la cantidad de recursos comprometidos por la Entidad Estatal.¹⁷⁰

¹⁶⁸ En los términos de la Guía “(...) *la reputación es un elemento subjetivo que consiste en la representación mental colectiva sobre las acciones y resultados obtenidos en el pasado por una persona u organización que describe su habilidad para entregar los resultados deseados.* La Guía toma esta definición del siguiente trabajo: Gardberg, N. A., & Fombrun, C. J. (2002). The global reputation quotient project: First steps towards a cross-nationally valid measure of corporate reputation. *Corporate Reputation Review*, 4(4), 303.

¹⁶⁹ La Guía utiliza este término para referirse al “*tipo de personas que desempeñan o desempeñaron cargos públicos, o bien ejercen otras actividades de dirección y de definición de políticas y por esto puede haber conflictos de interés.*” Este término es extraído de Las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional Estándares Internacionales sobre la Lucha Contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación -GAFI- (2012).

¹⁷⁰ Página 12, numeral IV. Determinación de la reconocida idoneidad de la entidad sin ánimo de lucro. Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Colombia Compra Eficiente. G-GESAL-02.

Este fue uno de los mayores cambios incorporados por el Decreto 92 de 2017 respecto a la anterior reglamentación, pues el Decreto 777 de 1992 no desarrollaba los componentes que certificaran la reconocida idoneidad de la ESAL, por lo cual esta decisión quedaba a total discrecionalidad de la entidad estatal, quien tenía que justificar la idoneidad y certificarla por medio un acto administrativo expedido por ella misma. Contribuye a la verificación de la idoneidad de la ESAL la publicidad que sobre su situación financiera y capacidad jurídica debe realizar la entidad.¹⁷¹

Un problema recurrente en los casos de prácticas corruptas a través de los convenios de asociación presentado bajo el anterior régimen fue la laxitud de las entidades estatales en la calificación de la idoneidad de la ESAL.

A manera de ejemplo se traen a colación los siguientes casos, a la ex alcaldesa menor de Bosa, la Fiscalía le imputo cargos, acusándola de celebrar 72 convenios de manera directa entre el 2013 y 2015 por más de 22 mil millones con ESAL no idóneas, pues no tenían personal de planta ni programas o proyectos a desarrollar,¹⁷² y en el municipio de Orito – Putumayo, un alcalde suscribió un convenio con una Fundación para prestar el servicio de salud oral a madres gestantes en el marco del programa de atención primaria en salud en el área urbana para la disminución de la mortalidad infantil y materna, sin tener en

¹⁷¹ En consulta 42201714000000502 a Colombia Compra Eficiente, esta entidad indicó que en el formulario para la ESAL se debe registrar: i. la existencia y representación legal de las personas jurídicas, ii. Estados financieros auditados y iii. Indicadores de capacidad financiera y organizacional (índice de liquidez, índice de endeudamiento y razón de cobertura de intereses). Obra citada por Rodríguez Tamayo en la página 67.

¹⁷² La noticia puede consultarse en el siguiente link: <https://www.elspectador.com/noticias/judicial/alcaldesa-de-bosa-no-acepto-cargos-proceso-irregularidad-articulo-603515>

cuenta que el objeto social de la fundación era ofrecer respuestas al problema del alcoholismo y la farmacodependencia, no prestar servicios de salud.¹⁷³

2.1.4 Régimen

Los convenios de interés público se rigen por el artículo 355 constitucional y la reglamentación especial del Decreto 92 de 2017, en conjunto con la Guía.

Esto no excluye la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública para estos convenios, pues el artículo 8° del Decreto dispone que las normas generales del Estatuto son aplicables siempre y cuando no contravengan las disposiciones del régimen especial que tienen. Esta fue una claridad introducida por la nueva reglamentación, pues antes solamente se aplicaban las normas de contratación pública en materia de cláusulas exorbitantes, pero en muchos casos los operadores jurídicos consideraban que el régimen de los convenios de asociación era privado.

El artículo 10° del mismo Decreto enfatiza en la aplicación de las disposiciones del Estatuto en materia de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades,¹⁷⁴ principios de la contratación estatal, normas presupuestales¹⁷⁵ y publicación en el SECOP.¹⁷⁶ Por otra

¹⁷³ Procuraduría General de la Nación. Procuraduría primera delegada para la contratación estatal. Radicación No. IUC-D-2011-98-353792. Alcaldesa de Orito Putumayo y otros. junio 8 de 2012.

¹⁷⁴ Artículo 6°. Decreto 92 de 2017.

¹⁷⁵ Artículo 7°. Decreto 92 de 2017.

¹⁷⁶ Artículo 9°. Decreto 92 de 2017. Como se va a estudiar en los convenios de asociación, la publicación en SECOP incluye también los contratos que la entidad sin ánimo de lucro suscriba en desarrollo del objeto contratado, lo que se puede definir como sub-contratación, datos de existencia y representación legal de la entidad sin ánimo de lucro e información sobre los pagos realizados en ejecución del convenio. Sobre este aspecto, si bien el SECOP es una herramienta útil para materializar el principio de transparencia, no compartimos la aseveración que hace el autor Rodríguez Tamayo en su libro *Contratación pública con entidades sin ánimo de lucro*, cuyo tenor es el siguiente: “*La otra nueva función que debe cumplir Colombia Compra Eficiente, atañe al registro de todas las ESAL, pues todos los requisitos e indicadores para demostrar la idoneidad, como experiencia, eficacia, eficiencia, economía y manejo del riesgo y los otros, deberán constar en dicho registro. Cumplirá dicha agencia estatal con una delicada e importantísima tarea*

parte excluye a las entidades sin ánimo de lucro de la obligación de inscribirse en el Registro Único de Proponentes – RUP.

2.1.5 Requisitos previos a la celebración de los convenios de interés general

El artículo 2° del Decreto 92 de 2017 enlista y desarrolla las condiciones que debe certificar la entidad estatal para poder celebrar el convenio de interés general: i) la correspondencia del objeto del convenio con los programas y actividades de interés público previstos en el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo con los cuales se busque exclusivamente promover los de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de minorías, el derecho a la educación, derecho a paz, manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y promoción de la diversidad étnica colombiana,¹⁷⁷ ii) la no conmutatividad del convenio, lo cual implica a su vez certificar la inexistencia de dos cosas: - de contraprestación directa a favor de la entidad contratante y - de instrucciones precisas dadas por la entidad contratante al contratista¹⁷⁸ e iii)

para certificar si una ESAL cuenta o no con la idoneidad suficiente para acceder a la subvención estatal para el desarrollo de un programa de interés público.” La plataforma del SECOP la desarrolla y facilita Colombia Compra Eficiente, para la utilización de las entidades estatales, en ninguna forma entra ella a verificar que los documentos sean verídicos, su función se limita a guiar a los usuarios en su utilización, pero no tiene la potestad de hacer un control sobre los documentos que en la plataforma reposan. No obstante, no puede desconocerse la importancia y utilidad de esta plataforma para el seguimiento que compete a los órganos de control.

¹⁷⁷ Esto en consonancia con la limitación del objeto de este convenio explicada en el numeral 2.1.2 de este documento.

¹⁷⁸ La Guía cuando explica la no conmutatividad del contrato afirma, “*El contrato suscrito en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017 no genera cargas equivalentes o recíprocas y por tanto la Entidad Estatal contratante no instruye a la entidad privada sin ánimo de lucro para desarrollar los programas o actividades previstas*”. Así mismo Rodríguez Tamayo se pronunció sobre la causa de la prohibición: “*Tal prohibición, está dirigida por un lado a reconocer la autonomía, especialidad e idoneidad de la ESAL y por otro, a evitar que el Estado utilice este mecanismo contractual para proveerse de bienes, obras o servicios en las que la ESAL adquiera la condición ordinaria de contratistas. La ESAL es un aliado del ente público aportante y no un simple contratista.*”

inexistencia de oferta¹⁷⁹ en el el mercado del bien, obra o servicio requerido para la estrategia y política del Plan de Desarrollo, objeto del convenio, distinta de la ofrecida por la entidad sin ánimo de lucro

Por su parte los documentos del proceso de la entidad contratante deben contener: la justificación de la contratación¹⁸⁰, la acreditación de los requisitos específicos¹⁸¹ y la autorización del representante legal de la entidad para suscribir el convenio.

