

Los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro, y su inclusión como modalidad  
en el estatuto general de la contratación estatal

Nevis Acosta Suárez  
Martha Ligia Guarnizo Rojas

Trabajo presentado como requisito para optar al título de magister en derecho administrativo

Directora  
Dra. Carolina Blanco Alvarado

Universidad Libre  
Maestría en derecho administrativo  
Facultad de Derecho  
Bogotá, D.C.

**Dedicatoria:**

*Con todo el amor del mundo dedico a mí familia este esfuerzo por el apoyo y confianza que siempre me han dado en todos los proyectos que emprendo*

*Nevis Acosta*

*Con un placer infinito dedico el esfuerzo, responsabilidad y constancia a mi familia, quienes nunca han perdido la fe y la confianza en mis capacidades y proyecciones.*

*Martha Ligia*

**Agradecimientos:**

*Agradecimiento absoluto a mis padres Rafael y Edita por ser ejemplo de responsabilidad, esfuerzo, dedicación y amor en mí vida.*

*Nevis Acosta*

*Mi perenne agradecimiento a Edgar, mi esposo, por sus consejos, y a Juan Pablo, mi hijo, porque es mi eterna inspiración.*

*Martha Ligia*

*A la doctora Carolina Blanco, nuestra directora de tesis, quien con sus acertados y valiosos aportes, contribuyó a fortalecer aún más el resultado de esta investigación.*

*Nevis y Martha Ligia*

## Tabla de contenido

### Introducción

	Págs.
Capítulo 1. ....	27-75
1. Naturaleza jurídica de los Convenios de Asociación.....	27
1.1. El contrato estatal y el convenio de la administración.....	27-34
1.2. Diferencia entre contrato estatal y convenio de la administración.....	34-35
1.3. Tipología de convenios de la administración.....	36
1.3.1. Los convenios con organismos internacionales.....	36-37
1.3.2. Convenios de Apoyo.....	37
1.3.3. Los convenios de asociación entre entidades públicas.....	37
1.3.4. Los convenios especiales de cooperación en ciencia y tecnología.....	37-38
1.4. Convenios de Asociación. Naturaleza jurídica.....	39-52
2.- Marco normativo de los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro.....	52-53
2.1.- Antecedentes históricos.....	53-62
2.2. Desarrollo Normativo de los Convenios de Asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro.....	62-68

2.3. Desarrollo jurisprudencial de la figura de los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro.....	68-71
2.4. Reglamentación de los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, que empieza a regir el 1º de junio de 2017.....	71-75
Capítulo 2.....	76-135
1.- Falencias en la aplicación de los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro, a la luz del decreto 777 y 1403 de 1992.....	76-77
1.1. Violación de los principios de transparencia y selección objetiva del Estatuto general de la contratación pública.....	77-78
1.2. Desconocimiento de las excepciones previstas en los decretos reglamentarios 777 y 1403 de 1992.....	78-80
1.3. Falta de idoneidad para la ejecución del objeto contractual por parte de la Entidad privada sin ánimo de lucro.....	80-82
1.4. Subcontrataciones por parte de las ESAL.....	82
1.5. La inexecución o deficiente ejecución del objeto contractual.....	82-84
1.6. Deficiencia en la supervisión técnica, administrativa y financiera.....	84-86
1.7. Ineficiencia del gasto público de inversión social.....	86-87
1.8. Concentración en la contratación a un número reducido de ESAL, que monopolizan la inversión estatal.....	87-92

1.9. Falta de control jurídico y tributario de los dineros estatales que son entregados a las ESAL.....	92-94
1.10. Dificultad o imposibilidad de medir el beneficio social en la actividad de las ESAL, para determinar racionalidad del gasto público de inversión social.....	94-96
2. Análisis de casos que evidencian las falencias enunciadas en vigencia de los decretos 777 y 1403 de 1992.....	96-97
2.1. Radicación no. 21335-2009. Presuntas irregularidades en la celebración del convenio de asociación no. 010 del 30 de diciembre de 2009.....	97-102
2.2. Radicación 7509-2011. Presuntas irregularidades en la ejecución del convenio de asociación no. 021-2009.....	102-109
2.3. Radicación no. IE-12170-2014. Presuntas irregularidades en la suscripción y ejecución del convenio de asociación no. 264 de 2013.....	109-116
2.4. Radicación no. IE19657-2012. Presuntas irregularidades en la ejecución de los contratos de apoyo de actividades de interés público nos. 058 de 2011 y 053 de 2012.....	116-126
2.5. Radicación no. ER31189-2014. Presuntas irregularidades en el contrato interadministrativo no. 017 de 2011 y el convenio de asociación no. 1525 de 2011.....	126-130
3. Implicaciones negativas con el uso indebido de la figura de los convenios de asociación, en vigencia de los decretos reglamentarios 777 y 1403 de 1992.....	133-135
Capítulo 3. ....	136-191

Determinación de los criterios para un procedimiento que permita la aplicación de los principios de transparencia, selección objetiva, cumplimiento de los fines sociales y control efectivo, en la selección de las entidades sin ánimo de lucro.....	136-137
1. Los convenios de asociación a la luz del nuevo decreto reglamentario 092 del 23 de enero de 2017.....	137-138
1.1.Análisis del decreto 092 de 2017, teniendo en cuenta su estructura normativa .....	138-139
1.2. Fundamentos jurídicos o consideraciones.....	139-142
1.3. Objeto del decreto 092 de 2017.....	142-143
1.4. Procedencia de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.....	143-148
1.5.Elemento esencial -reconocida idoneidad.....	148-150
1.6. Aplicación de procesos competitivos.....	150-152
1.7. Asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir actividades propias de las Entidades Estatales.....	153-154
1.8. Régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades.....	154-155
1.9. Aplicación de los principios de la contratación estatal.....	155-156
1.10.Aplicación de normas generales del Sistema de contratación pública.....	156
1.11.Registro Secop.....	156-157
1.12.Exclusión del RUP.....	157
1.13.Vigencia y derogatorias.....	157-161

2. Aplicación de los principios de la contratación administrativa a la luz de los decretos reglamentarios del artículo 355 de la Constitución Política.....	161-163
2.1. De los principios que gobiernan la actividad contractual del estado.....	163-164
2.1.1. Principio Transparencia.....	164-166
2.1.2. Principio de economía.....	166-167
2.1.3. Principio de Responsabilidad.....	167-171
2.1.4. Deber de Selección objetiva.....	171-172
2.1.5. Principio de planeación.....	172
3. Criterios para la estructuración de un procedimiento contractual en los convenios de asociación que permita la aplicación de los principios de transparencia y selección objetiva bajo una modalidad propia.....	173-176
3.1. Determinación de la reconocida idoneidad de la entidad privada sin ánimo de lucro.....	176
3.1.1. Concordancia del objeto misional de la ESAL con el objeto a contratar.....	177-178
3.1.2. Experiencia.....	178
3.1.3. Capacidad jurídica.....	178-180
3.1.4. Capacidad organizacional.....	180-182
3.1.5. Capacidad Técnica.....	182
3.1.6. Indicadores de eficiencia de las ESAL.....	182-184
3.1.7. Resultados meritorios.....	184
3.1.8. Régimen tributario.....	185



3.1.9. Riesgos del proyecto.....	185
3.1.10. Del control ciudadano.....	185-188
4. De la inclusión como quinta modalidad en el Estatuto general de la contratación estatal.....	188-191

Conclusiones

Referencias Bibliográficas

**Tabla de Gráficas**

Cuadro No. 1. Convenios de la Administración.....	39
Cuadro No. 2. Resumen casos analizados.....	130-131
Cuadro No. 3. Gráfico de la K uso indebido de la figura de los Convenios de asociación.....	132
Cuadro No. 4. Gráfico que ilustra inversiones de dineros en Convenios de asociación por entidad .....	132

## **Introducción**

En la actualidad resulta pertinente abordar el tema de las buenas prácticas en la Gestión Pública, en razón al alto grado de corrupción en la actividad contractual del Estado Colombiano, que nos invita a reflexionar con una mirada crítica y constructiva, los distintos procedimientos o modalidades que se han establecido para el manejo de los recursos públicos, los principios que rigen dicha actividad, a efectos de evidenciar las deficiencias y la necesidad de concebir una nueva estrategia orientada al fortalecimiento de la moralidad y transparencia en los negocios jurídicos en que tenga parte el estado.

Es por ello que este trabajo de investigación tiene como objeto de estudio, la figura de los Convenios de Asociación con Entidades sin Ánimo de lucro, de creación constitucional y que corresponde a una práctica permanente y continua de las entidades gubernamentales, como mecanismo de administración del recurso público, cuestionada no solo por los entes de control, sino por la ciudadanía en general, que observa con indignación, la proliferación de entidades sin ánimo de lucro, que aunque no cumplen con las exigencias de reconocida idoneidad y experiencia que consagra la norma constitucional, absorben de manera ilimitada e irresponsable, con anuencia de administraciones de turno, gran cantidad de presupuesto público, sin que se cumpla con la finalidad de inversión social, base y razón de ser de esta clase de convenios.

De ahí surge el problema objeto de investigación que pretende responder al siguiente interrogante: *¿Cómo lograr que los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro, cumplan con el fin primordial del estado, de servir a la comunidad, garantizando la aplicación de los principios de transparencia y selección objetiva?*

Partiendo de la base de que los Convenios de Asociación nacen como una forma de erradicar la práctica de los auxilios parlamentarios, a fin de evitar que se siguiera haciendo un mal uso de los recursos públicos, no es admisible desde ningún punto de vista, que no se haya previsto un procedimiento claro que garantice bajo parámetros de mérito y criterios de selección objetiva, el cumplimiento de la finalidad de servir a la comunidad, con la celebración de esta clase de convenios prevista por el legislador en el artículo 355 de la Constitución Política, en pro del fomento de las actividades en beneficio social y el impulso estatal para incentivar las organizaciones sin ánimo de lucro que gocen de reconocida idoneidad y experiencia, entendida esta como la capacidad técnica y administrativa, basada en resultados óptimos que le permitan el cumplimiento del objeto contractual.

La actividad contractual, no puede ser ajena a los principios de la función administrativa contemplados en el Artículo 209 de la Constitución Política, los cuales se erigen como postulados fundamentales de la gestión administrativa, con el propósito de que los fines del Estado se cumplan, de manera eficiente, responsable, transparente y eficaz.

Nuestra legislación en aras de lograr la correcta inversión de los recursos públicos consagró procedimientos que enmarcados dentro de unos principios de rango constitucional y legal, garanticen la distribución justa y equitativa de éstos, a través, de la colaboración de los particulares que en condiciones de igualdad e imparcialidad participan en la actividad contractual del Estado.

No obstante, en el desarrollo normativo de la actividad contractual para el manejo de los recursos públicos y la búsqueda de la eficiencia de la gestión pública, escapa de este propósito la figura de los Convenios de Asociación, los cuales tienen su génesis en la Constitución Política en

el Artículo 355<sup>1</sup>, reglamentado inicialmente por los Decretos 777 y 1403 de 1.992 y el Decreto 2459 de 1.993, normatividad especial anterior y ajena al estatuto contractual colombiano, en donde se consagró de manera particular y puntual, el uso de esta tipología sin definir un procedimiento claro para la celebración de estos convenios, lo que implicó un amplio margen de discrecionalidad por parte de la administración pública, en la escogencia de la ESAL, la determinación de los objetos y la práctica reiterada y común de esta figura de carácter exceptivo, que generó el abuso en su aplicación.

El Gobierno nacional como consecuencia del uso inadecuado de los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, expidió una nueva reglamentación contenida en el decreto 092 del 23 de enero de 2017, que entró en vigencia el 1º de junio del mismo año, derogando las anteriores reglamentaciones e introduciendo la aplicación de los principios de la contratación estatal, así como el diseño de unos procedimientos contractuales con participación plural de las ESAL, en casos específicos, determinando unos criterios de escogencia, desarrollados a través de una guía confeccionada por Colombia Compra Eficiente, que si bien sirven de pauta y sugerencias, adolecen de carácter coercitivo y por ende mantienen un margen de discrecionalidad de los entes administrativos que impiden una escogencia basada en criterios objetivos, esto es, libre de todo afecto o interés, pilar sobre el que se erige el principio de selección objetiva.

---

<sup>1</sup>“Constitución Política, Art. 355: Ninguna de las ramas y órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, 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. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

Pese a lo anterior, la actual normatividad reglamentaria fue tímida en su intento por armonizar esta tipología con el estatuto general de la contratación pública, porque aunque consagró la aplicación de los principios que rigen la contratación del Estado, sigue estando ajena al mismo, en la medida en que no fue incluida dentro de las modalidades propias de la contratación estatal, que en la normatividad general corresponden a cuatro: “Licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa”, por lo que este trabajo investigativo propone que la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro, se incluya como una quinta modalidad de selección, que responda a la naturaleza especial que reviste esta tipología contractual, en razón a las características y condiciones que enmarcan al sujeto particular que interviene, así como el objeto social y beneficio público que se deriva del mismo.

Tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado han coincidido en señalar que el objeto de los contratos o convenios que consagró el artículo 355 de la Constitución Política, es impulsar o apoyar por parte del Estado, la actividad de fomento y beneficio común que realizan las entidades privadas sin ánimo de lucro, a fin de incentivar la participación de los particulares en las actividades sociales propias a cargo del Estado y que se encuentran incluidas dentro del Plan Nacional de Desarrollo y los Planes Seccionales de Desarrollo, bajo los parámetros, exigencias y exclusiones o excepciones del uso de esta figura jurídica, de tal forma que no permita equívoco alguno o abuso en su aplicación y garantice el acatamiento de los principios, tanto de orden constitucional, como contractual, en la actividad comercial del Estado con dichos particulares.

La metodología investigativa que orientó el desarrollo del presente trabajo, fue un estudio cualitativo con enfoque jurídico de la información referente al tema, aplicando el método teórico deductivo, a través del análisis y síntesis del material documental, desde fuentes primarias y

secundarias, teniendo presente el referente normativo constitucional, legal y reglamentario, integrado con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, así como la amplia doctrina, artículos científicos publicados en revistas indexadas, trabajos de tesis que abordaron el tema desde diferentes ópticas, que permitieron reafirmar el enfoque y la propuesta delineada en el trabajo investigativo.

Lo anterior, complementado con el estudio y análisis de cinco (5) casos escogidos como una manera de evidenciar las falencias en la aplicación de los Convenios de Asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, conocidos previamente durante la experiencia laboral como operadores disciplinarios en el organismo de control distrital, Personería de Bogotá.

Partiendo previamente desde un contexto general sobre la concepción de las formas como el Estado desarrolla su actividad negocial con la colaboración de los particulares, esto es, desde la definición y naturaleza del contrato y del convenio, bajo la perspectiva del derecho administrativo se pudo contar con los elementos teóricos para definir la naturaleza jurídica de los contratos de interés público o convenios de asociación.

Con el anterior enfoque, se abordó el tema de manera crítica y constructiva, para estructurar un modelo de propuesta regulatoria de los convenios de asociación, que beneficie el fomento o impulso de las actividades de carácter social y de beneficio comunitario de las entidades sin ánimo de lucro, pero dentro de parámetros de mérito, selección con criterios objetivos, moralidad, transparencia, responsabilidad, eficiencia y eficacia de la función administrativa, que permita la distribución justa y equitativa del erario.