Los elementos nuevos introducidos por el Decreto 92 de 2017 se pueden resumir en la exigencia de inexistencia de la oferta en el mercado con ánimo de lucro y la justificación de la contratación. La inexistencia de la oferta se enfoca en la excepcionalidad de la celebración de estos convenios, pues limita bastante su procedencia teniendo en cuenta la

¹⁷⁹ La oferta debe ser distinta a la oferta de las entidades sin ánimo de lucro por disposición del literal c) del mismo artículo. Es decir que no debe existir oferta requerida en el mercado común y de haberla, la entidad debe demostrar que es mejor contratar con entidades sin ánimo de lucro en términos de optimización de recursos públicos. (Página 12, Guía)

¹⁸⁰ La justificación de la contratación con la entidad sin ánimo de lucro, debe ser en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo de la contratación. La Guía de Colombia Compra Eficiente describe cuáles son las condiciones fácticas que llevan a la entidad sin ánimo de lucro a ser el mejor aliado para el Estado ,y no los oferentes competitivos, en materia de atención de la población, pues cuando se configuran la entidad adquiere ventaja en materia de eficiencia y eficacia: “ Ellas se presentan, cuando (i) es difícil pactar de manera precisa y determinable los resultados del contrato, esta situación se presenta cuando los resultados esperados del contrato tienen apreciaciones sobre la calidad o satisfacción de la población; (ii) los usuarios y la Entidad Estatal tienen dificultades para determinar la calidad del servicio prestado, evento que se presentan en servicios dónde el prestador cuenta con un conocimiento especializado que no es fácilmente adquirible por los beneficiarios¹¹ y (iii) el proveedor privado cuenta con incentivos para reducir costos en detrimento de los ciudadanos.” Esta aseveración proviene de la siguiente fuente doctrinal: Hart, O., Shleifer, A., & Vishny, R. W. (1997). The proper scope of government: theory and an application to prisons. *The Quarterly Journal of Economics*, 112(4), 1127-1161.

¹⁸¹ No sobra resaltar que la falta de acreditación de estos requisitos imposibilita la celebración del convenio. Así lo aseveró la Procuraduría en fallo de segunda instancia del 18 de abril de 2013 contra el Secretario de Educación y Cultura del departamento del Tolima en el 2007: “*Dicho en otras palabras, esta modalidad de contratación es viable únicamente en la medida que se satisfagan la totalidad de los requisitos normativos, puesto que de otra forma deben sujetarse a las reglas generales de contratación, garantizando la competencia entre los posibles oferentes.*”

amplitud del mercado con ánimo de lucro, mientras que la justificación de la contratación se constituye en un elemento de control de los servidores públicos.

La no conmutatividad del convenio era una de las características de este tipo de convenios bajo el régimen de del Decreto 777 de 1992 que se mantiene hasta hoy con el nuevo régimen. El convenio no puede ser conmutativo porque las prestaciones no son equivalentes.¹⁸² La administración aporta recursos para el desarrollo de un proyecto cuyo fin es tutelar el interés general,¹⁸³ no para atender sus propias necesidades mediante la contratación de obras, bienes o servicios (Rodríguez Tamayo, 2017).¹⁸⁴ En esta medida la obligación del contratista es la satisfacción de las necesidades de la comunidad beneficiada y atendida en desarrollo del convenio a celebrarse.

La conmutatividad supone la existencia de contra prestación directa para la entidad pública, lo cual hace posible la celebración del contrato con personas con ánimo de lucro

¹⁸² El Consejo de Estado en pronunciamiento del 25 de septiembre de dos mil ocho (2008) lo explicó así: *“En efecto, dichos contratos según lo dispuso el constituyente, se estructuran bajo la idea de que lo que se busca realmente es una suerte alianza de fuerzas, públicas y privadas, para lograr un mismo propósito, donde en veces el sector público podrá aportar todo el dinero mientras la parte privada sin ánimo de lucro aportará la experiencia o el personal o las instalaciones o viceversa, según sea el caso. Así, **no podría darse un contrato conmutativo, en el cual se advierta un intercambio o venta de bienes o servicios, sino un convenio para colaborar en el cumplimiento de sus misiones, lo que se permite al coincidir el objeto social del privado que actúe sin ánimo de lucro con la actividad que el Estado quiere impulsar.**”* (negrilla extratextual)

¹⁸³ La contratación pública en general favorece al interés general, por tanto, el criterio diferenciador del objeto del convenio de interés general no es claro. Nos acogemos al criterio de relación causa a fin del autor Rodríguez Tamayo, quien lo explica de la siguiente manera: *“La contratación de una obra, la adquisición de bienes o la contratación de servicios que, aunque favorece el interés general, no está íntimamente relacionada con una actividad o un programa de interés público – relación causa a fin –, deberá tramitarse bajo las reglas generales del sistema de contratación pública y no del Decreto 92 de 2017.”*

¹⁸⁴ La Guía tiene la misma explicación de la no conmutatividad del convenio: *“Ese tipo de relación jurídica no puede ser descrita como conmutativa porque la Entidad Estatal, alcanza sus objetivos de política pública pero no recibe ni adquiere bienes o servicios ni ejecuta obras o para sí misma: lo que hace es financiar a un tercero (la entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad) para que realice las actividades en beneficio de una comunidad.”*

según las normas de contratación vigentes. Esto quiere decir que, de haber conmutatividad en el acuerdo de voluntades a suscribir, se aplican entonces las disposiciones del Estatuto General de Contratación Pública y no las disposiciones del régimen especial de estos convenios.¹⁸⁵

Como se advirtió anteriormente, las entidades estatales aprovechándose del régimen especial de convenios los convenios del artículo 355 constitucional, específicamente de su posibilidad de ser celebrados en forma directa, suscribían acuerdos de voluntades dándole la apariencia de convenios de interés público, pero con el fin real de adquirir de manera directa, a través de la ESAL contratada, bienes y servicios necesarios para su actividad, pactando así una contraprestación directa en favor suyo. Por ejemplo, la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima suscribió un convenio de este tipo con el objeto de desarrollar el proyecto de implementación de un sistema regional de evaluación para el departamento del Tolima, pero con el fin real de adquirir materiales para las pruebas Saber e ICFES.¹⁸⁶

¹⁸⁵ En el literal A. de la Guía, sobre el ámbito de aplicación del Decreto 92 de 2017, se explica de la siguiente manera: “El ámbito de aplicación del Decreto 092 de 2017 obedece a la excepcionalidad del tipo de contratación a la que hace referencia el artículo 355 de la Constitución Política y no a la naturaleza jurídica del contratista. Si la Entidad Estatal adquiere o se abastece de un bien, producto o servicio para sí misma en un contrato conmutativo en el cual el proveedor es una entidad sin ánimo de lucro, debe aplicar el régimen contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y no el del Decreto 092 de 2017.”

¹⁸⁶ La Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en segunda instancia se pronunció al respecto así: “En tal sentido, estima la Sala Disciplinaria que el acuerdo de voluntades bajo análisis, no es un contrato de apoyo ni de aportes, en la medida en que éste implicó una contraprestación directa a favor de la entidad territorial. En otras palabras, se considera que es un contrato conmutativo en el cual la gobernación realizó un gasto público (\$900.000.000) en contraprestación de un beneficio a ella prestado (materiales que se requerían para las pruebas Saber e ICFES). Así, no precisamente se estaban impulsado programas y actividades de interés público, sino que con esta contratación se buscaba una contraprestación tanto para la entidad pública (los citados materiales) y para la SECAB (el pago de una suma de dinero debidamente cuantificada) (...)” (Negrilla extratextual) Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria. Radicación No. IUS - 2009 - 182672. Secretario de Educación y Cultura del departamento del Tolima. Abril 18 de 2013.

La Procuraduría General de la Nación al respecto afirmó, si el convenio tiene como objeto uno que tenga un contrato estatal, debe cumplirse entonces con el proceso de selección aplicable según el Estatuto General de la Contratación Pública. Este pronunciamiento se dio en el marco de la sanción impuesta a un exalcalde de Bucaramanga, quien contrató mediante convenio de interés general una consultoría de mayor cuantía, la cual requería licitación pública para su celebración.

2.1.6 Contenido

El contenido del convenio se deriva del contenido de los estudios previos (parte de los documentos del proceso) a realizar por la entidad estatal en la etapa de planeación del proceso de contratación, que debe plasmar la situación de la población beneficiaria de la actividad o proyecto a desarrollar y la complejidad del problema social a tratar, de lo cual se desprende a su vez la cantidad de recursos aportados por la entidad estatal (especificando también la fuente), las metas, los mecanismos de seguimiento, los criterios de evaluación y los mecanismos de mitigación de riesgo del convenio.

Así las cosas, el clausulado mínimo del convenio que la entidad estatal debe incluir es: objeto,¹⁸⁷ financiación o aporte de la entidad estatal (no contraprestación por lo ya explicado anteriormente) donde se indique el monto y la fuente, metas del proyecto o actividad a desarrollar, mecanismos de seguimiento¹⁸⁸, criterios de evaluación y mecanismos de mitigación de riesgos del convenio.

¹⁸⁷ El objeto del convenio estará determinado por la problemática social a atender que se debe precisar en la etapa de planeación.

¹⁸⁸ Así lo expresa la Guía en el literal C. sobre la ejecución y liquidación: “*La Entidad Estatal puede incluir en el contrato las herramientas que requiera para hacer un seguimiento adecuado a la ejecución del*

La evaluación debe incluir la etapa de ejecución del convenio, donde se evalúa que la ESAL continúa siendo idónea para desarrollar el objeto del convenio, y la etapa final del mismo, donde se evalúa la totalidad del proyecto ejecutado.¹⁸⁹

Los mecanismos de mitigación del riesgo pueden ser en los términos de la Guía, pólizas, cláusulas de renegociación de los términos del convenio, cláusulas de terminación anticipada, etc. Bajo el principio de autonomía de la voluntad privada, es posible pactar cláusulas penales pecuniarias. Por la aplicación del Estatuto General de Contratación Pública, es posible pactar la imposición de multas por parte de la entidad estatal a la ESAL incumplida en estos convenios.

El Decreto 777 de 1992 contemplaba la posibilidad de pactar cláusulas exorbitantes al derecho común en estos convenios, disposición que no fue replicada en el Decreto 92 de 2017. Siguiendo lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, no se pueden incluir estas cláusulas en estos convenios al no corresponder a los tipos de contratos allí estipulados, donde las entidades estatales pueden o deben incluir tales cláusulas, salvo que por el objeto de los mismos pueda considerarse que el convenio en mención hace parte de un servicio público.

2.1.7 Obligaciones

programa o actividad y puede establecer metas, criterios mínimos de nivel de servicio o calidad y mecanismos de verificación.”

¹⁸⁹ El literal C. de la Guía sobre la etapa de ejecución y liquidación lo dispone así: “*Al finalizar el contrato la Entidad Estatal debe evaluar la efectividad de la entidad privada sin ánimo de lucro en la ejecución, evaluación que debe estimar los resultados de la intervención y las dificultades encontradas en el desarrollo del contrato, así como el desempeño de los mecanismos de verificación empleados por la Entidad Estatal. La evaluación es un Documento del Proceso y en consecuencia debe ser publicado en el SECOP.*”

Las obligaciones de la entidad estatal son aportar recursos de su presupuesto para financiamiento del objeto del convenio, contratada seguir o vigilar la ejecución del convenio verificando el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la ESAL, publicar toda la actividad derivada del convenio en el SECOP, activar los mecanismos de mitigación de riesgos pactados¹⁹⁰ y evaluar a la ESAL durante y al final del convenio. Estas obligaciones merecen unos comentarios sobre su contenido y alcance.

Los aportes de las partes deben cubrir todos los costos generados por la celebración y ejecución del convenio de interés general. La realización de aportes por parte de la entidad estatal constituye una parte fundamental del convenio, pues por su esencia, se tales recursos se requieren para el desarrollo del programa o actividad de interés público, constituyendo un apoyo fundamental a la actividad de los privados.¹⁹¹

Al momento de pactar los elementos que hacen parte de los costos directos e indirectos del convenio, la entidad estatal debe diferenciar entre los gastos destinados exclusivamente a la ejecución del convenio y los gastos generales y ordinarios de funcionamiento administrativo de la ESAL para así solamente financiar lo requerido para el desarrollo del convenio.¹⁹²

¹⁹⁰ Cabe resaltar que la no activación oportuna de los mecanismos de mitigación pactados para asegurar el cumplimiento del convenio por parte de la ESAL, puede conllevar a un juicio de responsabilidad disciplinaria del servidor público, caso de la alcaldesa menor de Suba, a la cual se le suspendió por no actuar ante el incumplimiento del convenio por la ESAL.

¹⁹¹ Rodríguez Tamayo afirma que esto no obsta para que la ESAL aporte recursos o bienes en especie para el desarrollo del objeto del convenio. Sin embargo a las ESAL no se les exige una capacidad económica buena para celebrar este tipo de convenios, al contrario de lo que pasa con los contratistas con ánimo de lucro, a quienes sí se exige capacidad económica, esto hace que el pago de los aportes estatales sea tan importante para asegurar el desarrollo del convenio.

¹⁹² En nuestro concepto se asemejan en este punto el convenio de asociación al contrato de aporte, pues no existe contraprestación en ninguno de los dos, si no financiación de una actividad o proyecto de interés general.

En ese mismo orden de ideas, debe tenerse en cuenta también que no es procedente el pago de honorarios pues los recursos que se reconocerían por este concepto ingresarían como contraprestación al patrimonio del contratista o parte del acuerdo de voluntades, y por tanto no se garantizaría la destinación especial de los recursos a la ejecución del convenio. (Marín, Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual , 2012)

Respecto al manejo de los aportes por la ESAL contratada debe advertirse la semejanza de este esquema con el manejado por el ICBF en el contrato de aporte, estudiado en el capítulo respectivo, pues la entidad estatal entrega los recursos a la ESAL quien los administra y los destina exclusivamente al pago de los costos de ejecución del convenio.¹⁹³

En esta medida, debe hacerse la misma advertencia que se hizo en el capítulo de aporte, sobre la dificultad generada por esta característica de los convenios en estudio y la facilitación de conductas corruptas consistentes en cobros de servicios o bienes inexistentes o con sobrecostos respecto al valor real del mercado por parte del contratista a la entidad estatal, para financiar gastos administrativos o márgenes para la entidad sin ánimo de lucro

¹⁹³ Rodríguez Tamayo lo explica así: “Esta financiación se traduce en la entrega a la ESAL de aportes, desembolsos o dineros oficiales para asumir el pago de bienes, servicios, personal y demás costos que genere el programa o la actividad de interés público. La ESAL es la destinataria de estos dineros y los recibe para administrarlos y utilizarlos exclusivamente para el proyecto. Es recomendable que el programa de inversión de estos recursos sea de pleno conocimiento y control de la entidad estatal benefactora, pues de esta forma se garantiza su uso correcto.”

En nuestra opinión, debería aprenderse de la experiencia que ha tenido el IBCF, y reformularse el esquema de manejo de aportes. Como muestra de ello, traemos a colación nuevamente el caso de corrupción de la Alcaldía menor de Bosa, por el cual se imputaron cargos a la exalcaldesa, donde la Fiscalía además de lo ya mencionado, identificó sobrecostos para el desarrollo del convenio.

Para el cumplimiento de la obligación de seguimiento o vigilancia a la ejecución del convenio la entidad estatal puede resolver hacer una supervisión, o si es necesario, contratar una interventoría en los términos del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011.

La obligación de publicación en el SECOP también cobija a los subcontratos suscritos por la ESAL para desarrollo del convenio de interés público, por lo cual la ESAL queda obligada a remitir toda la información de estos a la entidad para que sea ella la que los publique.

De las obligaciones de la entidad estatal se concluye que el control del proceso de contratación lo tiene ella por disposición del Decreto 92 de 2017. En efecto en su cabeza está el seguimiento y vigilancia de la ESAL contratada, así como la obligación de publicidad, pues la ESAL se inscribe en el SECOP para que mediante este mecanismo se divulgue su situación financiera y la evaluación de idoneidad de la entidad estatal, sin perjuicio de la obligación de ésta última de publicar toda la documentación generado durante la ejecución del contrato.

La decisión de dar el control total del proceso de contratación a las entidades estatales contratantes no garantiza la correcta ejecución de los recursos a través de este mecanismo, pues un de las principales situaciones que el Gobierno nacional encontró al momento de

expedir la nueva reglamentación fue la connivencia o confabulación entre las entidades territoriales y las ESAL para cometer actos ilícitos.¹⁹⁴ La falta de reglamentación de este aspecto y la delegación de responsabilidad sobre el proceso a la entidad territorial, no garantiza la transparencia en la ejecución de estos convenios.

Por su parte las obligaciones de la ESAL son manejar el proyecto o actividad contratada para atender a una población determinada, destinar los aportes estatales al desarrollo del convenio, cumplir con las metas pactadas y entregar toda la información relativa a los subcontratos suscritos para desarrollo del convenio.

En la medida en que la reglamentación actual¹⁹⁵ obliga a la ESAL a entregar a la entidad estatal la información relativa a los subcontratos que suscriba para desarrollar el programa o actividad, es necesario acotar este concepto. El subcontrato se puede definir como el contrato mediante el cual el sujeto de derecho que ha recibido el encargo de realizar una determinada prestación, encarga, a su vez, la realización de la misma –en realidad, de parte de la misma– a un tercer sujeto de derecho.¹⁹⁶

La subcontratación, con el alcance antes mencionado, es decir trasladando el privado a un tercero la ejecución de la totalidad o la mayoría del objeto del contrato, en nuestro

¹⁹⁴ En la entrevista ya citada concedida por Camilo Enciso, entonces Secretario de Transparencia, él aseveró: *“El problema es que, precisamente, aquí tenemos un vacío legal. Se supone que en principio son las Gobernaciones y Alcaldías las que podrían ejercer algún tipo de control, pero en la práctica ni las gobernaciones ni las alcaldías tienen la infraestructura institucional o la capacidad de controlar a esas fundaciones, y por otro lado tenemos el problema adicional de que es absurdo esperar que los entes territoriales que contratan a esas mismas fundaciones las vigilen, porque además en muchas ocasiones son usadas para canalizar recursos para temas políticos o en la financiación de campañas electorales.”* La entrevista se puede encontrar en el siguiente link: <https://www.elheraldo.co/nacional/politicos-usan-fundaciones-fantasmas-para-pagar-campanas-electorales-camilo-enciso-vanegas>

¹⁹⁵ Artículo 7º del Decreto 92 de 2017

¹⁹⁶ Víctor MANTECA VALDELANDE en Revista de Contratación Administrativa Práctica, 64, La Ley (mayo de 2007).

concepto no tiene fundamento legal, teniendo en cuenta que la contratación directa de la ESAL vinculada, se basa en el análisis de su idoneidad, idoneidad que respecto a los subcontratistas no se ha acreditado. Un correcto entendimiento de la norma que ordena publicar los subcontratos debe concluir en que la intención del legislador es que se publiquen los contratos que celebre la ESAL para la adquisición de los bienes y servicios necesarios para la ejecución del convenio, precisamente para evitar las subcontrataciones o delegaciones totales de la ejecución del convenio.