Es así, que el primer objetivo estuvo orientado a identificar la naturaleza jurídica de los Convenios de Asociación con Entidades sin Ánimo de lucro, para lo cual se abordó diferenciando prima facie los conceptos de contrato y convenio, como el género y la especie, en

donde el contrato es un acuerdo de voluntades en que una parte se compromete con la otra a dar, hacer o no hacer una cosa y ésta a pagar un precio o contraprestación, mientras que el convenio es aunar esfuerzos para la consecución de un objetivo común, figuras que corresponden a la esencia del derecho común, civil y comercial del que se vale el derecho público para estructurar la concepción unificada del contrato estatal, que permiten enmarcar el camino para llegar a la definición, alcance y efectos del desarrollo y aplicación de los convenios de asociación, como una tipología contractual autónoma, que obedece a características y naturaleza propia, como bien lo presenta, tanto la doctrina actual como la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Con estos elementos, se avanzó en los conceptos de contrato estatal y convenio de la administración, dado que la actividad contractual del Estado se vale de la participación y colaboración tanto de los particulares, como entre entidades públicas, para la consecución de los fines esenciales, utilizando como mecanismo los actos jurídicos que comportan, de una parte el acuerdo de voluntades o contrato estatal, y de otra, la voluntad unilateral de la administración, que se concreta en los actos administrativos, siendo para el presente estudio, el negocio jurídico el que aporta la naturaleza de acuerdo, contrato o convenio, que responde a la gestión contractual, base para llegar a las especificidades propias de los convenios de asociación, tema central que nos ocupa, que nos permite diferenciar e individualizar las tipologías de los convenios de la administración, como los que merecieron un análisis específico en este trabajo: convenios con organismos internacionales, convenios de apoyo, convenios de asociación entre entidades públicas y convenios especiales de cooperación en ciencia y tecnología.

Una vez conceptualizados los términos y conceptos que en materia contractual resultan necesarios para entender la naturaleza del convenio de asociación, nos adentramos en el análisis



de la estructura normativa de esta figura jurídica, desde como la concibió el constituyente primario, para hacer efectiva la prohibición de los auxilios parlamentarios, cuyo exagerado y desbordado uso, generó la reacción tanto de la ciudadanía, como de la Asamblea nacional constituyente en procura de sustraer del Estado esa práctica nefasta.

No obstante, si bien se pretendía la erradicación total de esta forma de inversión social tercerizada o a través de entidades no lucrativas, ante la sentida necesidad de mantener la actividad de fomento, como un mecanismo encaminado a incentivar, proteger e impulsar las actividades benéficas de las entidades privadas sin ánimo de lucro, cuya misionalidad es colaborar con el Estado en las acciones sociales en pro de la población más vulnerable, se determinó que el incentivo económico proveniente del erario, se sometiera a las reglas de contratación, a fin de encausar la inversión social dentro de los parámetros propios de la gestión estatal basada en principios de racionalización y eficiencia del gasto, participación plural e igualitaria de las ESAL, necesidad de la acreditación de la trayectoria e idoneidad de las mismas en el ámbito de las actividades sociales en interés público y en beneficio de los más necesitados.

Sin embargo, para la fecha de expedición de la Constitución Política de 1991, aún el tema contractual no contaba con el desarrollo y estructuración de principios como lo concibió la Ley 80 de 1993, sino con una normatividad incipiente, que no concebía aún el contrato público, como una categoría única y válida para la gestión contractual de todas las entidades del Estado, sino que se aplicaban procedimientos y trámites cuantas entidades públicas existieran, además se contaba con diferentes categorías de contratos estatales, como los contratos administrativos, contratos privados de la administración, contratos de explotación de bienes del estado, los cuales de acuerdo con su naturaleza, estaban sujetos a la normatividad privada del ordenamiento civil y comercial, o por la normatividad de carácter público, y en ese orden, su clasificación incidía en

la jurisdicción que debía conocer de los conflictos judiciales que los mismos generaban, pudiendo en consecuencia corresponder a la jurisdicción ordinaria o a la contencioso administrativa, según la naturaleza del contrato.

Para el caso de los convenios de interés público creados por el artículo 355 constitucional, por expresa disposición de la norma fueron reglamentados por el Gobierno nacional, como una forma de castigar al Congreso por los excesos en la aplicación de los otrora auxilios parlamentarios, sustrayéndolo de su competencia reglamentaria, que le es inherente, como órgano legislativo del Estado.

Es así que se expidieron los decretos 777, 1403 de 1992 y 2459 de 1993, que conformaron el marco legal para la utilización de esta figura jurídica, durante más de 25 años, los cuales consagraron un régimen basado en unas excepciones o exclusiones para su aplicación, que obedecían y correspondían al uso exceptivo de este mecanismo de contratación por parte de las entidades estatales, que fueron derogados en su totalidad por el decreto 092 del 23 de enero de 2017, que entró en vigencia el 1º de junio del mismo año.

Este trabajo investigativo desde su concepción en la propuesta para la inscripción en la maestría, como en el anteproyecto, proyecto y desarrollo de gran parte del temario, estuvo enmarcado dentro de la normatividad reglamentaria de los años 1992 y 1993, producto de la experiencia laboral como operadoras disciplinarias en la Personería de Bogotá, D.C., en la que constantemente las denuncias y quejas por parte de la ciudadanía y los informes de auditoría a entidades públicas del orden distrital, realizadas por la Contraloría de Bogotá, relacionados con presuntas irregularidades en el uso de la figura de los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, con destinación de un alto porcentaje del presupuesto público, con objetos que debían celebrarse mediante las modalidades establecidas en la Ley 80 de 1993,

desconocimiento de las exclusiones contenidas en los decretos reglamentarios y el uso recurrente de los convenios de asociación siendo de aplicación exceptiva, situaciones que daban origen a procesos disciplinarios que en su gran mayoría culminaban con las más drásticas sanciones.

De ahí, la perspectiva de plantear la necesidad de una nueva estructuración en la aplicación de la figura constitucional, que permitiera de manera efectiva la aplicación de los principios de transparencia y selección objetiva en la escogencia de la ESAL y la determinación de unos criterios que contribuyeran al logro de este propósito, que si bien la nueva reglamentación de 2017, muestra avances significativos, no contempló los aspectos que orientan la propuesta y el enfoque dado a este trabajo de investigación.

El segundo capítulo tuvo como objetivo demostrar, a través del estudio de cinco (5) casos de impacto social y económico, las falencias en la aplicación de los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la luz de los decretos 777 y 1403 de 1992, por el uso inadecuado de dicha figura jurídica, vulnerando los principios de selección objetiva y transparencia, a través de una metodología práctica de estudio de casos basada en el análisis de cinco (5) procesos disciplinarios adelantados por la Personería de Bogotá, en el que resultaron sancionados alcaldes locales y directores de entidades de la administración distrital con destitución e inhabilidad general entre diez (10) a veinte (20) años, por la celebración de convenios de asociación contrariando las excepciones establecidas en la normativa aludida, marco legal aplicable para ese momento.

Así las cosas, pese a existir parámetros constitucionales, como los establecidos en el artículo 355 y legales (decretos 777 y 1403 de 1992), el uso indebido de la figura jurídica y consecuente desconocimiento de los principios de selección objetiva y transparencia contenidos en la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, ley 1474 de 2011 y decretos reglamentarios, evidencian

las falencias en la aplicación de los convenios de asociación, desviando el cumplimiento del fin social e interés común, que se persigue por parte del Estado, a través de los recursos destinados al impulso de programas y proyectos contenidos en planes nacionales y seccionales de desarrollo.

La violación a los principios de transparencia y selección objetiva, se concreta frente a la inobservancia de las exclusiones contenidas en el artículo 2 del decreto 777 de 1992 y el artículo 3 del decreto 1403 de 1992, al celebrar convenios con entidades sin ánimo de lucro, para el desarrollo de actividades u obligaciones contractuales, que implicaban una contraprestación directa a favor de la entidad pública, en la medida en que no se impulsó el objeto social de la fundación que debe estar acorde con el plan de desarrollo, sino que se ejecutaron de manera directa los proyectos a cargo de la entidad estatal, cuando los mismos debieron celebrarse con arreglo a las modalidades consagradas en el Estatuto general de la contratación del Estado.

Aunado al desconocimiento de las excepciones previstas en los decretos reglamentarios 777 y 1403 de 1992, se evidenciaron la falta de idoneidad para la ejecución del objeto contractual por parte de la entidad privada sin ánimo de lucro, lo que conllevó a las subcontrataciones de las obligaciones contractuales por parte de la ESAL, inejecución o deficiente ejecución del objeto contractual, falla en las actividades de la supervisión técnica, administrativa y financiera, ineficiencia del gasto público de inversión social, concentración en la contratación a un número reducido de ESAL que monopolizan la inversión estatal, falta de control jurídico y tributario de los dineros estatales que son entregados a las ESAL, la dificultad o imposibilidad de medir el beneficio social en la actividad de la ESAL, para determinar la racionalidad del gasto público de inversión social.

Es así que en el tercer capítulo, se desarrolla el tercer objetivo que se concreta en la propuesta que responde al problema de investigación planteado, a través de la determinación de unos criterios para la estructuración de un procedimiento contractual en los convenios de asociación que permita la aplicación de los principios de transparencia y selección objetiva, bajo una modalidad propia.

Es por ello que para efectos de visualizar el alcance de esta propuesta, fue necesario partir del análisis de la normatividad reglamentaria actual, decreto 092 del 23 de enero de 2017, el cual entró en vigencia el 1º de junio del mismo año, derogando los decretos reglamentarios 777, 1403 de 1992 y 2459 de 1993, partiendo de una interpretación sistemática de la estructura lógico normativa desarrollada por el Gobierno nacional, donde si bien el decreto reglamentario armonizó la figura de los convenios de asociación con el Estatuto general de la contratación estatal, al consagrar sin ambages la aplicación de los principios de la contratación, sigue siendo ajena al mismo y aún adolece de unos criterios objetivos que permitan o garanticen el cabal cumplimiento de los fines esenciales que se persiguen con esta contratación conforme lo concibió el artículo 355 constitucional, en la medida en que se pretende a través de una guía elaborada por Colombia Compra Eficiente, llenar los parámetros que debe contener una norma reglamentaria a efectos de revestirlos de validez y eficacia.

La remisión a las pautas y parámetros que establezca la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, como ente rector del sistema de contratación pública en Colombia, se traduce en sugerencias, vocablo que como lo define el Diccionario de la Lengua Española, corresponde a una insinuación, inspiración, idea que se sugiere, es decir, que en manera alguna, tiene fuerza coercitiva o vinculante, como lo sería de haberse incluido o integrado al texto normativo reglamentario.

Aunado a lo anterior, las pautas o criterios de la guía propuesta por Colombia Compra Eficiente, no proporcionan elementos objetivos que permitan definir de manera técnica los factores para un concurso en igualdad de condiciones y que genere una sana competencia entre las distintas ESAL, que garanticen el cumplimiento idóneo del objeto contractual y la racionalidad u optimización de los recursos estatales destinados al impulso de la actividad de fomento, por el contrario, continúa con los vicios de la construcción de unas exigencias y factores de escogencia subjetivos y amañados, que no contribuyen a la estructuración de unos requisitos que permitan optimizar con eficiencia y eficacia, la colaboración de los particulares con las funcionalidades estatales en procura del bien común y en especial en beneficio de la población más vulnerable.

El Estado social de derecho, orienta sus fines esenciales en principio, a servir a la comunidad, promover la prosperidad general, que se concretan a través de la función pública y en especial la gestión contractual, constituyéndose la actividad de fomento del Estado, como un mecanismo eficaz para la materialización de los fines enunciados, mediante la financiación de las entidades sin ánimo de lucro, para incentivar e impulsar el cumplimiento de su misión, que no es otra que realizar obras benéficas en procura de satisfacer especialmente las necesidades de la población en condiciones de vulnerabilidad.

Siendo esta una tarea esencial del Estado, la colaboración que prestan las entidades del tercer sector, empresas privadas sin ánimo de lucro, se torna vital, en razón a que su misionalidad tiene como componente el fin social y su actividad genera cohesión, solidaridad y conciencia ciudadana, de ahí la necesidad de que el Estado, destine parte del presupuesto de inversión social a incentivar, fomentar y promover la acción benéfica de esa especial categoría de particulares, como lo señala (Grau 1998), el espacio público no estatal, denominado como “tercer sector”,

“sector no gubernamental” o “sector no lucrativo, es el espacio de la democracia directa o participativa, es decir, es relativo a la participación ciudadana en los asuntos públicos, en la prestación de los servicios a cargo del estado y por ende, crea y desarrolla tejido social, compromiso ciudadano y participación democrática, no solo en la conformación del poder, sino en el ejercicio, control, vigilancia y ejecución del poder político y social.

Bajo este contexto y frente a la mirada histórica de la aplicación de la actividad de fomento del Estado, que no ha logrado cumplir el loable cometido que la orienta, por el contrario la ha permeado la corrupción y los excesos de quienes administran el presupuesto público no en interés general, sino con intereses particulares y mezquinos, desviando la inversión social y con ello, evitando que se forje y construya el progreso y avance significativo que impulse el desarrollo integral de la ciudadanía en general, es que surge la necesidad de una normativa que garantice la efectividad de los principios de contratación estatal aplicados en la escogencia de las ESAL, con criterios objetivos que excluyan todo factor de afecto o interés.

No basta creer que tan sólo el cambio en la legislación, es la panacea para depurar y dejar atrás los vicios que conlleva la práctica jurídica de una figura compleja, como ésta, sino el convencimiento de que sentando las bases normativas que estructuren el proceso de selección de las ESAL como una modalidad contractual especial, propia y autónoma, que garantice una verdadera competencia de los actores privados sin ánimo de lucro, se dará un verdadero y justo destino a la inversión social, creando conciencia colectiva de la legitimación del Estado en la distribución equitativa del presupuesto público en beneficio de la población vulnerable, permitiendo en escala, mejorar las condiciones de vida de dichos ciudadanos, impulsando la renovación y reestructuración de la misionalidad de las ESAL, conforme las políticas públicas que genere la efectividad de la inversión en beneficio social.

Es por ello, que a pesar de la expedición del decreto 092 de 2017, este trabajo investigativo no pierde la importancia, ni la actualidad y mucho menos la novedad y aportación significativa en la estructuración y concepción jurídica de los contratos de interés público propiamente dichos, o consagrados en el artículo 355 de la Constitución Política y los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, por cuanto no solo se concibe la inclusión de la figura jurídica como una quinta modalidad de selección, sino que determina unos criterios propios y acordes con la naturaleza de las entidades privadas sin ánimo de lucro y la misionalidad en beneficio social que las caracterizan, que permiten seleccionar objetivamente, la ESAL más conveniente para cumplir con la finalidad estatal, bajo parámetros de eficiencia, eficacia y racionalidad del gasto público, obtenido del concurso y competencia en igualdad de condiciones y alcanzando el máximo de beneficio social.

Resulta de vital importancia la intervención activa y participativa de los beneficiarios del programa social en las etapas del proceso de selección de las ESAL, inicialmente a través de la determinación real de los beneficiarios del proyecto, de las necesidades a satisfacer y las maneras o mecanismos idóneos y económicamente viables para solucionar con eficacia y eficiencia los problemas sociales que corresponda al programa o proyecto gubernativo acordes con la misionalidad de la ESAL, de otra parte, en la ejecución del objeto contractual, evidenciando el desarrollo concreto de las actividades conducentes al logro del objeto contractual y una vez ejecutado el contrato o convenio estatal, durante el ejercicio de calificación y validación de la ESAL ejecutora, para finalmente, ser gestores de la misma ESAL o de las que lo requieran, acreditando con ello las bondades del programa de fomento estatal y el beneficio a escala que debe alcanzar la ejecución planificada de la inversión social.



Para el logro de estos cometidos, es necesario contar con criterios objetivos que permitan una selección justa, equitativa y con reglas claras e imparciales, que obedezcan tan solo a elementos esenciales y característicos de esta tipología contractual, es por ello que el aporte esencial del presente trabajo investigativo, es que no solo propende por la inclusión de los convenios de asociación como una nueva y quinta modalidad de selección de contratos estatales, sino que a su vez, plantea y determina los criterios que permitirán una selección objetiva que garantice la transparencia, igualdad, participación plural y sana competencia entre los actores del mercado que correspondan a la naturaleza sin ánimo de lucro.

Es preciso reseñar, que desde la creación de la tipología de los convenios de asociación, a pesar de que el artículo constitucional le dio la connotación de contrato estatal en contraposición del mecanismo que en otrora se utilizó como donaciones o auxilios parlamentarios, el Gobierno nacional, a quien expresamente se le facultó para reglamentar la materia, si bien determinó unos criterios o excepciones en el uso de esta figura, con miras a limitar y controlar en principio su aplicación, también lo es, que tras 25 años de mantenerla ajena al Estatuto general de contratación pública y en especial a los principios que rigen la gestión negocial del Estado, posibilitó su exagerada práctica y propició, a través de una especie de contratación directa, el inadecuado, ineficiente e ineficaz gasto público social.

De ahí, la propuesta que nos ocupa, la cual pretende dar solución al problema de la violación de los principios de transparencia y selección objetiva en la celebración de los convenios de asociación, incluyendo esta tipología contractual como una quinta modalidad de selección, que con la aplicación de los principios de la contratación pública y de unos criterios jurídicos, organizacionales, técnicos y económicos, propios y que obedezcan a la naturaleza misma de las ESAL, mediante un verdadero proceso concursal en condiciones de igualdad y

pluralidad competitiva, se escoja la entidad privada sin ánimo de lucro, que cumpliendo su misionalidad, ejecute de manera idónea y bajo parámetros de racionalidad, eficiencia y eficacia económica, el objeto contractual en beneficio de la población más vulnerable, creando tejido social basado en la solidaridad, colaboración y cooperación, legitimando el Estado y fortaleciendo la democracia participativa y el control ciudadano al gasto público.

Solo mediante un proceso de selección, que cuente con unos criterios objetivos que permitan la escogencia del ejecutor sin fines de lucro, con participación plural, igualitaria e imparcial de las ESAL, se podrá asegurar el cumplimiento cabal del objeto contractual y con este el beneficio público que se espera del presupuesto de inversión social, erradicando de esta práctica contractual los criterios subjetivos de escogencia, la falta de idoneidad de las ESAL ejecutoras, quienes a través de una convocatoria pública y una competencia plural e igualitaria, deberán probar su idoneidad, experiencia, condiciones administrativas, organizacionales, jurídicas, técnicas y económicas que garanticen la eficacia en la ejecución del objeto contractual y con ello el beneficio público real de la inversión social, propósito del artículo 355 constitucional.

## **Capítulo 1.**

### **1.- Naturaleza jurídica de los Convenios de Asociación:**

Para el desarrollo de este capítulo se hace necesario abordar los conceptos de contrato estatal y convenio de la administración y la diferencia existente entre estos dos conceptos, como una forma de marcar el camino hacia el tema objeto de estudio.

#### **1.1 El contrato estatal y el convenio de la administración.**

La actividad estatal como eje principal de la Administración Pública, comporta el manejo de los recursos públicos para la consecución de los fines esenciales del Estado, a través de la participación y colaboración de los particulares, lo que genera una actuación por parte de la Administración que involucra en la toma de decisiones a un tercero, esto es, se da con la participación de dos o más voluntades, contratos estatales, y otra, en que la toma de decisiones emana únicamente de la voluntad de la Administración, para garantizar y asegurar su funcionamiento, actos administrativos.

Es preciso señalar, que las manifestaciones enunciadas, a través de las cuales la Administración se vale para el cumplimiento de sus fines, no pueden ser entendidas como diametralmente opuestas, dado que en la actualidad la complejidad de la actividad pública hace que estos dos mecanismos sean inescindibles y correlacionados.

Bajo esta perspectiva, el tratadista Augusto Ramón Marín Chávez, al referirse a los mecanismos utilizados por la Administración Pública, para el logro de los cometidos estatales señala:

“Para lograr la realización de los cometidos estatales, la administración pública acude a diferentes medios, entre los cuales se destacan aquellos que hacen relación a instrumentos de naturaleza jurídica, como son la producción de actos administrativos y la celebración de contratos. También se destacan los relacionados con recursos de naturaleza humana y económica, que tienen que ver con los empleados del mismo Estado *función pública* y con los bienes que este posee para la obtención de sus *fines patrimonio público*. La actuación que se lleva a cabo mediante actos administrativos implica, generalmente la expresión de voluntad del Estado a través de sus propios funcionarios, mientras que la celebración de contratos, por regla general, involucra la colaboración de los particulares, a través de la prestación de servicios, el suministro de bienes o la ejecución de obras” (2008, págs. 41-42).

Ahora bien, en cuanto a los términos de contrato estatal<sup>2</sup> y convenio de la administración, se ha establecido, desde un punto de vista meramente formal, que el primero es el género, en tanto corresponde a un acto jurídico bilateral, que implica un acuerdo de voluntades donde una de las partes es una entidad pública, y el segundo una de las especies, en tanto que si bien, es un acuerdo de voluntades, obedece a una finalidad específica de colaboración, que enfocado a la administración pública, implica un interés común, diferente a la simple contraprestación propia del contrato.

Bajo este contexto el magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa al estudiar la conmutabilidad y reciprocidad negocial del contrato estatal, lo define:

---

<sup>2</sup> Ley 80 de 1993, art. 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 ...”

“Entendemos entonces por contrato del estado o estatal todo negocio jurídico, de contenido económico, consecuentemente oneroso, celebrado, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad, en aras del interés público o general, en el cual una de las partes es una entidad estatal, un particular que cumple funciones administrativas en los términos de la ley, o cualquier otra persona que involucre en el mismo recursos públicos, y en razón del cual se generan, de manera discrecional, ponderada, proporcional y previsiva, obligaciones por regla general recíprocas, de dar, hacer o no hacer alguna cosa, entre las partes intervinientes, construyendo, regulando o extinguiendo entre ellas relaciones jurídicas patrimoniales individuales no generales, debidamente planificadas, obligaciones que se miran como equivalentes conforme a las previsiones objetivas iniciales acordadas por las partes al momento de proponer o de contratar” (Santofimio Gamboa, pág. 13).

El concepto del contrato estatal recoge de manera prácticamente similar la definición del contrato de los artículos 1495 del Código Civil<sup>3</sup> y 864<sup>4</sup> del Código de Comercio, en el entendido que básicamente es un acuerdo de voluntades, producto de consentimiento, del consenso entre el Estado y sus interlocutores previa a una verdadera actividad negocial del Estado, dejando de lado la concepción de la vieja institución del contrato de adhesión, esto es, la imposición unilateral de la voluntad de la administración<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> “Código Civil art. 1495: Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra, a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

<sup>4</sup> Código de Comercio art. 864: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”.

<sup>5</sup> Tesis de la doctrina alemana que se atribuye a los trabajos del profesor Otto Mayer, quien sostenía la imposibilidad de la existencia de contratos entre el Estado y los particulares en razón a la diferencia en la naturaleza y categoría de las partes, dado que para el autor el contrato presupone sujetos jurídicos de la misma categoría, lo que resultaba imposible en la medida de que el Estado, en cuanto sujeto de derecho público implica siempre subordinación y fuerza vinculante unilateral frente a los particulares

Ahora bien, en el derecho administrativo, en materia contractual, en la evolución reciente de la normatividad, es necesario hacer la salvedad respecto del Decreto Ley 222 de 1983, régimen de los contratos de la administración, cuya clasificación distinguía entre los contratos de derecho privado de la administración y los contratos administrativos, enumerados en su artículo 16, cuya naturaleza definía la jurisdicción competente para dirimir las controversias que se suscitaran con ocasión a su celebración, ejecución y liquidación, entre la justicia ordinaria y la especial administrativa. En esta época, había tanta normatividad contractual, cuanta naturaleza de entidades públicas existía, por lo que la Ley 80 de 1993, se constituye en el primer Estatuto general de la contratación pública –EGCP-, que unificó la normatividad con fundamento en un criterio orgánico o subjetivo, unido a un criterio funcional o finalista, estatuyendo que todo contrato donde una de las partes sea una entidad pública, adquiere con ello, la clasificación única y general de contrato estatal, cuyo propósito es *“el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”*<sup>6</sup>; y por ende la jurisdicción competente para dirimir sus conflictos es exclusiva de la contencioso administrativa.

Si bien es cierto, la Ley 80, desechó la clasificación dual de los contratos (contrato administrativo y contrato privado de la administración), y construyó un régimen general de contratación pública, con una sola categoría de contratos, denominada el contrato estatal, basando los fundamentos normativos del acuerdo de voluntades de orden público, en la

---

<sup>6</sup> “Constitución Política, artículo 2º: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; en concordancia con el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, que consagra los fines de la contratación estatal”.

normatividad privada (civil y comercial), salvo las materias reguladas de manera particular y concreta por la ley contractual pública, cuando en el artículo 13, establece al indicar la normatividad aplicable a los contratos estatales, que “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2<sup>o</sup> del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes<sup>8</sup>, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley (...)”.

La Ley 1150 de 2007, cuya finalidad fue concretar los principios de eficiencia y transparencia en los procesos de selección objetiva para la escogencia de los contratistas del estado, señalando como regla general la licitación pública y excepcionalmente las otras modalidades de selección objetiva, en donde enlistó dentro de la contratación directa, el contrato interadministrativo, que se asimila a los convenios interadministrativos.

Existen en la doctrina colombiana diversos planteamientos, como el de Jaime Orlando Santofimio Gamboa, quien sostiene que el estatuto contractual de la administración pública, Ley 80 de 1993, regula los contratos interadministrativos y no los convenios interadministrativos, en la medida que de los primeros se derivan obligaciones para las partes, en tanto que califica a los últimos como “simples convenios o acuerdos de la administración, de los cuales no se pueda deducir ningún régimen obligacional”, es decir, comporta aquellas relaciones jurídicas entre entidades públicas que, fundadas en criterios de colaboración, ayuda o cooperación, no corresponden a verdaderos intereses prestacionales, sino que constituyen simples convenciones entre sujetos administrativos o entidades estatales.

---

<sup>7</sup> “Ley 80 de 1993, artículo 2 del numeral 1º, literal a) enuncia las entidades estatales de que se compone el Estado Colombiano”.

<sup>8</sup> “El artículo 40 ibídem, al reglamentar el contenido de los contratos estatales, estableció que: las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza, dentro del marco que permita la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales”.

Si bien, la Ley 80 de 1993, no hace mención a la categoría de convenios, toda vez que solo contempló la figura del contrato interadministrativo, es claro que por tratarse de un acuerdo de voluntades entre sujetos de naturaleza pública, su esencia y finalidad debía orientarse al interés común y al cumplimiento de los propósitos estatales consagrados en la Constitución Política, por encima del carácter prestacional y oneroso que caracterizan los contratos.

Expuesta la definición de contrato, tanto en el ámbito privado (civil y comercial) y público, resulta necesario adentrarnos en la concepción de convenio, a fin de entender las diferencias y similitudes entre estas dos figuras y con ello la evolución normativa y jurisprudencial, que nos aproxima al concepto de convenio de asociación y específicamente al que se refiere a la relación comercial entre los sujetos de carácter públicos y las entidades privadas sin ánimo de lucro, tema específico de investigación.

La palabra convenio proviene del latín *convenire*, verbo *convenir* que significa “acordar, estar de acuerdo, concordar, coincidir causando obligación”, lo que nos permite deducir que desde el punto de vista simplemente formal, contrato y convenio ambos obedecen a un acuerdo de voluntades que genera obligaciones.

Frente a la ausencia de regulación del convenio interadministrativo y la práctica usual de este mecanismo de colaboración entre entidades estatales, hizo que por vía jurisprudencial se asimilara el contrato interadministrativo y el convenio interadministrativo, como generadores de obligaciones, estableciendo la esencia de los mismos en la categoría de los sujetos intervinientes y no de la modalidad utilizada para la celebración de los mismos.

Así lo señaló la Sala plena de la Corte Constitucional en sentencia del veintiocho (28) de octubre de dos mil quince (2015):



“A pesar de que la norma se refiere únicamente a los contratos interadministrativos, esto no implica que la excepción a la licitación pública sólo se aplique a éstos y no a los convenios interadministrativos, puesto que ello conduciría a una interpretación irrazonable según la cual esta modalidad contractual, cuyo objeto y finalidad sólo interesa a la administración, deba ser celebrado siguiendo el procedimiento de selección objetiva y en la cual únicamente será proponente aquélla. En tal sentido, la causal de contratación directa es aplicable a los convenios y a los contratos interadministrativos. La regla de contratación directa fue desarrollada por el Artículo 76 del Decreto 1510 de 2013, *Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública*, el cual dispone que esta modalidad de contratación es aplicable a los contratos y convenios interadministrativos: Artículo 76: Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre entidades estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 73 del presente decreto. Cuando la totalidad del presupuesto de una entidad estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las entidades estatales” (C Const, C 671/1999, A. Rojas).

En ese mismo sentido, en Sentencia del 23 de junio de 2010, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, siendo ponente el Magistrado Fajardo Gómez, “consideró y argumentó que los conceptos de convenio interadministrativo y contrato interadministrativo eran iguales” (CE 3, 23 Jun. 2010. M. Fajardo Gómez).

Si bien la Corte Constitucional asimiló los conceptos de contrato y convenio interadministrativo, en razón a la calidad de los sujetos de la relación negocial (entidades de carácter público), se destaca la diferencia entre el objeto o la finalidad que persiguen en la medida que ambos surgen de un acuerdo de voluntades, pero en tratándose de contratos,

hablamos de contraprestación y por ende intereses opuestos, mientras que el convenio involucra la colaboración mutua, la unión de esfuerzos para el cumplimiento de fines de interés común.

El convenio de la administración se celebra entre personas jurídicas públicas o entre estas y los particulares, lo que indica que siempre una de las partes debe ser una entidad de carácter público, por lo tanto pueden concurrir a la celebración las personas jurídicas públicas del orden nacional, tanto del sector central como descentralizado, así como entidades territoriales y las que corresponden a su sector descentralizado.

### **1.2 Diferencia entre contrato estatal y convenio de la administración.**

Como se ha venido señalando el contrato estatal se caracteriza por el acuerdo de voluntades con prestaciones recíprocas, en el que las partes tienen intereses propios e independientes, en tanto que el convenio de la administración busca satisfacer un interés común (Santos Rodriguez, 2009), una finalidad pública, en donde no hay onerosidad, ni contraprestación, por cuanto se basa en la colaboración y cooperación o interés entre las partes y en esta medida se comparten las actividades, que pueden ser aporte de dinero, de una parte y de trabajo (aporte en especie), de la otra.

El contrato estatal es conmutativo, razón por la cual se tiene en cuenta la igualdad y el equilibrio entre prestaciones y derechos, principio de interpretación de los contratos estatales consagrado en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993<sup>9</sup>; mientras que en el convenio de la administración, no se exige la equivalencia entre las obligaciones asumidas por las partes, por cuanto no existen contraprestaciones recíprocas, por la ausencia de conmutatividad.

---

<sup>9</sup> “Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales. (...) se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracterizan a los contratos conmutativos”.

En el contrato estatal se debe garantizar el equilibrio económico durante toda la ejecución del contrato (Rodríguez Rodríguez, 2011), el rompimiento del mismo, genera la obligación por parte del Estado de restablecerlo. En el convenio de la administración no es dable la aplicación de este principio, por cuanto al no existir contraprestación, ni onerosidad, no se podría configurar desequilibrio económico alguno.