Esta conducta se evidenció en el convenio celebrado por la gobernación de Casanare en 2012 con una Caja de Compensación Familiar, para entregar las raciones alimentarias a los estudiantes de diferentes instituciones educativas del departamento, donde la Caja de Compensación, una vez suscrito el convenio subcontrató con la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012 para el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones suscritas.¹⁹⁷

Los convenios objeto de estudio no pueden tener como único fin real la intermediación de una ESAL no idónea vinculada para a través de ella se adquieran bienes y servicios requeridos por la entidad estatal aprovechando bajo el régimen de derecho privado sin

¹⁹⁷ En este caso la Procuraduría encontró que la función de la entidad contratada se vio reducida a una vigilancia general de la ejecución del convenio, aun cuando la entidad estatal ya tenía contratada una interventoría a parte por \$818'500.000 para vigilancia y supervisión del convenio, lo cual significó un doble costo para la entidad estatal. Además, se encontró que la subcontratación realizada no se hizo por el valor total del convenio suscrito con la entidad estatal, por lo cual quedó una suma de dinero sin soportar pero que se entregó efectivamente a la entidad contratada como un valor reconocido por la intermediación en el convenio. Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria. No. de Radicado 161 – 5573 (IUS 2012 – 331296). Nelson Ricardo Mariño Velandia. Gobernador del Departamento de Casanare. 24 de enero de 2013.

sujeción a los procesos contractuales previstos en el Estatuto General de Contratación Pública.

Para evitar una contratación derivada innecesaria, es preciso diferenciar entre la contratación ordinaria de la ESAL para su funcionamiento y la contratación necesaria para el desarrollo de los convenios que celebre. La contratación derivada para adquirir bienes y servicios necesarios para ejecutar un convenio, debe obedecer a criterios de racionalidad, eficacia y eficiencia. V.gr. la ESAL ya debe contar con el personal mínimo requerido para su ejecución, lo cual es parte de los componentes que certifican la idoneidad de esta.¹⁹⁸

2.1.8. Causal de contratación directa.

Bajo el régimen contemplado en el Decreto 777 de 1992, los convenios de interés general contemplados en el artículo 355 de la Constitución Nacional se celebraban en forma directa bajo el argumento de aplicarse a estos el régimen de derecho privado.¹⁹⁹

La eliminación, como regla general de la causal de contratación directa fue uno de los cambios más grandes que tuvo el Decreto 92 de 2017 respecto a la reglamentación

¹⁹⁸ En el numeral IV. de la Guía denominado “Determinación de la reconocida idoneidad de la entidad privada sin ánimo de lucro”, en el literal B. denominado “Capacidad del personal de la entidad sin ánimo de lucro”, se da la posibilidad a la entidad estatal de pedir evidencia que certifique la idoneidad del personal de la entidad sin ánimo de lucro, así: “*La Entidad Estatal puede pedir evidencia de que la entidad privada sin ánimo de lucro cuenta con el equipo misional, técnico y administrativo necesario para cumplir con el programa o actividad del plan de desarrollo.*”

¹⁹⁹ Ver artículo 1° del Decreto 777 de 1992.

anterior del Decreto 777 de 1992, el cual solamente se limitó a decir que el régimen para los convenios de interés público era privado, por lo cual la causal de contratación directa no contaba con límite alguno, lo cual conllevó a la utilización de este convenio para contratar directamente bienes y servicios que debían adquirirse previo proceso de licitación pública.

El caso ya referido del convenio de la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima es un ejemplo de esta práctica, pues se suscribió con la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello para la adquisición de los materiales para las pruebas Saber e ICFES por novecientos millones de pesos (\$900.000.000).

Otro ejemplo de esta conducta es el caso del convenio suscrito por la Alcaldía de Bucaramanga con una Fundación para realizar el alumbrado navideño de Bucaramanga para el año 2011 por un valor de novecientos treinta millones quinientos doce mil novecientos noventa y tres pesos (\$930.512.993).²⁰⁰

El análisis de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en ambos casos estuvo encaminado a desvirtuar la procedencia de los convenios y a afirmar la necesidad de licitación pública para la contratación referida por la conmutatividad de los

²⁰⁰ Procuraduría General de la Nación; SALA DISCIPLINARIA; Bogotá D. C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014); Aprobado en Acta de Sala n.º 13; Radicado 161-5689 (IUC-D-2010-878-488501). En este caso se justificó esta forma de contratación en: i. la necesidad de tener una cooperación económica de la ESAL contratada, aporte poco significativo (alrededor de un 7%) y aparente, pues nunca se realizó, y ii. la idoneidad del personal de la Fundación para llevar a cabo el presunto proyecto, la cual se desvirtuó cuando la ESAL contratada subcontrató con un tercero para el desarrollo del convenio. Así las cosas, si bien el convenio de asociación tiene como fin desarrollar las funciones de la entidad estatal, esta forma de contratación es excepcional, por lo cual el fallo de segunda instancia insiste en que debe existir una unión de esfuerzos, la cual no se puede traducir en una simple intermediación, es decir, la intermediación no puede ser ni el objeto del convenio, ni mucho menos el fundamento para suscribirlo.

acuerdos de voluntades analizados y por el monto comprometido, en aras de garantizar el principio de transparencia, tal y como lo dispone el Estatuto General de Contratación Pública.

Por estas razones el artículo 4° del Decreto 92, desarrollado por la Guía, estableció como regla general que las entidades estatales, previamente a la celebración de los convenios de interés general debía realizar un proceso competitivo cuando el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar es ofrecido por más de una entidad sin ánimo de lucro.

Ahora bien, en forma excepcional, el último inciso del artículo 4° del Decreto 92 de 2017 habilita la causal de contratación directa para los convenios de interés público con determinados objetos o fines, como se describe a continuación:

*“(…) Las Entidades Estatales no están obligadas a adelantar el proceso competitivo previsto en este artículo **cuando** el objeto del Proceso de Contratación corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de diversidad étnica colombiana, **que solo pueden desarrollar** determinadas personas naturales o jurídicas,²⁰¹ condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos.”*

(Negrilla extratextual)

²⁰¹ Esta afirmación debe entenderse en conjunto con el artículo 355 constitucional, pues no es posible celebrar estos convenios con personas naturales, por lo tanto, compartimos la conclusión del autor Rodríguez Tamayo en su obra citada en el pie de página anterior, cuyo tenor es el siguiente. *“Advertimos una manifiesta contrariedad entre el precepto constitucional (art. 355) y el inciso del artículo 4°, pues constitucionalmente no es posible pactar la contratación del interés público con personas naturales, por cuanto el sujeto contratista siempre deberá ser una ESAL; así lo dispone el artículo 355 de la Constitución Política de 1991. En este punto, creemos, no acertó el reglamento constitucional recientemente expedido por el Gobierno Nacional (D. 092 de 2017) (…)”*

Una lectura rápida de la disposición citada permitiría argumentar la procedencia de la causal de contratación directa para los convenios que tengan como objeto alguna de las actividades contempladas en el párrafo precedente, pero debe tenerse en cuenta que la causal requiere adicionalmente que dicha actividad solo pueda desarrollarse por determinada persona, en forma análoga a las causales de contratación directa contenidas en los literales g) y h) del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, sobre inexistencia de pluralidad de oferentes en el mercado y ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas, respectivamente.

Sin embargo, es de anotar que la posibilidad de contratación directa teniendo en cuenta la materia objeto de dicha contratación, no tiene fundamento legal en el Estatuto General de Contratación tratándose de actividades culturales, deportivas y de promoción de diversidad étnica colombiana. La ley 1150 de 2007 solo contempla la contratación directa para la *“ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales .”*²⁰²

Por último cabe resaltar, que el proceso de contratación directa no tiene límite alguno respecto al monto máximo de compromiso, razón por la cual importantes sumas de recursos públicos se han ejecutado en forma directa con las falencias antes mencionadas.

2.2. Convenio de asociación

2.2.1. Definición

²⁰² Nos permitimos traer a colación nuevamente la sentencia del Consejo de Estado del veintinueve (29) de agosto de dos mil doce (2012) ya citada en los capítulos de aporte y de contratos de prestación de servicios educativos. Aunque esta se pronunció en materia de creación de procesos de selección no contemplados en la ley, se aplica la misma lógica y argumentación a la creación específica de esta causal de contratación directa, pues un reglamento no puede modificar la ley de contratación pública.

Del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se construye la siguiente definición del convenio de asociación: Acuerdo de voluntades celebrado entre una entidad estatal y una persona jurídica particular, para desarrollar conjuntamente actividades que tienen relación con las funciones y fines de la entidad estatal contratante.

2.1.8 Objeto

El objeto de estos contratos es la unión de esfuerzos para desarrollar conjuntamente, entre la persona jurídica particular contratista y la entidad contratante, actividades que tienen relación con las funciones y fines de esta última,²⁰³ que impulsen programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional de Desarrollo y el Plan Seccional de Desarrollo²⁰⁴ según lo dispuesto por el artículo 355 constitucional, al cual este tipo de convenios se somete.