La justicia arbitral coincide en las anteriores diferencias sobre convenio y contrato estatal, al señalar, en uno de sus pronunciamientos:

“En el contrato estatal se aplica la institución de la conservación del equilibrio contractual que obliga a la entidad estatal a restablecerla en caso de que se rompa por razones no imputables al contratista, generándose en consecuencia la posibilidad de pagar indemnizaciones o compensaciones a favor del contratista por la ruptura económica del contrato por causas no imputables a este. En el convenio no existe la posibilidad puesto que ninguna de las entidades signatarias le presta un servicio a la otra, ni mucho menos existe una remuneración por el servicio prestado, lo que excluye la posibilidad de la ruptura del equilibrio económico financiero del convenio” (Perdomo Guerrero, 2014, pág. 35).

En España, sin pretender ahondar en el derecho comparado, es preciso señalar que como lo ha sostenido García de Enterría y Fernández, existe una marcada diferencia entre convenio interadministrativo y contrato interadministrativo, lo que se evidencia con la normatividad que regula cada materia de manera independiente, en la medida en que los primeros se remiten al derecho de la organización, mientras que el último se regula por el estatuto contractual de la administración, es decir, por el ordenamiento regulador de los contratos celebrados entre la administración y los particulares (Fernandez Rodríguez & García de Enterría, 2011).

### **1.3 Tipología de convenios de la administración.**

Siendo el convenio de asociación sin ánimo de lucro, una de las tipologías de los convenios de la administración, resulta pertinente hacer mención, sin profundizar en el tema, para no desviarnos del objeto de estudio, de los demás tipos de convenios de que el Estado se vale para el cumplimiento de sus fines, entre los que se encuentran como dos grandes vertientes, los celebrados entre personas jurídicas públicas, que son los llamados por el legislador contratos interadministrativos, que la jurisprudencia asimiló a los convenios interadministrativos, y los celebrados entre las entidades públicas con particulares, convenios donde una parte es el ente público y la otra, el particular sin ánimo de lucro.

Es así, que la normatividad y la doctrina, han establecido una serie de tipologías, que se ubican en los dos grupos enunciados, tales como: convenios con organismos internacionales; convenios de apoyo; convenios de asociación entre entidades públicas; convenios de asociación con particulares sin ánimo de lucro; convenios especiales de cooperación y convenios de asociación para adelantar actividades científicas y tecnológicas, que para entender la naturaleza de los mismos, haremos una síntesis de sus características esenciales y la normatividad que los rige.

#### **1.3.1. Los convenios con organismos internacionales.**

Se encuentran reglamentados en el artículo 20 de la ley 1150 de 2007, y los define como, aquellos que son “financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, los cuales podrán someterse a los reglamentos de tales entidades, de lo contrario deberán someterse a los procedimientos establecidos en la ley 80 de 1993”.

No obstante, continúa la norma señalando que “los convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional, cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud, convenios necesarios para la operación de la OIT, convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM, convenios financiados con organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades”.

### **1.3.2. Convenios de Apoyo.**

Se usa como sinónimo de los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro (artículo 96 de la Ley 489 de 1998), cuyo régimen está consagrado en el artículo 355 de la Constitución Política, regulados por los decretos 777, 1403 de 1992 y 2459 de 1993, recientemente derogados por el Decreto 092 del 27 de enero de 2017, cuya vigencia empieza a partir del 1º de junio de la presente anualidad.

Sobre los mismos, no ahondaremos por tratarse del tema objeto de investigación.

### **1.3.3. Los convenios de asociación entre entidades públicas.**

Los definió el artículo 95 de la ley 489 de 1998, y corresponden a la asociación entre entidades públicas para la cooperación “en el cumplimiento de funciones administrativas o prestar conjuntamente servicios a su cargo”, mediante convenios de asociación o la creación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

### **1.3.4. Los convenios especiales de cooperación en ciencia y tecnología.**

El Congreso de la República, mediante la ley 29 de 1990, dictó disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico y adicionalmente facultades extraordinarias al Ejecutivo para diferentes efectos en esta materia, es así como el gobierno expide en uso de dichas facultades el Decreto Extraordinario 393 de 1991, en el que se autorizó en el artículo 1º, a la Nación y a sus entidades descentralizadas, para asociarse con particulares, con la finalidad de adelantar actividades científicas y tecnológicas, a través de dos modalidades: La constitución y organización de sociedades civiles y comerciales y personas jurídicas sin ánimo de lucro, como corporaciones y fundaciones; y mediante la celebración de convenios especiales de cooperación.

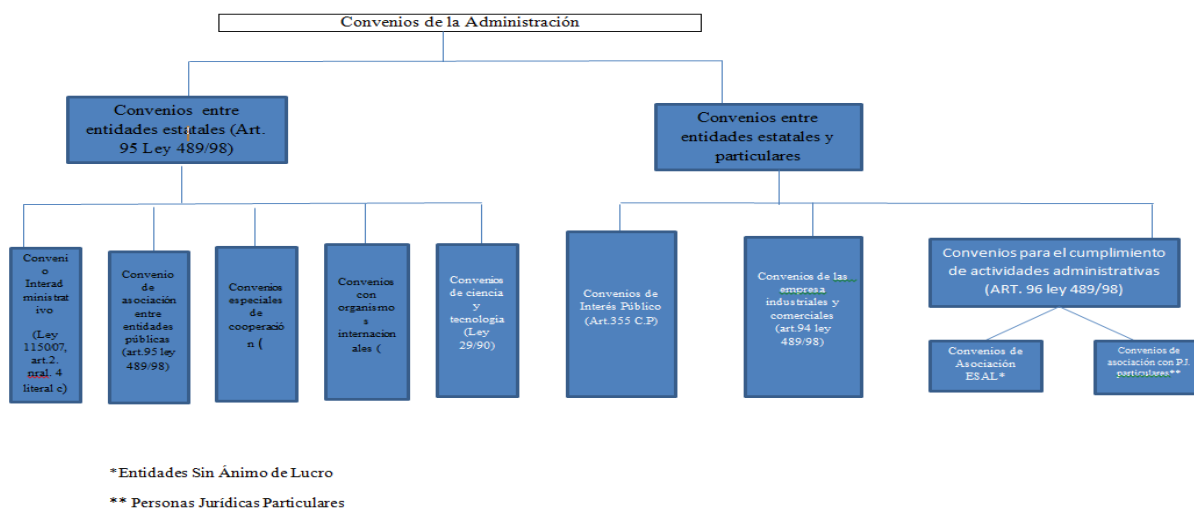
Los convenios de cooperación en ciencia y tecnología se someten a las normas del derecho privado conforme a lo normado en el ordinal 5 del artículo 7 del decreto 393 de 1991.

El estatuto general de contratación pública, los incorpora como una de las causales de selección por la modalidad de contratación directa.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> “Ley 1150 de 2007, artículo 2º, numeral 4º: Contratación directa, literal e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas”.

## Convenios de la administración. Cuadro No. 1



### 1.4. Convenios de Asociación. Naturaleza jurídica.

El Estado en su evolución histórica, ha tenido diferentes concepciones respecto al papel de los particulares en la gestión estatal, es así que en el estado gendarme, el aparato estatal estaba instituido para la preservación de la seguridad, el orden y la justicia social, con el fin de que los particulares pudieran ocuparse de sus asuntos privados.

Con la revolución industrial, la apertura de mercados y auge del sistema monetario, fue necesario que el Estado interviniera especialmente en las regulaciones de las actividades mercantiles, laborales y de índole económica, a fin de garantizar una justicia social, una equilibrada distribución de recursos y regular las actividades privadas dentro de un concepto de interés general o función social.

Con el Estado bienestar, proteccionista o benefactor, el estado aprovecha los excedentes que genera la bonanza de capitales para invertir en el bienestar de sus asociados, generando una satisfacción laboral, social, económica y una distribución de recursos más equitativa, justa y con la prevalencia del interés público sobre el particular.

Finalmente, este Estado bienestar evoluciona al denominado Estado Social de Derecho, en el que, a través de las constituciones se establece como eje central la dignidad humana, se enmarca el poder del estado en los principios y los derechos fundamentales del hombre, en la democracia, los derechos de las minorías, la pluriculturalidad, multietnicidad y el derecho ambiental con el fin de preservar la vida y garantizarla a las generaciones futuras, buscando la eficacia del Estado en la satisfacción de las necesidades de los asociados.

Bajo este contexto, el Estado Social de Derecho, concibe al individuo inmerso en la sociedad, que pasa de ser un receptor de los beneficios del Estado, para participar en la conformación, desarrollo y gestión del mismo, colaborando activamente en la consecución de los fines del estado y procurando el bien común, se convierte en un actor protagónico de la gestión pública.

En ese mismo sentido, Álvaro Tafur Galvis, afirma que los particulares no pueden ser considerados sujetos pasivos o antagonistas de las actividades públicas (2011, pág. 91), premisa fundamental en la concepción de un nuevo modelo de gestión pública con participación activa de los particulares, traducida en la cooperación, colaboración y asociación de entidades públicas con particulares, que el autor Perdomo Guerrero, recoge en palabras del mismo Alvaro Tafur Galvis, al señalar:



“En el contexto del estado social y democrático de derecho, formulado en la Constitución Política de 1991, la sociedad, el Estado y las personas consideradas individualmente, ostentan funciones y tareas propias; no obstante, es evidente, a todos ellos caben deberes y funciones comunes en cuanto al progreso y bienestar de la comunidad. Los particulares no son, simplemente, sujetos pasivos de la acción estatal, ni sus antagonistas. Es que, orden público aparte, el bien común no es un asunto sólo del Estado, sino de los ciudadanos organizados para tal fin; la iniciativa privada, y sobre todo la iniciativa individual, puntualiza el profesor Pomey, tiene sus responsabilidades respecto del interés general; el bien común es asunto de todos y cada uno, conforme a su nivel de competencia” (Perdomo Guerrero, 2014, pág. 11).

Así las cosas, la gestión pública tiene su mayor desarrollo, a través de la contratación estatal, que fundamentalmente se lleva a cabo a través de la celebración de contratos con particulares, para la consecución de los fines del Estado, dentro de un juego de competencia de los actores del mercado del sector económico que corresponda, en condiciones de igualdad de oportunidades, convocatoria pública y reglas claras y justas que garanticen la selección objetiva en la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad pública contratante, con miras a que responda a la necesidad que se pretende satisfacer con dicha contratación.

La contratación del estado con particulares, involucra a personas jurídicas de naturaleza privada, ya sea con o sin ánimo de lucro y las personas naturales, dentro del ámbito de las modalidades de contratación reguladas por el Estatuto general de la contratación pública, que en adelante enunciaremos con la sigla –EGCP-, y regímenes especiales.

El Estado orientado al cumplimiento de sus fines, de promover la prosperidad general e incentivar la participación de los particulares en la actividad administrativa, utilizó el apoyo a las entidades de beneficencia y utilidad común, como el mecanismo para el logro de dicho propósito, entregando para el efecto a las instancias públicas como el Congreso las Asambleas Departamentales y los Concejos, la facultad para que a través de leyes, ordenanzas y acuerdos, fomentaran las empresas de utilidad común o beneficencia, que merecieran ser objeto de este apoyo, reconocimiento que viene desde la Constitución de 1886.

Es así, como en el desarrollo legislativo orientado al propósito del fomento se profiere el acto legislativo no. 1 de 1945, concerniente al fomento de las empresas útiles y benéficas dignas de estímulo y apoyo por parte del Congreso, en el que se planteó que sólo podían serlo las que desarrollaran actividades con “estricta sujeción a los planes y programas correspondientes” y en el acto legislativo no. 1 de 1968, se consolidan aún más, en la medida que se otorga no sólo facultades al Congreso, sino que se extiende a las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, con el objetivo de entregar recursos del erario público a los particulares, para el apoyo a las empresas de beneficencia y utilidad común, lo que indica que estas debían ajustar sus objetivos para que estuvieran acordes con los planes y programas del orden nacional, departamental y local.

Es claro entonces, que con la Constitución de 1886, los actos legislativos de 1945 y 1968, se le otorgó al Congreso, a las Asambleas Departamentales y Concejos, la facultad de entregar dineros o recursos del erario a las empresas de beneficencia y utilidad común, con el propósito de apoyarlas en la consecución de sus cometidos filantrópicos, empero, con el tiempo esa práctica se pervirtió y se convirtió en un medio para que se aprovecharan, de los recursos

públicos para fines distintos a los que el Estado se había propuesto para incentivar las actividades de fomento, enriqueciendo a los parlamentarios o financiando sus campañas electorales.

La Corte Constitucional, en sentencia del 25 de agosto de 1994, al consultar el propósito que llevó al Constituyente de 1991, a prohibir a las ramas u órganos del poder público “decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”, manifestó:

“La compatibilidad y mutua correspondencia entre el interés público y el interés privado, orientó la intención loable de procurar ayuda a entidades dedicadas al desarrollo de objetivos de índole social, cultural o de asistencia, merecedoras de dicho apoyo. Concretamente el Constituyente de 1968 persiguió la finalidad de atender pequeñas necesidades que por su naturaleza, pasaban inadvertidas para los grandes planes de inversión estatal, permitiéndoles a los miembros del Congreso destinar unos recursos a la atención de obras en sus comunidades con las cuales tenían especial interés y mayor contacto. Debe admitirse que el objetivo que en este campo la reforma de 1968 pretendía realizar, se cumplió cabalmente durante las primeras etapas de vigencia de la misma. Las cuotas presupuestales que cada uno de los congresistas recibían eran invertidas en sus respectivas circunscripciones electorales para el impulso de empresas útiles o benéficas. Empero, bien pronto, prácticas politiqueras empezaron a desvirtuar el fin para el cual fue concebida la norma comentada, generando una distorsión de tal magnitud que vino a constituirse en una de las mayores fuentes de corrupción, desprestigio y envilecimiento de la función legislativa” (C.C., Sentencia C-372/94, Colom., 1994).

Efectivamente, la mala práctica en la actividad de fomento, no solo se dio a nivel nacional, sino que se replicó en todos los estamentos y órdenes gubernamentales, circunstancias que fueron igualmente objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional, al señalar:

“La perversión aludida se valió del expediente de crear un sinnúmero de corporaciones o fundaciones privadas hacia las cuales se desviaron los recursos. Proliferaron, entonces, las actividades dignas de estímulo, las consiguientes instituciones y por ende las leyes de auxilios como mecanismo apropiado para conceder favores y obtener a cambio la conservación o el aumento de clientelas políticas. Por lo demás la degradación del sistema de los auxilios parlamentarios condujo, entre otras cosas, a favorecer desequilibrios regionales derivados de la diferente proporción en que cada región estaba representada, sin contar las ocasiones en que el poder ejecutivo se reservaba una parte que luego repartía entre algunos congresistas, particularmente entre los integrantes de las comisiones de presupuesto de una y otra cámara. Asimismo, las partidas decretadas con base en el ordinal 20 del artículo 76 superior, aumentaron considerablemente en número y cuantía a punto tal que llegaron a comprometer ingentes cantidades que, por esa vía, se deslizaban hacia el patrimonio personal del congresista o hacia la financiación de campañas electorales. De ahí que la magnitud de las sumas no correspondiera a la eficiencia esperada del gasto público, puesto que en contraste radical con el acrecentamiento de esta fuente de despilfarro se tornó patente la ausencia de adecuados y efectivos mecanismos de control sobre la destinación e inversión de esos recursos” (C.C., Sentencia C-372/94, Colom., 1994)

Frente a la desnaturalización o desviación del objetivo propuesto desde la Constitución de 1886 que incluyó dentro del ámbito de competencias del Congreso el fomento de “empresas útiles y benéficas, dignas de estímulo o apoyo” consolidado con la reforma de 1968, que se convirtió en uno de los mayores focos de corrupción en el país, como lo señala la Corte, hizo visible la ausencia de mecanismos de control adecuados, eficaces sobre la inversión de los recursos, esto generó que el Constituyente de 1991, respondiera a las voces de rechazo de importantes sectores de la opinión pública, por lo que la decisión de eliminar los denominados

auxilios parlamentarios no sólo a nivel del Congreso, sino de las demás corporaciones públicas de elección popular, se constituyó en el otorgamiento de expresión jurídica a una voluntad política que se había mostrado contraria a que se siguiera perpetuando esa práctica nociva a los intereses del Estado y de los fines propuestos para el logro de la prosperidad general, el beneficio de toda la comunidad y una verdadera justicia redistributiva de los recursos públicos.

El abuso desmesurado y descontrolado en el manejo de los recursos públicos, con los denominados auxilios parlamentarios, conllevó a la búsqueda de mecanismos de control urgente para refrenar esta práctica nociva y se convirtiera en uno de los temas más anhelados por el pueblo para que fueran tratados en la Constituyente de 1991, razón por la que el constituyente introdujo la prohibición en el artículo 355 a las ramas u órganos del poder público de “decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”, tal y como se desprende de la exposición de motivos citada en la sentencia C372 de 1994, que enunció las cifras alarmantes del uso abusivo de esta figura jurídica:

“(…) La evolución de las cuantías destinadas a auxilios parlamentarios ha tomado características alarmantes en el tiempo reciente. Mientras entre 1980 y 1990 crecieron en un promedio de 21.9% anual, hasta llegar a DOCE MIL MILLONES de pesos en el último de tales años, para 1991 la partida decretada por el Congreso y distribuida entre los diversos ministerios, supera los VEINTISIETE MIL MILLONES. Es decir, para el año en curso, el total decretado dio el impresionante salto de doce mil a veintisiete mil millones, superando en más de seis veces el promedio anual de los últimos once años. ¿Sería el último estertor de un sistema que todos sabíamos condenado a su fin en la Asamblea Constituyente? Esta cuantía significa un promedio de 86 millones por parlamentario, de su libre disposición, sin control de ninguna especie, porque como lo confiesa el mismo Contralor General, hasta el presente la tarea fiscalizadora ha sido, francamente,

escasa, en parte debido al crecido control de los dineros públicos que manejan las sociedades de utilidad común es escaso, el de los que llegan a las personas naturales es inexistente” (C.C., Sentencia C-372/94, Colom., 1994).

Como mecanismo de control al mal manejo que se le venía dando a los recursos públicos destinados a las actividades de fomento, el artículo 355 de la Constitución Política, no sólo prohíbe de manera expresa los auxilios parlamentarios o donaciones a entidades de derecho privado, sino que consagra un régimen de contratación que autoriza a las entidades de orden nacional, departamental, distrital y municipal la celebración de contratos con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, siempre y cuando tengan como finalidad la de “impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo”.

El inciso segundo del artículo 355 le otorga la facultad al gobierno nacional de reglamentar la materia, como en efecto lo hace, a través de los Decretos 777 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993, mediante los cuales se establecen las condiciones, requisitos y formalidades que se deben cumplir para la celebración de los contratos con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, así como los contratos que se encuentran excluidos de su aplicación.

Las entidades sin ánimo de lucro deben ser de reconocida idoneidad, lo que implica que no sólo sean conocidas y con trayectoria en el ámbito del desarrollo de su objeto social, sino que dicha condición debe ser demostrable conforme los parámetros que la misma reglamentación dispone:

Se entiende por reconocida idoneidad “la experiencia con resultados satisfactorios que acrediten la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar

el objeto del contrato. La autoridad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado”.<sup>11</sup>

Los Decretos 777 y 1403 de 1992, reglamentarios de los contratos a que se refieren el inciso segundo del 355, no definen qué se entiende por entidades sin ánimo de lucro, no obstante, el concepto de forma genérica se ha relacionado con las personas jurídicas que trabajan por el beneficio o utilidad común y como su nombre lo indica no persiguen un lucro o beneficio económico, ni la repartición de utilidades entre sus miembros con ocasión a su liquidación, sino fines sociales o altruistas.

El Consejo de Estado ha precisado que el criterio de lucro o las finalidades de esta naturaleza no hacen relación a la imposibilidad de la búsqueda de utilidades, sino a la destinación que se asigne a las mismas. (Tafur Galvis, 1993, pág. 75)<sup>12</sup>

Ahora bien, el concepto de asociación aparece con la ley 489 de 1998, que nace con “el objeto de regular la función administrativa, determinar la estructura y definir las reglas básicas de la organización y funcionamiento de la administración pública”, estableciendo diferentes tipos de asociaciones entre las que se encuentran: el convenio de delegación de funciones<sup>13</sup>, el convenio de asociación entre entidades públicas, los convenios de desempeño y de manera general y los convenios de organización.

---

<sup>11</sup> Así lo define el “Artículo 1º. del Decreto 777 de 1992, que fue modificado por el artículo 1º. del Decreto 1403 de 1992, refiriéndose al elemento esencial técnico que debe verificarse respecto de las entidades sin ánimo de lucro”.

<sup>12</sup> Aparte citado en el trabajo “ los convenios de asociación entre la gestión pública y la actividad contractual”, pág. 375

<sup>13</sup>“Ley 489 de 1998, artículo 14: Delegación entre entidades públicas. La delegación de las funciones de los organismos y entidades administrativas del orden nacional efectuada en favor de entidades descentralizadas o entidades territoriales deberá acompañarse de la celebración de convenios en los que se fijen los derechos y obligaciones de las entidades delegantes y delegataria. Estos convenios estarán sujetos únicamente a los requisitos que la ley exige para los convenios o contratos entre entidades públicas o interadministrativos”.

El concepto de asociación en el derecho público no resulta novedoso, en la medida que el mismo, ha sido utilizado en los temas relacionados con las telecomunicaciones e hidrocarburos como los convenios de asociación celebrados por la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol y en el Estatuto General de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993), se encuentra incorporado, en el artículo 7º., en el que se establece la posibilidad de que los particulares se asocien a través de una unión temporal o consorcio para la celebración de contrato con entidades estatales (Chávez Marín, 2008).

La ley 489 de 1998, consagra diferentes modalidades de asociación, en los artículos 94, 95 y 96, es decir, crea nuevas figuras entre las que se encuentra el convenio de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro.

Vemos como, en el artículo 94 se establece la asociación entre empresas industriales y comerciales del Estado, el artículo 95 las asociaciones entre entidades públicas, las cuales podrán asociarse con el fin de colaborar y ayudarse en el cumplimiento de funciones administrativas o aunar esfuerzos conjunto para prestar servicios que se encuentren a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Al analizar la naturaleza de las funciones, en el primero de los casos, la asociación estaría enfocada a la ejecución de actividades industriales y comerciales propias del sector, y en el segundo, a la ejecución de funciones de carácter netamente administrativas.

En el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, se contempla:



“La constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Adicionalmente, establece que las entidades estatales cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, podrán con la observancia de los principios contemplados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley” (Ley 489, 1998).

Los convenios de asociación a los que se refiere el presente artículo, cuando se celebren con entidades privadas sin ánimo de lucro, deberán remitirse a lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política y sus decretos reglamentarios, en ellos se determinarán “con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”.

Es claro entonces, que el Estado para el cumplimiento de sus funciones, llevar a cabo sus objetivos y metas, dispone que las entidades estatales pueden asociarse con otras entidades estatales o con personas jurídicas, ya sean con o sin ánimo de lucro, es decir, aunar esfuerzos con particulares, con lo cual, surgen cuatro clases de asociaciones consagradas en los artículos 95 y 96 de la normativa precitada, que corresponden a distintos tipos de convenios, de un lado, los convenios interadministrativos de cooperación y los convenios de organización entre entidades públicas y de otro lado, los convenios de asociación y los convenios de organización con particulares.

Los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, señalados en el artículo 96, deben celebrarse no sólo conforme a lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución Política, sino también a las reglas que conforme al ordenamiento jurídico desarrollan esta disposición, lo que indica que en tratándose de esta clase de convenios la citada normativa prevé la remisión a la norma constitucional.

Respecto a la remisión de los convenios de asociación aludida, Marín Chávez considera que tiene dos implicaciones:

“(…) en primer lugar, constituye una remisión al régimen propio de los convenios regulados en el artículo 355, lo cual significa someter aquellos a todas las formalidades, requisitos, prohibiciones y demás aspectos establecidos en detalle por los decretos autónomos, hoy vigentes, 777 y 1403 de 1992. En segundo lugar, la remisión comentada y la consecuencia anotada anteriormente, implica una regulación de los convenios previstos por el artículo 355 de la CP, en cuanto señala cuáles compromisos deben ser objeto de las normas que desarrollan el artículo 355, lo que corresponde al gobierno nacional, de acuerdo con la competencia atribuida por esta misma norma constitucional”.

No obstante, la Corte en sentencia C-671 de 1999 al afirmar la exequibilidad del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, manifiesta que la remisión ordenada ha de entenderse con dos fines, el primero en defensa de la transparencia en el manejo de los recursos públicos, esto es que no podrá excusarse en la celebración de los convenios de asociación para otorgar o decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado y en segundo lugar, la remisión se traduce en una imposición a la celebración de contratos con entidades sin ánimo de

lucro y de reconocida idoneidad, empero con el objetivo de “impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo”, como lo dispone el artículo 355.

El Gobierno Nacional en uso de la facultad de reglamentación conferida en el artículo 355, profiere el Decreto 092 del 27 de enero de 2017, “por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, derogando los Decretos 777 de 1992, 1403 de 1992 y 2459 de 1993”<sup>14</sup>.

Es preciso señalar, que se bien se introducen algunas modificaciones tendientes a que la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro, cumplan la finalidad con que fueron creadas por el Constituyente de 1991, esto teniendo en cuenta que bajo la reglamentación de los Decretos 777 y 1403 de 1992, pese a que se establecieron requisitos y condiciones para la celebración de dichos convenios, estos resultaron insuficientes para evitar que se abusara de esta figura, desviando los recursos y dándole un uso distinto a los propuestos, con el objeto de eludir los procesos de selección contemplados en el Estatuto General de la Contratación Pública.

La nueva reglamentación, si bien trae algunas prácticas para dar transparencia y selección objetiva, previstos en el estatuto general de la contratación pública, como se evidencia en el artículo 4º del Decreto 092 de 2017, al establecer un proceso competitivo de selección cuando exista más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, aunado a la exigencia de la observancia de los principios que rigen la contratación estatal, resulta precaria al mantener esta

---

<sup>14</sup> Artículo 11: “Vigencia y derogatorias. El presente decreto empieza a regir el 1º de junio de 2017 y deroga el Decreto 777, el Decreto 1403 de 1992 y el Decreto 2459 de 1993. Los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia del presente decreto continuarán ejecutándose de acuerdo con las normas vigentes en el momento en que fueron suscritos”.

figura ajena al régimen contractual del Estado, que sería una solución para contar con una verdadera herramienta que garantice la selección objetiva, la participación en condiciones de igualdad y pluralidad entre los gestores públicos particulares, permitiendo, no sólo, el cumplimiento de la actividad de impulso y fomento del Estado a las entidades solidarias, sino también, garantizando la eficiencia del gasto público y la redistribución equitativa.

## **2.- Marco normativo de los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro.**

Resulta académicamente apropiado, abordar el marco normativo de los convenios de asociación, dentro de tres tópicos o perspectivas: el primero correspondiente a los antecedentes históricos en el estado colombiano, desde finales del siglo XIX, empezando con la promulgación de la Constitución Política de 1886, carta constitucional que emerge con una estabilidad de más de un siglo, dentro del proceso de conformación del estado república que vivió nuestra nación, en el vaivén de los regímenes centralistas y federalistas (Henaó Hidrón, 1992), para finalmente, a través de las guerras internas, imponer un estado centralista presidencialista, que nos definió y ha sido el contexto político democrático en que se ha desarrollado el estado y se ha consolidado la cultura constitucional colombiana.

Lo anterior, a efectos de poner en contexto la actividad estatal de fomento o impulso a entidades particulares benefactoras o solidarias, que colaboran con el estado en la atención de servicios de interés común y en favor de los asociados, cuyo origen normativo se remonta a la Constitución de 1886, como un mecanismo idóneo que incentivó la participación de los particulares en la ejecución de las actividades públicas inherentes al Estado, pero que por el abuso que las autoridades públicas le dieron, se convirtió en el estandarte firme para enfrentar la

corrupción, que motivó el cambio constitucional promovido por la Asamblea Nacional Constituyente que promulgó la Constitución de 1991, que nos rige.

Una vez hecho el recuento histórico de la figura de los convenios de asociación, se continuará en forma concreta, con el marco normativo constitucional y legal que rige esta figura, desde sus inicios y en su desarrollo, hasta llegar a la reglamentación actual, con una mención breve del avance jurisprudencial, con el fin de contar con un estudio puntual, que permita entender y visualizar la propuesta que se pretende plantear con este estudio de investigación.

### **2.1.- Antecedentes históricos:**

Fue la Constitución Política de 1886, la que consagró dentro del ámbito de competencias del Congreso de la República, en su artículo 76 numeral 18, el fomento de "empresas útiles y benéficas, dignas de estímulo o apoyo", instituyendo con ello, el incentivo como una forma de financiación por parte del Estado a empresas particulares cuyo objeto social estaba encausado a prestar un servicio a la comunidad, sin contraprestación alguna, sin interés lucrativo, tan solo con fines benéficos y de solidaridad, coadyuvando con ello, a satisfacer necesidades de interés comunitario, propias de la gestión estatal. (C. Const, C 372/1994, V. Naranjo).

Posteriormente, con la reforma constitucional de 1945 (Acto Legislativo No. 1 de febrero 16), al modificar el artículo 69, de las atribuciones del Congreso, estipuló en su numeral 4º: - Fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional, y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse-; lo que determinó que la actividad de fomento atribuida al Congreso, así como el gasto público en general, se sujetara a planes y programas que diseñara esta corporación, incorporando en el manejo presupuestal una verdadera planeación.

Continúa la evolución de la figura jurídica que nos convoca, con la reforma constitucional de 1968, (Acto Legislativo No. 1), en la que se amplió la facultad de fomento en cabeza del Congreso de la República a las Asambleas y Concejos, con el fin de que se destinaran recursos para atender necesidades directas de las comunidades locales, aprovechando el especial interés y mayor contacto, dado que por estar alejadas del centro de poder, pasaban inadvertidas en los planes de inversión estatal.

Es así, que inicialmente se cumplió el objetivo plausible con el que se adoptó esta práctica política y las cuotas que cada uno de los congresistas recibía eran invertidas en sus respectivas circunscripciones electorales para el impulso de empresas útiles o benéficas.

Es importante resaltar que si bien, se extendió la actividad de fomento a las corporaciones públicas del nivel local en todo el territorio nacional, con esta reforma constitucional, al Congreso le fue suprimida la facultad de planificación del gasto público, a través de la fijación de los planes y programas para el manejo del presupuesto, reservando en el ejecutivo esta potestad, que marca el énfasis del poder de la figura presidencial, distintivo en el sistema presidencialista clásico que impera en nuestra república.