No es aplicable la restricción material del objeto de los convenios de interés general (artículo 355 C.N.) contemplada en el literal a) del artículo 2° del Decreto 92 de 2017 a los convenios de asociación que se estudian en este acápite, pues el mismo Decreto reglamentario en su artículo 5°, sobre el régimen o artículos aplicables a los convenios de asociación, excluye la aplicación del artículo 2°.

2.1.9 Partes

²⁰³ Solamente deben tener relación con las funciones y fines de la entidad, debe precisarse que en razón del convenio no se transfiere a los particulares el ejercicio de las funciones propias de la entidad contratante, solamente se acuerda una unión de esfuerzos.

²⁰⁴ Sentencia C 671 de 1999.

Las partes del convenio de asociación son, de una parte una entidad estatal “cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo”²⁰⁵ y una persona jurídica particular. La Sentencia C-671 de 1999 analizó la incidencia de la aplicación del artículo 355 constitucional al convenio de asociación. En materia de partes contratantes esta sentencia dispuso que la persona jurídica particular debe ser una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, dada la remisión expresa que la Ley 489 hace al régimen de los convenios previstos en el artículo 355 de la constitución.

2.1.10 Régimen legal

Establece el mismo artículo 96 de la Ley 489 de 1998 que los convenios de asociación se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución.

Debe concluirse que estos convenios se sujetarán en primer lugar, a las disposiciones especiales contenidas en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en segundo lugar a las disposiciones del artículo 355 de la Constitución Nacional, en lo que sea pertinente, en tercer lugar a las disposiciones especiales del Decreto Reglamentario 92 de 2017, y en lo no previsto en ellos, a la normas legales y reglamentarias del Estatuto General de

²⁰⁵ La Guía diferencia entonces las partes del convenio de interés general, de las partes del convenio de asociación así: “El artículo 355 de la Constitución Política hace referencia exclusivamente a los gobiernos. En consecuencia, las Entidades Estatales que no pertenecen a la rama ejecutiva no están autorizadas a celebrar convenios o contratos en desarrollo de esta norma. Sin embargo, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 al autorizar la celebración de convenios asociación para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con el propósito y las funciones de las Entidades Estatales remitió al artículo 355 de la Constitución Política por lo cual el Decreto 092 de 2017 reglamenta tales convenios los cuales no están limitados a las Entidades Estatales de los gobiernos nacional, departamental y municipal.” La definición de entidades estatales de la Guía lo demuestra: “Los ministerios, departamentos administrativos, y demás instituciones que hacen parte del gobierno nacional, los departamentos, el distrito capital, los distritos y municipios, las demás entidades territoriales creadas o autorizadas por la ley, acuerdo u ordenanza, que hacen parte de los gobiernos departamentales, distritales y municipales. **Esta expresión incluye a las entidades que hacen parte de la rama legislativa y judicial, a los organismos autónomos y de control respecto del artículo 5 del Decreto 092 de 2017.**” (Negrilla extratextual)

Contratación Estatal, que no sean contrarias a las disposiciones especiales. En este punto debe precisarse que el Decreto 92 de 2017, reglamentó en forma separada los convenios de interés general celebrados en desarrollo del artículo 355 de la constitución de los convenio de asociación previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

En este contexto se examinarán las normas del Estatuto General de la Contratación Pública, aplicables a esta tipología de convenios.

En primer lugar son aplicables las disposiciones relativas a inhabilidades e incompatibilidades para suscribir contratos estatales, los principios de la contratación estatal y las normas presupuestales.

El artículo 7 del Decreto 92 de 2017 enfatiza en la aplicación del principio de publicidad, en virtud del cual, los documentos del proceso y la actividad contractual del convenio deben ser publicados en el Sistema Electrónico de la Contratación Pública – SECOP.

Al igual que en los convenios de interés público, el Decreto 92 no esclareció si es procedente la subcontratación para el desarrollo de los convenios de asociación. No obstante, el artículo 7 establece que deben publicarse en SECOP incluso los subcontratos, por lo cual deducimos, que también puede subcontratarse en desarrollo de los convenios de asociación, en el entendimiento dado en este documento a la subcontratación autorizada por el reglamento. Como la subcontratación la realiza directamente la ESAL su régimen será privado.

2.1.11 Contenido

El artículo 96 establece el clausulado mínimo del convenio, a saber, objeto, término, obligaciones de las partes, aportes y coordinación. No obstante, el contenido no se restringe a estos elementos, tal y como lo aclara el artículo al decir que el contenido del convenio estará compuesto por todos los elementos que se consideren pertinentes.

Cabe resaltar que en los convenios de asociación tampoco puede haber una contraprestación directa para la entidad pública como parte del convenio. Así lo ha sostenido la Procuraduría General de la Nación, la cual explica que si bien estos convenios benefician a la entidad pública en cuanto desarrollan actividades relacionadas con sus funciones, ese beneficio resulta de la unión de esfuerzos de las partes, no de una contraprestación directa que reciba la entidad pública a cambio de los recursos transferidos a la persona jurídica particular. Esta afirmación se realizó en la confirmación en segunda instancia de la sanción contra el entonces Alcalde de Bucaramanga por suscribir el convenio, ya referido, para instalación del alumbrado navideño de la ciudad.

2.1.12 Causal de contratación directa

Si bien legalmente el artículo 96 de la Ley 489 dispone que los convenios de asociación se sujetarán a la reglamentación del artículo 355 constitucional, el artículo 5° del Decreto en cuestión, diferencia a los convenios de asociación de los convenios de interés general, y, establece que los primeros se rigen por los artículos 5,6,7 y 8 del mismo Decreto. En consecuencia, una interpretación literal podría concluir que los demás artículos del Decreto 92 no le son aplicables a los convenios de asociación.

No obstante lo anterior, creemos que por el contenido de varios artículos del Decreto 92, así estos no se mencionen en forma expresa en el artículo 5 como aplicables a los convenios de asociación, son plenamente procedentes para este tipo de convenios.

En efecto, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se limita a mencionar que los convenios de asociación se celebran con personas privadas, pero al remitir al régimen del artículo 355 de la C.N., estas personas deben ser de reconocida idoneidad. Nos preguntamos: ¿Cómo se acreditaría la idoneidad de las personas jurídicas con que se celebrarían los convenios de asociación?

En el mismo sentido, ¿Cómo se regularía la “competencia” para seleccionar a los contratista de convenios de asociación en los términos del artículo 5° del Decreto 92?

Creemos que necesariamente las respuestas serían: la idoneidad se deberá verificar de acuerdo con lo previsto en el artículo 3° del Decreto 92 y el proceso competitivo de selección, igualmente se debe sujetar a lo previsto en el artículo 4°, normas aplicables por su naturaleza y contenidos, así no se encuentren expresamente mencionadas en el artículo 5° del Decreto.

En concordancia con dicha interpretación, la Guía de Colombia Compra Eficiente sostiene la aplicación de la causal de contratación directa de los convenios de interés general prevista en el inciso tercero del artículo 4 del Decreto a los convenios de asociación, fundamentándose en la especialidad excepcional de la ESAL requerida, cuando el objeto del convenio sea el desarrollo de actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de diversidad étnica colombiana, pues se supone que solo pueden desarrollarlo determinadas entidades.

Adicionalmente a la causal de contratación directa antes mencionada, el artículo 5° del Decreto 92 de 2017 regula otra causal de contratación directa especial aplicable a los convenios de asociación, en los siguientes términos *“(…) no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional.”*²⁰⁶

La Guía de Colombia Compra Eficiente referenciada en el marco legal y reglamentario de estos convenios da la potestad a la entidad territorial para exigir que se cumpla el aporte de recursos en dinero con cualquier instrumento de tipo jurídico, financiero y/o contable que permita asegurar o confirmar que la entidad sin ánimo de lucro incorporó efectivamente en su patrimonio, o, que dispone de los recursos en el porcentaje convenido, teniendo en cuenta el mínimo del artículo ya citado.

Respecto de la última causal de contratación directa acá comentada, el Gobierno ha creado una causal de contratación directa no contemplada en el Estatuto General de Contratación Pública, ni en ninguna ley precedente.