Es así, que esta reforma le restó a los congresistas, ciertas atribuciones que hasta ese momento se arrogaban en cuanto a la intervención en la economía, a cambio de facultarlos para autorizar de manera exclusiva al Ejecutivo en materia de hacienda pública, dado que reservó en el gobierno la iniciativa de los proyectos de ley sobre el gasto público, dejándoles a los congresistas, como contrapartida por la pérdida de competencia y a título de excepción, la libre

iniciativa en los proyectos atinentes al fomento "de las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes"<sup>15</sup>.

La Corte Constitucional en la sentencia en cita, continúa manifestando que:

“(…) no puede desconocerse que el espíritu descentralizado de la reforma de 1968, tuvo aciertos y aplicación que favoreció a las comunidades locales, sin embargo, bien pronto prácticas politiqueras empezaron a desvirtuar el fin para el cual fue concebida la norma comentada, generando una distorsión de tal magnitud que vino a constituirse en una de las mayores fuentes de corrupción, desprestigio y envilecimiento de la función legislativa. Bajo estas premisas, se crearon una cantidad exagerada de corporaciones o fundaciones privadas hacia las cuales se desviaron los recursos. Se incrementaron, entonces, las actividades de fomento y estímulo, como un mecanismo para conceder favores y obtener a cambio la conservación o el aumento de clientelas políticas, lo que condujo, entre otras cosas, a favorecer desequilibrios regionales derivados de la diferente proporción en que cada región estaba representada, sin contar las ocasiones en que el poder ejecutivo se reservaba una parte que luego repartía entre algunos congresistas, particularmente entre los integrantes de las comisiones de presupuesto de una y otra cámara” (C.C., Sentencia C-372/94, Colom., 1994).

Resulta paradójico que con el auge de la planeación y la racionalización del gasto público, se aumentaran las partidas decretadas con base en la actividad de impulso y fomento, a punto de llegar a comprometer grandes cantidades de dinero que, por esa vía, incrementaron el patrimonio personal del congresista o se destinó a la financiación de campañas electorales, evidenciándose una ausencia de adecuados y efectivos mecanismos de control sobre la destinación e inversión de esos recursos.

---

<sup>15</sup> La anterior disposición se plasmó en el artículo 76, numeral 20 de la Constitución Política de 1886.

Aunado a lo anterior, se acrecentó y desbordó esta práctica patológica, por cuanto las actuaciones irregulares y distorsionadas que se presentaron en el nivel central se replicaron al ámbito territorial, debido a que las facultades que la reforma de 1968 otorgó en igual sentido a Asambleas y Concejos Municipales fueron aprovechadas para reproducir en los distintos ámbitos territoriales los vicios que a nivel nacional habían hecho carrera, como bien lo describe la Corte Constitucional, en el pronunciamiento a que hemos hecho referencia.

El rechazo explícito de esas prácticas corruptas que deformaron la imagen del Congreso y sembraron en la ciudadanía la desconfianza y deslegitimidad hacia la corporación legislativa, base de la representatividad política y de la concreción de la democracia del estado, fue piedra angular para que la Asamblea Nacional Constituyente, se erigiera como una ventana de oportunidad política (Jiménez & Soler Pedroza, 2013), para expedir la Carta Constitucional de 1991, con la modernización y concepción del Estado Social Democrático y Constitucional de Derecho, bajo una consigna de anticorrupción reflejada en el clamor ciudadano de eliminar esta práctica nociva, que se acuñó con la denominación de auxilios parlamentarios.

Como lo expresó el Magistrado Vladimiro Naranjo:

“(…) las anteriores consideraciones demuestran y justifican la contundente prohibición que contiene el artículo 355 de la Constitución de 1991, el cual, por lo demás, responde a un propósito loable de indudable carácter corrector de situaciones anómalas que se busca suprimir definitivamente” (C.C., Sentencia C-372/94, Colom., 1994).

El recuento histórico que se ha hecho, solo ha tenido como referencia, la evolución normativa de la figura de los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro, en el marco constitucional y el uso por parte de las corporaciones públicas, inicialmente del orden



nacional (Congreso de la República), extendida posteriormente a las entidades territoriales (Asambleas y Concejos), pero para entender la dinámica de la actividad de fomento ejercida por el Estado, se hace necesario hacer una referencia breve, a la evolución de las entidades de fomento, de beneficencia, de solidaridad, sin ánimo de lucro, descritas con la sigla ESAL, sin pretender ahondar en su naturaleza, evolución y desarrollo normativo de cada una, tan solo enunciar su incidencia en la estructura política, social y económica del país.

Rodrigo Villar, plantea en cuanto a la génesis y evolución de la actividad de fomento en el país, lo siguiente:

“Los orígenes del sector sin ánimo de lucro y de la filantropía en Colombia están ligados a la colonia y al papel de la Iglesia católica y su vínculo con el Imperio Español que, por su interdependencia con el Estado, mantuvo funciones públicas y privilegios en diversas áreas. Las asociaciones, corporaciones, fundaciones y redes de voluntariado, se mantuvieron como instituciones, bajo el discurso de la caridad, es así, que a finales del siglo XIX, en un contexto de conflicto, secularización del Estado, reducción del poder de la Iglesia y formación de los partidos liberal y conservador, evolucionaron en las denominadas Empresas sin ánimo de lucro, de la época” (Villar, 2001, pág. 9).

Continúa describiendo las circunstancias y factores que incidieron en la formación y evolución de las entidades sin ánimo de lucro:

“Bajo este criterio, los conceptos de caridad y beneficencia guiaron las políticas públicas; la caridad orientó a las sociedades privadas, religiosas o mixtas y la beneficencia sirvió como eje conductor de las acciones del Estado, constituyéndose los recursos gubernamentales en la fuente principal de recursos de las instituciones de beneficencia” (2001, pág. 10).

Si bien, con el auge del federalismo, se pretendía un estado laico, ajeno a la iglesia, con la promulgación de la constitución de 1886, se otorgó nuevamente un papel predominante a la Iglesia en la gestión de lo público, especialmente en las áreas de educación, asistencia social, desarrollando de manera conjunta con participación de la iglesia católica, las sociedades solidarias que primordialmente actuaron en el ámbito de la salud, en la prevención de la misma, respecto de los factores de nutrición e higiene. De otra parte, se amplió el radio de acción a las temáticas de estudio, bibliotecas parroquiales, escuelas de docentes, cajas de ahorro, cooperativas de crédito y el trabajo con la clase obrera.

“Durante el periodo de 1930 a 1957 las nuevas funciones del Estado y las tensiones políticas suscitadas determinaron parte de la dinámica de las ESAL. Durante los gobiernos liberales, y especialmente el primero de López Pumarejo, 1936-1940, se planteó la ampliación de la ciudadanía política, la intervención del Estado para garantizar el cumplimiento de sus deberes sociales y la secularización. Un importante ejemplo de iniciativa gubernamental que caracterizó este período fue la creación del Instituto Colombiano de Seguridad Social, que contó desde sus inicios con el apoyo y participación de gremios y sindicatos en su dirección” (2001, pág. 11 y 15).

Villar explica que:

“Tras una década de violencia política y un corto período de dictadura militar, las élites políticas y empresariales, con el apoyo de la jerarquía eclesiástica, promovieron el Frente Nacional, limitando la competencia política abierta y democrática que garantizó a los partidos mayoritarios su estabilidad en el poder. En este contexto se desarrollaron las Juntas de Acción Comunal, que hoy representan la organización popular más extendida del país” (págs. 17-18).

Es así, que en los años 60 y 70, hubo un auge en la creación de sociedades de economía solidaria, a través de organizaciones gremiales, de defensa de los intereses comunes de sectores poblacionales, agrarios, profesionales o laborales. “Durante este período los empresarios participaron de la dinámica de las organizaciones sin ánimo de lucro, a través de la creación de fundaciones. También surgen asociaciones gremiales especializadas y la promoción empresarial de las Cajas de Compensación Familiar”. (Villar, 2001).

Pues bien, esta actividad de fomento avalada por el artículo 76-20 de la anterior Constitución fue reglamentada, entre otras, por las Leyes 25 de 1977, 30 de 1978 y 61 de 1989, de las cuales resulta pertinente hacer una breve mención.

El artículo 1º de la Ley 25 de 1977, precisó qué entidades útiles y benéficas serían destinatarias del fomento autorizado por el artículo 76 de la Constitución de 1886:

“(…) Para todos los efectos del numeral 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, son empresas útiles y benéficas, dignas de estímulo y apoyo por la Nación, que el Congreso puede fomentar por medio de iniciativas legales, aquellas de derecho público o derecho privado, sin ánimo de lucro, que se ajusten a los planes y programas sectoriales vigentes, emprendidos, trazados o puestos en marcha por las administraciones nacionales, seccionales o locales y por los entes descentralizados o aquellas otras que el Congreso adopte (…)” (Ley 25, 1977).

En la investigación efectuada por la abogada Adriana Álvarez, sobre las “donaciones y subsidios” al referirse al desarrollo normativo de las entidades de fomento en Colombia, durante la vigencia de la Constitución nacional de 1886 señaló:

“Así, el artículo segundo de la Ley 25 de 1977, en desarrollo de la facultad de fomento, autorizó al Congreso a efectuar apropiaciones en los presupuestos de la Nación y de los establecimientos descentralizados, para incentivar los programas y proyectos de fomento regional y de las denominadas empresas útiles y benéficas, siempre y cuando esta inversión estuviese encausada a entidades sin ánimo de lucro. Simultáneamente, en la citada normativa se determinó como parte de los sectores y obras o empresas útiles y benéficas, las que correspondían al sector de la salud, educación, ciencia y cultura, obras públicas, vivienda y urbanismo, desarrollo hidroeléctrico y telecomunicaciones, ecológico, agropecuario, monumentos nacionales y patrimonio histórico, desarrollo de la comunidad y de la asociación, así como obras varias de las Juntas de Acción Comunal, espectro generoso que denotaba que cualquier sector y/o cualquier obra podría llegar a ser materia de inversión en desarrollo de las actividades de fomento autorizadas por el artículo 76 constitucional, con lo cual las llamadas actividades de fomento se constituían en verdaderas subvenciones que debían atender el amplio principio del interés general. Por su parte, la Ley 30 de 1978, encargó a los congresistas identificar dentro de la circunscripción electoral por la que eran elegidos, las entidades y los proyectos merecedores de la ayuda financiera de la Nación, conforme a los objetivos señalados en la misma ley, determinando que el reparto de las apropiaciones respectivas se haría, a través de las comisiones Cuartas Constitucionales Permanentes y serían incorporadas en el Decreto de Liquidación del Presupuesto Nacional, desarrollando la apropiación global respectiva de la ley anual de presupuesto” (2012, págs. 42-43).

Las ESAL, han tenido varias acepciones en su desarrollo evolutivo y normativo, entre ellas tenemos, “tercer sector” (Villar, 2001), “sector no gubernamental” o “sector sin fines lucrativos” (Pineda Duque, enero a junio de 1999).

El investigador Grosso Rincón, hace referencia a estas tres acepciones en un estudio que permite definir y dimensionar estas denominaciones al ejecutor social de los Convenios de Asociación de Entidades no lucrativas, materia de investigación, donde se rescata la característica de inclusión social, que tiene la participación del sector particular no lucrativo, en la prestación de servicios de interés público, en colaboración al Estado, para la consecución de los fines de servir a la comunidad. (Grosso Rincón, 2013), (Consultoría Social Federación Sartu, Diciembre 2010).

Resulta importante destacar que “el sector productivo público no estatal, es de relevancia significativa, por cuanto es el espacio de la democracia participativa o directa, es decir, es relativo a la participación ciudadana en los asuntos públicos” (Cohen, junio 2001), en la prestación de los servicios a cargo del estado, y por ende, crea y desarrolla tejido social, compromiso ciudadano y participación democrática, no solo en la conformación del poder, sino en el ejercicio, control, vigilancia y ejecución del poder político y social.

Es así que el fundamento último del refuerzo, incentivo o impulso de lo público no estatal es la construcción de ciudadanía en su dimensión material y política. “De hecho, requiere un Estado dispuesto a reconocer su responsabilidad sobre el bienestar general, manteniendo un compromiso frente a lo social, al bienestar de todos, a la justa redistribución equitativa de la riqueza estatal”. (González & Rettemberg, septiembre - diciembre de 2010).

Respecto al tema del sector solidario, resulta pertinente, sin pretender hacer un estudio de derecho comparado de las entidades de economía solidaria, por cuanto desviaríamos el objetivo de estudio, hacer referencia a la concepción de estas personas jurídica en países foráneos, como el caso de los Estados Unidos, donde este modelo imperó hasta antes de la depresión económica del 29, es decir, las organizaciones no gubernamentales, privadas con financiación estatal,

recursos propios, de particulares, las cuales fueron las que se encargaron de las prestaciones de servicios sociales a cargo del estado, desarrollando un concepto de solidaridad a la par del de ciudadanía.

A diferencia de lo que aconteció en los Estados Unidos, donde el sector solidario fue concomitante y tan importante e influyente como el estado mismo, en la consecución de fines de interés común, casi en la mayor parte de los países de América Latina, el sector solidario o sector social, tiene un desarrollo lento o precario, independiente del estado y las políticas públicas, lo que advierte una marcada diferencia en la concepción, desarrollo y evolución de esta colaboración del sector privado en la gestión pública.

## **2.2. Desarrollo Normativo de los Convenios de Asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro.**

El régimen normativo de los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, en la actualidad se encuentra consagrado en la Constitución Política de 1991, en el Artículo 355<sup>16</sup>, reglamentado por los Decretos 777, 1403 de 1.992 y Decreto 2459 de 1993, recientemente derogados por el Decreto 092 de 2017 (enero 27), cuya vigencia empieza el 1º de junio de esta anualidad.

---

<sup>16</sup>**Constitución Política, Art. 355.** “Ninguna de las ramas y órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, 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. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

Los convenios de asociación tienen una normatividad especial, anterior y ajena al estatuto contractual colombiano, los cuales nacieron como una forma de eliminar los llamados “*auxilios parlamentarios*”.

“La prohibición contenida en el artículo 355 de la Carta se activará cuando la donación, auxilio, subsidio o incentivo, cualquiera que sea su origen, se reconozca por mera liberalidad como una simple transferencia de recursos y, no con criterio redistributivo, de manera que se convierta en un privilegio aislado, empaquetado en medidas paliativas que no contribuyan al bienestar general y, que en cambio, si pueden ser usados como instrumentos de manipulación política” (Alvarez Trujillo, Enero a Junio de 2011).

Los contratos del Artículo 355 de la Constitución, conocidos como contratos de interés público, tienen como finalidad la financiación de programas o proyectos de interés social, por parte del Estado, a particulares denominados organizaciones no gubernamentales, para que colaboren con la realización de cometidos estatales.

La Ley 80 de 1993 y sus reformas contenidas en la ley 1150 de 2007 y 1474 de 2011, establecen las reglas aplicables a los contratos del Estado, pero a pesar de ese esfuerzo unificador existen modalidades diferentes o exceptuadas (Valdivieso Valdivieso), entre ellas, la figura de los convenios de asociación de entidades privadas sin ánimo de lucro.

Como se advierte, el texto del artículo 355 de la Constitución, contiene dos preceptos: uno prohibitivo, que se constituye en regla general y se dirige expresamente a todas las ramas y órganos del poder público, en donde el Constituyente, es claro en no dejar por fuera de esta prohibición, a ningún ente de naturaleza pública del país, a los que se les prohíbe expresamente

decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, utilizando una expresión inequívoca y clara para referirse a todos los particulares en general; el segundo, es facultativo, contempla la excepción y la otorga específicamente al Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, a quienes autoriza o faculta para que mediante la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad (califica a los destinatarios de la actividad de fomento del Estado), para financiarlas con recursos públicos, en las condiciones y circunstancias especificadas en la norma constitucional y su reglamentación.