Por otra parte, puede llegar a resultar peligroso premiar el aporte monetario de una entidad sin ánimo de lucro posibilitando su contratación directa. El aporte de dinero se puede convertir así en un mecanismo que busquen las entidades sin ánimo de lucro para

²⁰⁶ El mismo artículo dispone que si hay más de una entidad dispuesta a hacer el aporte de recursos, deberá la entidad seleccionar objetivamente a la entidad sin ánimo de lucro que será parte del convenio de asociación. La Guía traída a colación anteriormente dispone que la entidad estatal no está obligada a hacer un proceso competitivo pero sí debe garantizar la selección objetiva de la entidad en los términos de la obtención de objetivos del Plan de Desarrollo.

garantizar la contratación directa con la entidad estatal, pudiendo llegar a privilegiarse el aporte económico sobre la idoneidad de la entidad aportante.²⁰⁷

CONCLUSIONES

1. Los procesos de contratación cuando se ha dado a las entidades territoriales la posibilidad de ejecutar recursos en favor de personas más necesitadas, sin un proceso de acompañamiento y fortalecimiento de estas entidades en materia de gasto público, generan focos de corrupción porque las entidades no tienen ni la forma ni el conocimiento para ejecutar en debida forma esos recursos. Así las cosas, solamente deberían ejecutar ciertas políticas públicas las entidades territoriales que demuestren estar fortalecidas y tener capacidad para hacerlo, para evitar la malversación de los recursos públicos.
2. La indefinición y consecuente ambigüedad en ciertos conceptos jurídicos de regímenes especiales de contratación estatal, conlleva a que el régimen jurídico del contrato y la causal de contratación directa quede al arbitrio del intérprete.
3. Las figuras del Banco de Oferentes se crearon para que todo participante de él fuera idóneo para contratar, no obstante, si bien es un instrumento regulatorio útil,

²⁰⁷ Incluso hay posturas doctrinarias que afirman, respaldándose en la remisión que hace el Decreto 92 al Estatuto General de la Contratación Pública, que sería posible la unión de entidades sin ánimo de lucro para acreditar el aporte solicitado para contratar directamente con la entidad estatal. Es pertinente la conclusión del autor Rodríguez Tamayo al respecto: “(...) Si se acude a lo dispuesto en el artículo 8° del mismo cuerpo normativo – remisión a las normas generales de contratación pública –, se observa que es viable utilizar la figura jurídica de las uniones temporales o los consorcios para sumar el porcentaje de aportes dinerarios necesarios para acceder directamente al convenio de asociación (30% en dinero), pues así lo autoriza el artículo 7° de la Ley 80 de 1993.”

no tiene fundamento legal, si no reglamentario, por ende, debería crearse un soporte legal para la figura mucho más claro.

4. Hay contratos de gran envergadura, por la función que cumplen y los recursos que manejan, que se contratan de forma directa, pero que no tienen un soporte legal claro, si no reglamentario o jurisprudencial, por lo cual, en aras de seguridad jurídica, deberían estructurarse de forma más clara.
5. Se encuentran causales de contratación directa que no tienen una justificación clara en el Mercado.
6. El Gobierno debe propender por regular de forma armónica con el legislador los asuntos relativos a la contratación directa, so pena de generar asimetrías regulatorias injustificadas. De igual forma, la regulación constitucional directa contribuye a la ruptura del Estatuto de General de Contratación pública como un Estatuto General.
7. La regulación de la contratación directa es de difícil armonización en la actualidad, pues hay infinidad de causales contempladas en diferentes instrumentos, tales como leyes, decretos, resoluciones, etc.
8. Las falencias en el fundamento, la estructuración y diseño de las tipologías contractuales estudiadas facilita la corrupción en su ejecución, la solución es revisar la reglamentación de los contratos de gasto público social y el fortalecimiento institucional de las entidades territoriales como una de las principales instituciones ejecutoras de estos recursos.

Bibliografía

- Ackermann, S.-R. (2001). *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma*. Madrid : Siglo XXI de España.
- Andersson, S., & Heywood, P. (2009). The Politics of Perception: Use and Abuse of Transparency International's Approach to Measuring Corruption. *Political Studies* , 746-767.
- Arellano Gault, D. (2016). Corrupción como proceso organizacional: comprendiendo la lógica de la desnormalización de la corrupción. *Contaduría y Administración. Centro de Investigación y Docencia Económicas. UNAM.*, 810-826.
- Cano Muñoz , L. P. (2014). La corrupción y la ineficiencia en el gasto público social y su impacto en la pobreza en Colombia. *Coyuntura económica*, 121-172.
- Chávez Marín, A. R. (2012). *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Dávila Vinueza, L. G. (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. Bogotá : LEGIS.
- Departamento Nacional de Planeación . (2004). *Conpes - Consejo Nacional de Economía Política y Fiscal. Régimen jurídico*. . Bogotá: LEGIS.
- García Villegas , M., & Revelo Rebolledo, J. E. (2010). *Estado alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*. . Bogotá: DeJusticia.
- García Villegas, M. (2009). *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*. Siglo del Hombre Editores.
- García, E. (2012). ¿Es Colombia un estado corrupto? La corrupción como problema jurídico y como estado sociológico-moral. Una reflexión sobre el presente de Colombia en el tiempo de los "eveilleurs". *Vniversitas* , 187-217.
- Goig Martínez , J. (2015). Transparencia y corrupción. La percepción social ante comportamientos corruptos. *Revista de Derecho UNED*, 73-107.
- Gutiérrez Sanín, F., & Dávila Ladrón de Guevara, A. (2000). Paleontólogos o politólogos: ¿qué podemos decir hoy sobre los dinosaurios? *Revista de estudios sociales*.
- Huber, L. (2008). *Romper la mano: una interpretación cultural de la corrupción*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, IEP.
- Jain, A. K. (2001). Corruption: A review . *Journal of economic surveys* , 71-121.
- Kaufmann, D. (2000). Corrupción y reforma institucional: el poder de la evidencia empírica. *Perspectivas* , 367-387.
- Klitgaard, R. (1998). International cooperation against corruption. *Finance and development* , 35
- Krueger, A. O. (1974). The Political Economy of the Rent-Seeking Society. *The American Economic Review*, 291-303.

- Marín, A. R. (2012). *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual* . Bogotá : Universidad del Rosario .
- Marín, A. R. (2012). *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual* . Bogotá D.C: Universidad del Rosario.
- Martínez, J. M. (2015). Transparencia y corrupción: La percepción social ante comportamientos corruptos . *Revista de Derecho UNED*, 73-107.
- Medina González, K. A. (2016). La presencia del soft law en el derecho administrativo colombiano. Los documentos Conpes como manifestación del soft law en Colombia. . Bogotá : Trabajo de grado. Maestría en derecho administrativo. Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. .
- Misas, G., Oviedo, M., Franco, A., Viana Saldarriaga , J., & Camacho Castaño , A. (2005). *La lucha anticorrupción en Colombia*. Bogotá: Contraloría General de la República.
- Newman Pont , V., & Ángel Arango , M. (2017). *Estado del arte de la corrupción en Colombia* . Bogotá: De Justicia.
- Ospina Fernández , G., & Ospina Acosta , E. (2005). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá : TEMIS.
- Ramírez Ramírez , J. O. (1995). El procedimiento de contratación directa en la Ley 80 de 1993 . *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 171-188.
- Rendón, D. S. (2017). Roba pero hace obra-Pragmatismo de la corrupción y la corrupción del pragmatismo . *Vox Juris* , 79-90.
- Rodríguez Tamayo , M. (2017). *Contratación pública con entidades sin ánimo de lucro: Decreto 092 de 2017*. Bogotá : LEGIS .
- Rodríguez, J. S. (2018). Las facultades reglamentarias de la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente. *Revista digital de derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia.* , 341-347.
- Ronderos Botero , J. A. (2011). Contratos atípicos de las entidades descentralizadas del orden nacional sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. . *Tesis de Maestría en Derecho Público. Facultad de Jurisprudencia. Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario.* . Bogotá.
- Shahid, A. (1989). Anatomy of corruption: An approach to the political economy of underdevelopment. *American Journal of Economics and Sociology*, 441-456.
- Suárez Beltrán , G. (2014). *Estudios de derecho contractual público* . Bogotá : LEGIS.
- Valdivieso Valdivieso , W. (2015). De los contratos con entidades sin ánimo de lucro previstos en el artículo 355 de la Constitución Política. Un estudio sobre las modalidades abusivas. Bogotá: Universidad Católica de Colombia .
- Villaveces Niño , M. P. (2013). *Manual de Derecho - Ciencia, Tecnología e Innovación* . Bogotá : Asociación Colombiana para el Avance de la Ciencia - ACAC. .

Fallos citados

Corte Constitucional

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-400 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa: 02 de junio de 1999.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-316 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell: 19 de julio de 1995.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-507 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño: 21 de mayo de 2008.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-254 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 06 de junio de 1996.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1168 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett: 06 de noviembre de 2001.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-230 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell: 25 de mayo de 1995.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-671 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra: 9 de septiembre de 1999.

Consejo de Estado

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio civil. No. de Radicación: 2002450. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo; Julio 08 de 2010.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio civil. No. de Radicación: 254555. C.P. César Hoyos Salazar; Enero 24 de 2002.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. No. de Radicación: 16653. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Febrero 11 de 2009.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. No. de Radicación: 36912. C.P. Enrique Gil Botero. Mayo 09 de 2011.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. No. de Radicación: 2002990. C.P. Myriam Guerrero De Escobar. Abril 14 de 2010.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio civil. No. de Radicación: 1626. C.P. Gloria Duque Hernández. Febrero 24 de 2005.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. No. de Radicación: 16941. C.P. Enrique Gil Botero. Agosto 11 de 2010.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio civil. No. de Radicación: 16941. C.P. Luis Camilo Osorio Isaza. Diciembre 2 de 1997.

Consejo de Estado; Sala de consulta y servicio civil. No. de Radicación: 1911. C.P: Enrique Jose Arboleda Perdomo; 25 de septiembre de 2008.

Procuraduría General de la Nación

Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria. 24 de enero de 2013. Fallo de segunda instancia proceso verbal. Radicación No. 161 – 5573 (IUS 2012 – 331296). Disciplinado: Gobernador del Departamento de Casanare.

Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria. 18 de abril de 2013. Fallo de segunda instancia. Radicación No. 161 – 5447 (IUS - 2009 - 182672). Disciplinado: Secretario de Educación y Cultura del departamento del Tolima.