Finalmente enuncia que será el Gobierno Nacional, quien reglamentará la materia, otorgando la potestad reglamentaria al ejecutivo y sustrayendo de esta función al Congreso, quien es el que por su naturaleza de órgano legislativo, en principio ostenta tal competencia. Lo anterior, como una manera de castigar los excesos y abusos que se presentaron en vigencia de la anterior Constitución, cuando eran los titulares de la actividad de fomento.

El Decreto Reglamentario No. 777 de 1992 (mayo 16), por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, en su primer artículo enuncia las entidades facultadas para celebrar este tipo de contratos, señalando a la Nación, Departamentos, Distritos y Municipios, entes territoriales, sin hacer mención a las entidades del Gobierno en los niveles Nacional, Departamental, Distrital y Municipal, como lo consigna el 355. Además, agregó los establecimientos públicos, excediendo al parecer, la facultad regulatoria, para finalmente incluir también a las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, mediante el Decreto Reglamentario 1403 de 1992.



El 777, determinó las excepciones que contempla esta modalidad, estableciendo:

“Artículo 2º.- Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto: 1.- Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes. 2.- Las transferencias que se realizan con los recursos de los Presupuestos Nacional, Departamental, Distrital y Municipal a personas de derecho privado para que, en cumplimiento de un mandato legal, desarrollen funciones públicas o suministren servicios públicos cuya prestación esté a cargo del Estado de acuerdo con la Constitución Política y las normas que la desarrollan. 3.- Las apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas, como son las cooperativas públicas, o de corporaciones y funciones de participación mixta en cuyos órganos directivos esté representada la respectiva entidad pública, de acuerdo con las disposiciones estatutarias de la corporación o fundación. Modificado Decreto Nacional 1403 de 1992. 4.- Las transferencias que realiza el Estado a personas naturales en cumplimiento de las obligaciones de asistencia o subsidio previstas expresamente en la Constitución y especialmente de aquellas consagradas en los artículos 43, 44, 46, 51, 368, 13 transitorio y 46 transitorio de la misma” (Decreto 777, 1992).

Estas excepciones, fueron ampliadas por el Decreto Reglamentario No. 1403 de 1992 (agosto 26), “por medio del cual se modificó parcialmente el Decreto Reglamentario No. 777 de 1992”, conforme el siguiente tenor:

“Artículo 2º.- El numeral 3 del artículo 2 del Decreto 777 de 1992 quedará así: 3. Las apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas, como son las cooperativas públicas, o de

corporaciones y fundaciones de participación mixta en cuyos órganos directivos estén representadas entidades públicas en forma proporcional a sus aportes, de acuerdo con las disposiciones estatutarias de la corporación o fundación. Artículo 3°.- Adicionase el artículo 2 del Decreto 777 de 1992 con el siguiente numeral y párrafo: 5. Los contratos que de acuerdo con la ley celebre la entidad pública con otras personas jurídicas, con el fin de que las mismas desarrollen un proyecto específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con las precisas instrucciones que esta última les imparta. Párrafo.- Para efectos del presente Decreto se consideran entidades públicas, además de las otras previstas por la Constitución y la ley, a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas” (Decreto 1403, 1992).

También el Decreto 2459 del 9 de diciembre de 1993, “por el cual se adoptan disposiciones en relación con los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”, que consagró de manera técnica que los proyectos y programas que se impulsen a través de los contratos de interés público, deberán estar acordes con el presupuesto de rentas y apropiaciones de la Nación, y a nivel departamental, distrital o municipal, con el respectivo plan de desarrollo y suprimió la exigencia de la aprobación del Consejo de Ministros en los contratos que celebren la Nación o los establecimiento públicos nacionales.

Al margen de esta reglamentación del artículo 355, resulta de importancia hacer mención de la Ley 489 de diciembre 29 1990, que reguló “el ejercicio de la función administrativa, determinó la estructura y definió los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública”, que en su artículo 96, hizo mención expresa de los contratos de que trata el artículo 355 de la Constitución Política, dándoles el nombre de Convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, término con el que se

conoce mayormente esta tipología y preferimos en este trabajo, al de contrato de interés público, por cuanto, conforme las disquisiciones y precisiones que se han hecho acerca de las acepciones de contrato y convenio, creemos que esta figura jurídica corresponde más a la naturaleza de un convenio de la administración, que a las características de un contrato conmutativo, con contraprestaciones recíprocas y con intereses contrapuestos, como bien se explicó y abordó en precedencia, siendo generalizado su uso en la normatividad reglamentaria, la doctrina y jurisprudencia.

Finalmente, es válido mencionar la Ley 1551 del 6 de julio de 2012, “por la cual se dictaron normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, que revivió una modalidad de cooperación interinstitucional entre las entidades públicas y las personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, que hace referencia a la posibilidad de celebrar convenios de cooperación, de apoyo, de aporte, interinstitucionales o solidarios, de acuerdo con el texto que se transcribe al establecer las funciones de los municipios<sup>17</sup>.

Este fue el marco normativo en que se aplicó durante estos 26 años de vigencia de la Constitución de 1991, la figura del convenio de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, donde pese a su carácter excepcional, y, no obstante, las exclusiones y condicionamientos para su uso, se convirtió en un práctica abusiva para desviar fondos del Estado, por cuanto proliferaron las fundaciones y corporaciones sin ánimo de lucro, de papel, no idóneas, que no ejecutaron los objetos convenidos, amén de otras irregularidades que generaron procesos

---

<sup>17</sup> Ley 1551/12, numeral 16: “En concordancia con lo establecido en el artículo 355 de la Constitución Política, los municipios y distritos podrán celebrar convenios solidarios con: los cabildos, las autoridades y organizaciones indígenas, los organismos de acción comunal y demás organizaciones civiles y asociaciones residentes en el territorio, para el desarrollo conjunto de programas y actividades establecidas por la Ley a los municipios y distritos, acorde con sus planes de desarrollo”.

penales, fiscales y disciplinarios, hasta llegar actualmente, a su uso totalmente restringido en el Distrito Capital, conforme la advertencia hecha por el Alcalde Mayor, a los alcaldes locales.<sup>18</sup>

Este es el panorama actual en que se encuentra la aplicación de la figura objeto de estudio, previo a la entrada en vigencia de la nueva reglamentación.

### **2.3. Desarrollo jurisprudencial de la figura de los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro.**

Visto el régimen normativo y reglamentario del artículo 355 constitucional, resulta conveniente, antes de adentrarnos en la nueva reglamentación, hacer una corta presentación del desarrollo y evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, sobre el particular.

La Corte Constitucional y el Consejo de Estado, dentro de sus competencias jurisdiccionales han sido prolijos en sus pronunciamientos sobre el tema de los auxilios parlamentarios y los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, por lo que haremos mención de algunas de ellas en una corta reseña:

.-Corte Constitucional. Sentencia C-671/99: Magistrado Ponente, doctor Alfredo Beltrán Sierra, Sentencia de constitucionalidad de nueve (9) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), que declaró la exequibilidad del artículo 63 de la Ley 397 de 1997, por la cual se creó el “Fondo Mixto Nacional de Promoción de la Cultura y las Artes”, que en sus apartes reitera la naturaleza de los convenios y su régimen exceptuado del estatuto contractual estatal, no obstante, su sujeción a los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209

---

<sup>18</sup> Cuando llegamos a la Alcaldía tomamos medidas para reducir cualquier riesgo de corrupción y aumentar la transparencia y la calidad de la contratación de las alcaldías locales. Y en efecto eliminamos los convenios por asociación con “Organizaciones Sin Ánimo de Lucro”, dijo Peñalosa, refiriéndose a esta modalidad directa de contratación que ha estado cuestionada por las entidades de control y fue utilizada sistemáticamente por el cartel de la contratación.

de la Constitución Política, lo que constituye un marco actuarial de los servidores públicos en el uso de la figura, como se lee, del siguiente aparte:

“La autorización que en su inciso primero se otorga a entidades estatales para que con observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución pueden celebrar convenios de asociación con personas jurídicas de derecho privado o participen en la creación de personas jurídicas de este carácter para desarrollar actividades propias de *los cometidos y funciones* que la ley asigna a las entidades estatales, no vulnera en nada la Carta Política, por cuanto se trata simplemente de un instrumento que el legislador autoriza utilizar para el beneficio colectivo, es decir, en interés general y, en todo caso, con acatamiento a los principios que rigen la actividad administrativa del Estado. Si el legislador autoriza la asociación de entidades estatales con personas jurídicas particulares con las finalidades ya mencionadas, estableció, en defensa de la transparencia del manejo de los dineros públicos, que los convenios de asociación a que se hace referencia serán celebrados *de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política*, lo que significa que no podrá, en ningún caso pretextarse la celebración de los mismos para otorgar o decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, de una parte; y, de otra, el acatamiento a la disposición constitucional mencionada, impone la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, pero "con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo", tal cual lo ordena el citado artículo 355 de la Carta Política” (Corte, 1999).

.- Corte Constitucional. Sentencia C-316 de 19 de julio de 1995: Magistrado ponente, doctor Antonio Barrera Carbonell, en la que se reiteró la jurisprudencia respecto del criterio de análisis de lo dispuesto por los artículos 65, inciso segundo 69 inciso tercero, 70 aparte final del inciso dos, 71 y 67 de la Carta, en el sentido que, "la destinación de recursos públicos con la

participación de los particulares en las actividades relativas al desarrollo y fomento de la ciencia y la tecnología, constituye una excepción a la norma del artículo 355 de la Constitución". (Corte Constitucional, 1995).

.-Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 23 de febrero de 2006: Radicado 11001-03-06-000-2005-01710-00(1710). Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

“Se determinó que respecto de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro, pese a no encontrarse sometida a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se encuentra sometida a los principios de la función administrativa y la gestión fiscal y, le es aplicable el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflictos de interés” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 2006).

.- Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 24 de febrero de 2005 dentro del radicado 1.626 con ponencia de la Consejera Gloria Duque Hernández, en la cual se sostuvo que:

“(…) el objeto de los contratos que autoriza el inciso segundo del artículo 355 Superior, se limita a la realización de actividades o programas de interés público que, conforme a los planes de desarrollo, adelanten instituciones privadas sin ánimo de lucro. Aquellos que generan una contraprestación directa a favor de la entidad contratante y los que tienen por objeto desarrollar proyectos específicos, corresponden al giro normal de las funciones propias de la entidad estatal, y por lo tanto, se tipifican dentro de cualquiera de las modalidades de contratación de la ley 80 de 1.993, debiendo sujetarse a los procedimientos allí previstos, en especial los de escogencia del contratista” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 2005).

.- Consejo de Estado, en su Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero ponente Yesid Rojas Serrano, declaró la constitucionalidad del inciso 1° del artículo 2° del Decreto 777 de 1992, reglamentario del artículo 355 de la Constitución Política, en sentencia de 26 de febrero de 1993, luego de los siguientes análisis:

“La igualdad frente a la ley es un principio que tiene como premisa la igualdad fáctica de sus destinatarios que es la que se ignora en los supuestos presentados por los impugnantes, porque al dar a las personas jurídicas de derecho privado carentes de ánimo lucrativo el trato consignado en el artículo 1° del Decreto 777 de 1992, sólo está elaborando la distinción trazada por el Constituyente, según la cual los contratos podrán celebrarse con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. El artículo 12 del Decreto 777 de 1992 lo que hace es reglamentar aquella previsión constitucional, art.355, inc. 2 C.P., al establecer que los contratos que así se llevan a cabo deben constar por escrito y sujetarse a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, pero salvo lo previsto en el mismo decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el decreto 222 de 1983, sin que pueda pensarse válidamente que por establecerse estas condiciones desaparezca la consiguiente en que los contratos a más de tener como meta el impulsar programas y actividades de interés público, éstos deben estar acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo, así esta última circunstancia la contemple el estatuto reglamentario, pero sin que tal omisión pueda considerarse como que quebranta la norma superior” (CE, 1993).

#### **2.4. Reglamentación de los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, que empieza a regir el 1° de junio de 2017.**

En enero 27 de 2017, el Gobierno nacional expidió el Decreto 092 de 2017, “por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia

el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”, derogando todos los decretos reglamentarios que lo antecedieron.

Dentro de la lógica reglamentaria, el Decreto 092 de 2017, al referirse a las entidades públicas de que trata la facultad de celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro, a diferencia de la reglamentación anterior, se limitó a las mencionadas en el artículo 355, Entidades públicas del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades previstas en el Plan Nacional y los planes de desarrollo locales, con independencia de la denominación que las partes den al acto jurídico y de la parte que tuvo la iniciativa de celebrarlo.

El artículo 355 de la Constitución Política hace referencia exclusivamente a los entes del Gobierno del nivel nacional, departamental, distrital y municipal. En consecuencia, a las Entidades Estatales, distintas de la rama ejecutiva, no les está permitido celebrar convenios o contratos, conforme esta norma.

Es de señalar, que el Decreto 092 de 2017, reglamentó los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, contenidos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, que el legislador autorizó celebrarlos para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con el propósito y las funciones de las Entidades Estatales, conforme los parámetros del artículo 355 de la Constitución Política, al cual ordenó remitirse para el efecto, por lo que, con el Decreto 092 de 2017, se reglamentan tales convenios los cuales no están limitados a las Entidades Estatales de los Gobiernos nacional, departamental y municipal.

La contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad de que trata el artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto Reglamentario 092 de 2017, es de carácter restrictivo o exceptivo y solamente procede cuando se presentan las condiciones



señaladas en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017. De otra parte, la reglamentación comprende las reglas que se deben seguir, cuando se esté en presencia de los convenios de que trata, como lo describe la Agencia “Colombia compra eficiente” en la guía de contratación de los convenios de asociación de entidades sin ánimo de lucro, en desarrollo de la nueva reglamentación.<sup>19</sup>

Con el Decreto 092 de 2017, se reglamentan los convenios de asociación de entidades privadas sin ánimo de lucro, a las que hace referencia el inciso 2° del artículo 355 constitucional y a los contemplados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, determinando las diferencias y especificidades que comporta cada una, de acuerdo a las entidades facultadas para celebrarlos, el objeto a convenir y los procedimientos de selección cuando exista pluralidad, así como el efecto y la aplicación de la normatividad contractual del estado, en cada uno de ellos.

Así tenemos, que tratándose de pluralidad de entidades para celebrar el convenio de que trata el inciso 2° del artículo 355, el artículo 4° del Decreto 092 de 2017, consagra un proceso competitivo de escogencia para seleccionar al contratista, con las siguientes fases:

“(i) definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas; (ii) definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la entidad estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad, y (iii) evaluación de las ofertas por parte de la entidad estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto. Este proceso se exceptúa cuando el objeto del proceso contractual corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de la promoción de la diversidad étnica colombiana, que sólo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, condición que se debe justificar en los estudios y documentos previos” (Decreto 092, 2017).

---

<sup>19</sup> Para consultar la guía de Colombia Compra Eficiente, puede hacerse uso de la siguiente página web: “<https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pleigos-tipo/manuales-y-guias>”.

Respecto de la selección de la entidad privada sin ánimo de lucro, cuando sea aplicable el convenio de que trata el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, debe garantizarse la selección de forma objetiva y justificar los criterios para dicha escogencia. A estos convenios, le son aplicables los postulados normativos consagrados en los artículos 5, 6, 7 y 8 del Decreto 092 de 2017, incluidos los principios de la contratación estatal, el régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades y en general, la aplicación del estatuto contractual estatal, con excepción de lo reglamentado expresamente en esta norma.