Procuraduría General de la Nación. Despacho Procurador General de la Nación. 24 de septiembre de 2009. Fallo de única instancia. Radicación No. D-2009-878-183667. Disciplinado: Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural.

Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria. Radicación No. IUC-D-2011-98-353792. Disciplinado: Alcaldesa de Orito Putumayo y otros. junio 8 de 2012.

Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria. No. de Radicado 161 – 5573 (IUS 2012 – 331296). Disciplinado: Gobernador del Departamento de Casanare. enero 24 de 2013.

Procuraduría General de la Nación; Sala disciplinaria. No. de Radicado 161-5689 (IUC-D-2010-878-488501). 27 de marzo de 2014.

Referencias normativas

Constitución Política de Colombia [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia)

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. 28 de octubre de 1993. D.O No. 41.094.

Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. 16 de julio de 2007. D.O No. 46.691.

Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. 29 de diciembre de 1998. D.O No. 43.464

Ley 29 de 1990. Por la cual se dictan disposiciones para el fomento de investigación científica y el desarrollo tecnológico y se otorgan facultades extraordinarias. 27 de febrero de 1990. D.O No. 39.205.

Decreto Ley 393 de 1991. Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías. 8 de febrero de 1991. D.O No. 39.672.

Decreto Ley 591 de 1991. Por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas. 26 de febrero de 1991. D.O No. 39.702.

Ley 1286 de 2009, Por la cual se modifica la Ley 29 de 1990, se transforma a Colciencias en Departamento Administrativo, se fortalece el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia y se dictan otras disposiciones. 23 de enero de 2009. D.O No. 47241.

Ley 1753 de 2015. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. 9 de junio de 2015. D.O No. 49.538.

Ley 7 de 1979. Por la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones. 24 de enero de 1979. D.O No. 35.191.

Ley 1150 de 2012. Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. 6 de julio de 2012. D.O No 48.483.

Ley 715 de 2001. Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros. 21 de diciembre de 2001. D.O No. 44.654.

Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. 26 de mayo de 2015.

Decreto 1084 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación. 26 de mayo de 2015.

Decreto 1852 de 2015. Por el cual se adiciona el Decreto 1075 de 2015 Único Reglamentario del Sector Educación, para reglamentar el parágrafo 40 del artículo 136 de la Ley 1450 de 2011, el numeral 20 del artículo 6 de la Ley 1551 de 2012, el parágrafo 2 del artículo 2 de la Ley 715 de 2001 y los artículos 16,17,18 Y 19 de la Ley 1176 de 2007, en lo referente al Programa de Alimentación Escolar – PAE. 16 de septiembre de 2015.

Decreto 2150 de 1995. Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. 05 de diciembre de 1995.

Decreto 1075 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación. 26 de mayo de 2015. Subrogado en su Capítulo 3° por el Decreto 1851 de 2015 y adicionado por el Decreto 30 de 2017. 26 de mayo de 2015.

Decreto 92 de 2017. Por el cual se reglamenta la contratación con entidades sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política. 23 de enero de 2017.

Circular Externa No. 6. [Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente] Asunto: Contratación de actividades de ciencia, tecnología e innovación. 27 de septiembre de 2013.

Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia (CONPES). Documento Conpes 3582 de 2009: Política Nacional de ciencia, tecnología e innovación. Bogotá, D.C., 27 de abril de 2009. Departamento Nacional de Planeación.

Guía no 2. de programas y proyectos de ciencia, tecnología e innovación. Guías sectoriales de proyectos. Manual metodológico general, para la identificación, preparación, programación y evaluación de proyectos. Sistema General de Regalías. Departamento nacional de planeación – DNP y Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación - Colciencias. OCTUBRE 2015.

Recomendación sobre la normalización internacional de las estadísticas relativas a la ciencia y la tecnología aprobada el 27 de noviembre de 1978. UNESCO.

Medición de las Actividades Científicas y Tecnológicas. Directrices propuestas para recabar e interpretar datos de la innovación tecnológica: Manual Oslo. OCDE. 1997.

Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Colombia Compra Eficiente. G-GESAL-02

ANEXO
Normatividad de Ciencia, Tecnología e Innovación

1. Actividades de ciencia y tecnología

1.1 Decreto ley 591 de 1991.

Artículo 2° Para los efectos del presente Decreto, entiéndase por actividades científicas y tecnológicas las siguientes:

1. **Investigación científica y desarrollo tecnológico**, desarrollo de nuevos productos y procesos, creación y apoyo a centros científicos y tecnológicos y conformación de redes de investigación e información.
2. **Difusión científica y tecnológica**, esto es, información, publicación, divulgación y asesoría en ciencia y tecnología.
3. **Servicios científicos y tecnológicos** que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la homologación, normalización, metrología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; a la promoción científica y tecnológica; a la realización de seminarios, congresos y talleres de ciencia y tecnología, así como a la promoción y gestión de sistemas de calidad total y de evaluación tecnológica.
4. **Proyectos de innovación** que incorporen tecnología, creación, generación, apropiación y adaptación de la misma, así como la creación y el apoyo a incubadoras de empresas, a parques tecnológicos y a empresas de base tecnológica.
5. **Transferencia tecnológica** que comprende la negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras.
6. **Cooperación científica y tecnológica** nacional e internacional.

1.2 Decreto Ley 393 de 1991

Artículo 2. PROPOSITOS DE LA ASOCIACION. Bajo cualquiera de las modalidades previstas en el artículo anterior, la asociación podrá tener entre otros, los siguientes propósitos.

- a) Adelantar proyectos de investigación científica.
- b) Apoyar la creación, el fomento, el desarrollo y el financiamiento de empresas que incorporen innovaciones científicas o tecnológicas aplicables a la producción nacional, al manejo del medio ambiente o al aprovechamiento de los recursos naturales.
- c) Organizar centros científicos y tecnológicos, parques tecnológicos, e incubadoras de empresas.

- d) Formar y capacitar recursos humanos para el avance y la gestión de la ciencia y la tecnología.
- e) Establecer redes de información científica y tecnológica.
- f) Crear, fomentar, difundir e implementar sistemas de gestión de calidad.
- g) Negociar, aplicar y adaptar tecnologías nacionales o extranjeras.
- h) Asesorar la negociación, aplicación y adaptación de tecnologías nacionales y extranjeras.
- i) Realizar actividades de normalización y metrología.
- j) Crear fondos de desarrollo científico y tecnológico a nivel nacional y regional, fondos especiales de garantías, y fondos para la renovación y el mantenimiento de equipos científicos.
- k) Realizar seminarios, cursos y eventos nacionales o internacionales de ciencia y tecnología.
- l) Financiar publicaciones y el otorgamiento de premios y distinciones a investigadores, grupos de investigación e investigaciones.

1.3 Ley 1286 de 2009

ARTÍCULO 18. ACTIVIDADES DEL SISTEMA. Son actividades de los actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación -SNCTI-:

1. Explorar, investigar y proponer, de manera continua, visiones y acciones sobre la intervención del país en los escenarios internacionales, así como los impactos y oportunidades internacionales para Colombia en temas relacionados con la ciencia, la tecnología y la innovación.
2. Promover el mejoramiento de la productividad y la competitividad nacional.
3. Velar por la generación, transferencia, adaptación y mejora del conocimiento científico, desarrollo tecnológico e innovación en la producción de bienes y servicios para los mercados regionales, nacionales e internacionales.
4. Investigar e innovar en ciencia y tecnología.
5. Propender por integrar la cultura científica, tecnológica e innovadora a la cultura regional y nacional, para lograr la apropiación social de la ciencia, la tecnología y la innovación en Colombia.
6. Procurar el desarrollo de la capacidad de comprensión, valoración, generación y uso del conocimiento, y en especial, de la ciencia, la tecnología y la innovación, en las instituciones, sectores y regiones de la sociedad colombiana.

7. Articular la oferta y demanda de conocimiento colombiano para responder a los retos del país.

1.4 Documento CONPES 3582 de 2009 (Págs. 8 y 9)

III. MARCO CONCEPTUAL

La elaboración conjunta de la política muestra la innovación como un proceso que depende en gran medida de la investigación pero no exclusivamente de ella. Se reconoce aquí que la innovación es la “introducción de un nuevo, o significativamente mejorado, producto (bien o servicio), de un proceso, de un nuevo método de comercialización o de un nuevo método organizativo, en las prácticas internas de la empresa, la organización del lugar del trabajo o las relaciones exteriores” (OECD (2005a)). Esta definición resalta que a diferencia de una invención, la introducción en el mercado es lo que realmente distingue a una innovación y por ello el interés de la política en promover la innovación para modificar la competitividad del país.

En el contexto del SNCTeI, la innovación es un proceso social, basado en la producción e intercambio de conocimiento entre múltiples actores, internos y externos a las organizaciones. De acuerdo con lo anterior, la innovación puede darse en una empresa aunque no invierta intencionalmente en actividades de innovación, o podría darse en una universidad o un centro de investigación que lleve sus invenciones al mercado. La innovación es el producto de una red de agentes sociales que involucra desde los proveedores de bienes y servicios hasta los usuarios y clientes y no solo el resultado de la acción de las empresas o de los centros de investigación y desarrollo tecnológico de manera aislada.

Adicionalmente, cuando se habla de investigación en este documento, se hace alusión al proceso de **investigación y desarrollo experimental (I+D)** definido como el trabajo creativo llevado a cabo de forma sistemática para incrementar el volumen de los conocimientos humanos, culturales y sociales y el uso de esos conocimientos para derivar nuevas aplicaciones en todos los campos de la ciencia y la tecnología, e involucra la investigación básica, aplicada y el desarrollo experimental (OECD (2002)).

La I+D hace parte de un conjunto más grande de actividades relacionadas con la generación y uso del conocimiento, conocidas como actividades científicas y tecnológicas. Estas incluyen, además de I+D, la enseñanza y la formación de científicos e ingenieros, y los servicios científicos y tecnológicos. Dentro de la primera se encuentra la educación y formación de recursos humanos en la que se incluyen todas las actividades de enseñanza superior y formación especializada no universitarias, de enseñanza superior y formación que conduzcan a la obtención de título universitario, de formación y perfeccionamiento postuniversitario y de formación organizada y permanente de científicos e ingenieros. En cuanto a los servicios científicos y tecnológicos, estos comprenden las actividades relacionadas con la investigación y el desarrollo experimental que contribuyen a la producción, difusión y aplicación de conocimientos científicos y

tecnológicos. Dentro de esta categoría se encuentran los servicios de información científica y técnica, recopilación de datos, ensayos y normalización, estudios de viabilidad, trabajos administrativos y jurídicos relativos a patentes y licencias, estudios rutinarios sobre aplicación habitual de conocimientos médicos especializados, estudios relacionados con política y actividades rutinarias de desarrollo de software. Las actividades científicas y tecnológicas, junto con las asociadas al concepto de innovación presentadas anteriormente, son las que se denominarán como ACTI.

Los conceptos anteriores constituyen el objeto de la política, es decir el centro de las acciones que se propone abordar para contribuir a la solución de la problemática identificada y avanzar en la construcción de otros consensos acerca del modelo de operación de un sistema que involucre ciencia, tecnología e innovación entendido como “el conjunto de actores y relaciones que interactúan en la producción, difusión y uso de nuevo, y económicamente útil, conocimiento” (Lundvall, B.-Å (1992)).

1.5 Circular Externa No. 6 Colombia Compra Eficiente:

1. Crear, fomentar, desarrollar y financiar empresas que incorporen innovaciones científicas o tecnológicas aplicables a la producción nacional, al manejo del medio ambiente o al aprovechamiento de los recursos naturales. (literal b) Artículo 2 Decreto 393)
2. Organizar, crear y apoyar centros científicos, tecnológicos y de innovación, parques tecnológicos, incubadoras de empresas y empresas de base tecnológica. (Artículo 2 Decreto 591 y literal c) del artículo 2 del Decreto 393)
3. Formar y capacitar el recurso humano para el avance y la gestión de la ciencia, tecnología e innovación. (literal d) del artículo 2 del Decreto 393)
4. Establecer y conformar redes de investigación e información científica, tecnológica y de innovación. (Decreto 591 y literal e) del artículo 2 del Decreto 393)
5. Crear fondos de desarrollo científico, tecnológico y de innovación a nivel nacional y regional, fondos especiales de garantías y fondos para la renovación y el mantenimiento de equipos científicos. (literal j) artículo 2 del Decreto 393)
6. Realizar seminarios, cursos, congresos, talleres y eventos nacionales o internacionales de ciencia, tecnología e innovación. (Decreto 591 y literal k) del artículo 2 del Decreto 393)
7. Financiar publicaciones y otorgar premios y distinciones a investigadores, grupos de investigación e investigaciones. (literal l) del artículo 2 del Decreto 393)
8. Adelantar proyectos de investigación científica, desarrollo tecnológico e innovación; desarrollo de nuevos productos y procesos.
9. Difundir información científica, tecnológica y de innovación, esto es, información, publicación, divulgación y asesoría en ciencia, tecnología e innovación. (Decreto 591)

10. Desarrollar servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la realización de actividades de homologación, normalización y metrología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; a la promoción científica, tecnológica y de innovación; así como a la creación, fomento, difusión, promoción, implementación y gestión de sistemas de calidad total y de evaluación tecnológica. (Documento CONPES 3582 de 2009)
11. Desarrollar proyectos de innovación que incorporen tecnología, creación, generación, apropiación y adaptación de la misma. (Decreto 591)
12. Transferencia tecnológica que comprende la asesoría, negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías nacionales o extranjeras. (Decreto 591)
13. Cooperación en ciencia, tecnología e innovación nacional o internacional. (Decreto 591)
14. Apropiación social de la ciencia, la tecnología y la innovación a través de la integración de la cultura científica, tecnológica e innovadora a la cultura regional y nacional. (numeral 5 del artículo 18 Ley 1286 de 2009)
15. Elaborar y desarrollar proyectos de investigación y desarrollo experimental (I+D), formación y capacitación científica y tecnológica, servicios científicos y tecnológicos y actividades de innovación e innovación social. (Documento CONPES 3582 de 2009)

1.6 Recomendación sobre la normalización internacional de las estadísticas relativas a la ciencia y la tecnología

Actividades científicas y tecnológicas (ACT): Actividades sistemáticas que están estrechamente relacionadas con la producción, la promoción, la difusión y la aplicación de los conocimientos científicos y técnicos, en todos los campos de la ciencia y la tecnología. Estas actividades comprenden la I y D, la enseñanza y la formación y T (EFCT y los servicios científicos y tecnológicos (SCT), definidas en los apartados A9 a C) más abajo.

- a) *Investigación científica y desarrollo experimental: Cualquier trabajo sistemático y creador realizado con el fin de aumentar el caudal de*

conocimientos, inclusive el conocimiento del hombre, la cultura y la sociedad, y de utilizar estos conocimientos para descubrir nuevas aplicaciones. En la mayoría de los campos pueden distinguirse varias categorías,

aa) Actividades de investigación científica: todas las actividades sistemáticas y creadoras encaminadas a aumentar el caudal de los conocimientos científicos y a aplicarlos.²⁰⁸

bb) Desarrollo experimental: trabajo sistemático en el que se utilicen los conocimientos obtenidos de la investigación o de la experiencia práctica y encaminado a generar nuevos materiales, productos y dispositivos, a establecer nuevos procesos, sistemas y servicios, y a mejorar substancialmente los ya existentes o establecidos.

b) Enseñanza y formación C y T: (EFCT) generalmente del tercer grado: todas las actividades de enseñanza y de formación de nivel superior no universitario especializado, de enseñanza y de formación de nivel superior que conduzcan a la obtención de un título universitario, de formación y de perfeccionamiento post universitarios y de formación permanente organizada de científicos e ingenieros. Estas actividades corresponden en general a los grados 5, 6 y 7 de la CINE.

²⁰⁸ La recomendación divide a estas actividades según su campo de desarrollo entre actividades de investigación científica en las ciencias exactas y naturales, la tecnología y las ciencias médicas y agrícolas, y actividades de investigación científica en la esfera de las ciencias sociales y humanas. <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001140/114032s.pdf#page=195> (La descripción de estas actividades se encuentran en el documento de la Recomendación, el cual se encuentra publicado en este link)

- c) Servicios científicos y tecnológicos: actividades relacionadas con la investigación y el desarrollo experimental que contribuyen a la generación, la difusión y la aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos (...)²⁰⁹

1.7 Manual de Frascati

La innovación se asocia a la incertidumbre sobre el resultado de las actividades de dicha innovación. No se sabe de antemano cuál será el resultado de las actividades de innovación, por ejemplo, si la I+D dará lugar a un producto comercial de éxito, ni cuánto tiempo y recursos serán necesarios para introducir un nuevo proceso de producción (...)

La innovación implica inversión. La inversión en cuestión puede incluir adquisiciones de activos materiales e inmateriales, así como de cualquier otro tipo (tales como salarios o la compra de equipos o de servicios) que podrán ser potencialmente rentables en el futuro

La innovación está sujeta a los efectos del desbordamiento tecnológico: raramente las ventajas de la innovación creativa son apropiadas de forma íntegra por la empresa inventora. (...)

La innovación implica la utilización de un nuevo conocimiento o un nuevo uso o una combinación de conocimientos existentes. (...)

²⁰⁹ <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001140/114032s.pdf#page=195> (La totalidad de las definiciones de servicios científicos y tecnológicos se encuentran en el documento de la Recomendación, el cual se encuentra publicado en este link)

La innovación tiene como objetivo la mejora de los resultados de la empresa mediante la obtención de ventajas competitivas (o simplemente manteniendo la competitividad).

1.8 Contratos de C, T e I bajo el anterior régimen (Decreto 591 de 1991)

Artículo 7° Las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas que se regulan en este Decreto son las siguientes:

1. Financiamiento.
2. Administración de proyectos.
3. Fiducia.
4. Prestación de servicios científicos o tecnológicos.
5. Consultoría científica o tecnológica.
6. Obra pública, consultoría e interventoría en obra pública.
7. Arrendamiento, compraventa y permuta de bienes inmuebles.
8. Arrendamiento, compraventa, permuta y suministro de bienes muebles;
9. Donación, y
10. Convenios especiales de cooperación.