Finalmente, en las dos (2) eventualidades, las entidades privadas sin ánimo de lucro, deberán estar registradas en el SECOP, siendo este el medio eficaz para acreditar los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo y distribución del Riesgo, definidos por las Entidades Estatales.

En relación con el Registro Único de Proponentes (RUP), no se podrá requerir por parte de las Entidades Estatales, la inscripción de las entidades privadas sin ánimo de lucro en el RUP, para esta contratación.

Sólo con la práctica contractual estipulada en la nueva reglamentación, podrá evaluarse y determinarse la efectividad de los cambios introducidos. Si bien, se avanza en directriz de instituir un proceso competitivo entre las entidades privadas sin ánimo de lucro, que permita seleccionar la más favorable para el cumplimiento de los fines de interés general que se pretende satisfacer con la colaboración del tercero particular del sector solidario, idóneo y con capacidad para desarrollar de manera óptima y eficiente el servicio a la comunidad, acorde con el plan nacional o planes de desarrollo locales, según corresponda, aún, encontramos visiblemente tímida la intención de someter el proceso de selección a una convocatoria abierta, pública y objetiva, que permita dentro de una competencia de mercado entre entidades del sector solidario,

el uso racional y eficiente del gasto público y una actuación óptima por parte de las organizaciones no estatales, con la actividad de control social eficaz de la ciudadanía, que redundaría en la formación material social y política del ciudadano (Grau, 1998).

## Capítulo 2.

### **1.- Falencias en la aplicación de los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro, a la luz del decreto 777 y 1403 de 1992.**

Estando claro que uno de los mecanismos de los que se vale el Estado para el cumplimiento de sus fines, es la colaboración de los particulares en la gestión pública, mediante los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, cuyo objeto es el impulso de programas de interés público del ejecutor, acordes con los planes de desarrollo de la entidad pública, que requieren para la ejecución o desarrollo de dichos programas, que el objeto social de la entidad privada esté directamente relacionado con el objeto a contratar, aunado a la exigencia de contar con una reconocida idoneidad, bajo parámetros que la misma normatividad establece como criterios para evaluar dicha condición *sine qua non*, que se constituye como requisito esencial contenido en el artículo 355 de la Constitución Política.

A los criterios anteriores, se suman las excepciones establecidas en los decretos reglamentarios nos. 777 y 1403 de 1992, marco legal aplicable, para la vigencia de los casos que se analizarán, con el objeto de evaluar las falencias en el uso de dicha figura jurídica.

Ahora bien, no obstante, estos parámetros constitucionales y legales, el uso indebido de la figura jurídica, y el consecuente desconocimiento de los principios de selección objetiva y transparencia contenidos en la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, ley 1474 de 2011 y decretos reglamentarios, evidencian las falencias en la aplicación de los convenios de asociación, desviando el cumplimiento del fin social e interés común, que se persigue, como se advierte con el estudio de los casos de procesos disciplinarios adelantados en la Personería de Bogotá, cuyo

resultado fue la sanción disciplinaria de destitución con inhabilidades especiales desde los diez a los doce años, en fallos de primera y segunda instancia.

Las falencias evidenciadas en la aplicación de los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, durante la vigencia de los decretos reglamentarios 777 y 1403 de 1992, son las siguientes:

### **1.1. Violación de los principios de transparencia y selección objetiva del Estatuto general de la contratación pública.**

Para dar aplicación al artículo 355 de la Constitución política, figura de uso excepcional y restrictivo en materia negocial del Estado, es preciso al momento de estudiar la necesidad, conveniencia y justificación de la contratación, no solo tener presente las disposiciones que consagra el artículo constitucional, ampliamente expuestas en el capítulo 1 del presente trabajo investigativo, sino también la verificación estricta y puntual de cada una de las exclusiones contenidas en los decretos reglamentarios 777 y 1403 de 1992, que constituyen el régimen legal aplicable, antes de la entrada en vigencia del decreto 092 de 2017.

La falencia recurrente en el mal uso de la figura de los convenios de asociación fue la vulneración de los principios de transparencia y selección objetiva, como consecuencia de la inobservancia de las exclusiones contenidas en el artículo 2°, numeral 1° del decreto 777 de 1992 y el artículo 3° del decreto 1403 de 1992, lo que se traduce en que se celebraron convenios de asociación, con entidades privadas sin ánimo de lucro, para el desarrollo de actividades u obligaciones contractuales, que implicaban contraprestación a favor de la entidad contratante, es decir, no se impulsó el objeto social de la fundación acorde con el plan de desarrollo de las entidades públicas, de que trata el artículo constitucional, sino que se ejecutaron de manera

directa los proyectos a cargo del ente estatal, que debieron entonces, celebrarse mediante las modalidades consagradas en el Estatuto general de la contratación del Estado.

Lo anterior, se evidenció en las obligaciones contractuales del ejecutor, que correspondían a suministro de bienes y servicios, prestación de servicios y arrendamientos, elaboración de estudios y diseños, objetos que debían ejecutarse, a través de las modalidades de selección consagradas en el Estatuto general de contratación pública, establecidos para el efecto, esto es, licitación pública o selección abreviada para el suministro de bienes y servicios, contratación directa en tratándose de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, así como el de arrendamiento de bienes inmuebles y por último la modalidad de concurso de méritos, en tratándose de consultorías.

La vulneración de los principios de transparencia y selección objetiva de la contratación estatal, se advierte en la medida en que la administración pública, lo que pretende al celebrar los convenios de asociación, transgrediendo su régimen constitucional y legal, es obviar las modalidades que requieren la convocatoria pública con las exigencias y trámites establecidos en la normatividad aplicable.

### **1.2. Desconocimiento de las excepciones previstas en los decretos reglamentarios 777 y 1403 de 1992.**

Como se explicó en el acápite anterior, el desconocimiento de las excepciones previstas en la reglamentación de la figura jurídica en estudio, conlleva indefectiblemente a la vulneración de los principios de transparencia y selección objetiva consagrados en el Estatuto general de contratación pública, en la medida en que se desarrollan objetos que no corresponden a la esencia del artículo 355 de la Constitución Política, que concibió esta figura única y exclusivamente para el impulso de programas acordes con los Planes de desarrollo nacional, seccional y local.

Es así, que las entidades estatales, al momento de evaluar la procedencia de la celebración de convenios de asociación, debía analizar si el objeto y las actividades contractuales implicaban una contraprestación directa a favor de la entidad, caso en el cual, le estaba vedado el uso de esta figura constitucional, toda vez, que la contraprestación implicaba el desarrollo de actividades propias a cargo de la entidad y no, las de la naturaleza social que correspondían al giro normal de las actividades de la ESAL.

La contraprestación<sup>20</sup> directa a favor del Estado, implica la ejecución de un programa propio de la entidad estatal y a cargo de ella, mientras que el convenio de asociación comporta un impulso del programa de la ESAL, acorde con los planes de desarrollo nacional, seccional o local.

De otra parte, la exclusión que contempla el decreto 1403 de 1992, implica que no debe mediar instrucciones precisas por parte de la entidad contratante, por cuanto esta circunstancia, evidencia la injerencia directa del ente estatal en el desarrollo contractual, es decir, como si se estuviera ejecutando el proyecto de la entidad, desconociendo que la esencia del convenio de asociación es la actividad de fomento estatal, esto es, el impulso de los programas de interés social de la entidad privada sin ánimo de lucro, quien gozará de plena autonomía e independencia en la forma de ejecutarlo.

Lo anterior, se traduce en que a la entidad estatal, no le está dado impartir instrucciones precisas a la ESAL, esto es, indicarle bajo qué parámetros o en qué forma ha de desarrollar el objeto del convenio, por cuanto es claro que al ser iniciativa de la entidad sin ánimo de lucro, las

---

<sup>20</sup> Como se explicó en el acápite primero, la diferencia entre convenio y contrato, radica en que el primero conlleva a aunar esfuerzos frente a un objetivo común, mientras que el segundo, comporta el principio de conmutatividad, que implica acuerdo de voluntades con intereses opuestos, es decir, contraprestaciones entre las partes, una, persigue la prestación de un servicio y la otra, el pago por el mismo.

actividades corresponderán a la naturaleza de su objeto social y a las actividades propias de su misión, dado que, si bien el Estado aporta dinero para el impulso del programa de la ESAL, ésta a su vez, aportará su experiencia, personal corporativo, instalaciones y su capacidad administrativa, técnica y financiera.

### **1.3. Falta de idoneidad para la ejecución del objeto contractual por parte de la Entidad privada sin ánimo de lucro.**

Los decretos reglamentarios 777 y 1403 de 1992, definieron la característica esencial para la escogencia de la entidad sin ánimo de lucro, beneficiaria del impulso de la actividad de fomento por parte del Estado, consistente en la reconocida idoneidad, definida como la experiencia con resultados satisfactorios que garantizaran su capacidad técnica y administrativa para realizar el objeto convenido, según evaluación a cargo de la entidad estatal, que debía expresarse por escrito motivado.

Otro criterio de escogencia de la ESAL, eran los siguientes:

“El tiempo de creación de la misma, el cual no podía ser inferior a seis (6) meses a la celebración del contrato, tener vigente el reconocimiento de su personería jurídica, además, aquellas que estuviesen obligadas por disposición legal a presentar declaración de ingresos y patrimonio o declaración de renta debían suministrar copia de las correspondientes a los tres (3) últimos años gravables, si era del caso. El término de duración de las entidades sin ánimo de lucro no podía ser inferior al término del contrato y un año más; así mismo, cuando las entidades sin ánimo de lucro realizaran actividades que requirieran licencia oficial, ésta debía estar vigente a la fecha de la celebración del contrato respectivo” (Decreto 777, 1992, Artículo 12).



Los criterios expuestos, necesarios para la escogencia de la ESAL, no guardan proporcionalidad con el elemento esencial de la entidad ejecutora, que es, su reconocida idoneidad, dado que reconocida idoneidad, es un término que tiene relación con un factor subjetivo como es el reconocimiento, la acreditación, que como lo define el Diccionario de la Lengua Española –DEL-, “adj. Muy conocido y acreditado”, condición o calidad que se obtiene con trayectoria, que para el DEL, es “f. Curso que, a lo largo del tiempo, sigue el comportamiento o el ser de una persona, de un grupo social o de una institución”, lo cual no se compagina con los escasos seis meses de constitución de la ESAL, que exigía el decreto reglamentario<sup>21</sup>.

En el desarrollo legal del artículo 355 de la Constitución política, la idoneidad se constituye como un requisito esencial del convenio de asociación, es quizás el único criterio objetivo exigido para la escogencia de la entidad privada sin ánimo de lucro, de ahí que se define en relación con la experiencia basada en resultados satisfactorios que acrediten la capacidad técnica y administrativa de los ejecutores para realizar o desarrollar el objeto y las actividades del contrato.

Conforme a lo expuesto, la entidad estatal está en la obligación de verificar plenamente dicha condición, que debe estar probada en la carpeta contractual, mediante certificaciones que acrediten la experiencia del ejecutor directamente relacionada con el objeto social del proyecto a desarrollar, lo que sin duda, ofrece la garantía de la correcta y adecuada ejecución del convenio.

---

<sup>21</sup> El término de seis meses de trayectoria de la ESAL, fue lo que permitió la proliferación de fundaciones, corporaciones o asociaciones de bolsillo, constituidas para determinado objeto y entidad pública, que ni siquiera contaban con la sede, estructura organizacional, financiera, técnica y administrativa para ejecutar de manera idónea el objeto contractual, lo que generó el incumplimiento de las obligaciones y las subcontrataciones que estaban prohibidas en la reglamentación.

No obstante, lo anterior, se evidenció de los casos analizados que se describirán de manera detallada y explicativa en apartes siguientes, que precisamente, la entidad estatal al obviar la obligación de constatar la idoneidad del ejecutor, celebrando los convenios de asociación con entidades que no tenían trayectoria, experiencia, ni capacidad técnica y administrativa para desarrollar los objetos acordados, lo que se tradujo en el incumplimiento de los fines del Estado, la ineficacia del gasto público y la necesidad de subcontratar las actividades a ejecutar, cuando estas debían ser del giro ordinario del desarrollo de su objeto social.

#### **1.4. Subcontrataciones por parte de las ESAL.**

Respecto a este falencia, es preciso señalar, que tiene relación directa con el punto tratado anteriormente, en la medida que si bien es cierto, la normativa, no contempla esta posibilidad, sino que la entidad sin ánimo de lucro ejecute directamente el objeto, lo que supone que debe contar con la capacidad administrativa, técnica y financiera para que ello sea posible, no es lo menos que la ausencia de criterios objetivos al momento de la escogencia de la ESAL, por parte de las entidades estatales, conlleva a que se contrate con entidades que no gozan de estos requisitos y por ende tengan que subcontratar las actividades del objeto a desarrollar, con lo que se desnaturaliza la finalidad de esta clase de contratación.

Lo anterior, genera el incumplimiento de lo dispuesto en la normativa, en el sentido que con los recursos públicos que recibía la entidad sin ánimo de lucro en razón del respectivo contrato, debían efectuar gastos exclusivamente para el cumplimiento del objeto del mismo.

#### **1.5. La inejecución o deficiente ejecución del objeto contractual.**

Se evidencia, no solo en la ausencia de verificación de los requisitos que comportan la idoneidad de la entidad sin ánimo de lucro, sino también en la forma deliberada de obtener

beneficio económico, a través de las entidades fachada o de papel<sup>22</sup>, que celebrado el convenio de asociación, si bien puede certificarse a través de documentación, su completa ejecución, no significa que se haya llevado a cabo de manera real y efectiva en beneficio de la población más vulnerable a que estaba dirigido.

Así mismo, se presenta una baja o deficiente ejecución física de los convenios, como puede observarse de los resultados del informe de seguimiento a los convenios de asociación celebrados por las entidades y localidades distritales en la vigencia 2014, elaborado por la Veeduría Distrital, en el sentido que al analizar el avance a 31 de diciembre de dicha anualidad, encontró que de los 847 suscritos por el sector central del distrito, mediante el régimen especial por un monto de \$338.949.790.117, millones de pesos, 149 de ellos presentaron un adelanto en su ejecución entre el 0% y el 50%, que equivalió al 17,6% del total y entre 51% y el 100%, 698, representó el 82,4% restante. (2014, pág. 21)

Igual fenómeno revela el informe del ente distrital, ocurrió a nivel de las localidades distritales, donde el avance a 31 de diciembre de 2014, en la ejecución de los convenios de asociación suscritos en las mismas, con fundamento en el decreto 777 de 1992, por un monto de \$59.771.211.185 millones de pesos, 221 de ellos presentaron un adelanto entre el 0% y el 50% equivalente al 75% del total y entre el 51% y el 100%, 73 que representaron el 24,8% restante. (2014, pág. 56)

---

<sup>22</sup> Así se planteó en el artículo titulado “Los Convenios como una burla desmedida a los principios del régimen de contratación estatal y al artículo 355 constitucional”, cuando en uno de sus apartes, señaló: “(...) Teniendo en cuenta que a través de los mal llamados convenios, como una forma de contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro, que deben acreditar una reconocida idoneidad, que casi siempre es confeccionada por los adalid que manejan y estructuran los grandes despilfarros públicos, se le hace un desvío al régimen de contratación Estatal (sic), enriqueciendo de forma lícita a las mafias ancestrales y las que se crean coyunturalmente para apropiarse de la forma más fácil del dinero de todos los colombianos”. Este artículo puede consultarse en la siguiente página web: “<http://www.usofrenteobrero.org/index.php/actualidad/noticias/opinion/2044-los-convenios-como-una-burla-desmedida-a-los-principios-del-regimen-de-contratacion-estatal-y-al-articulo-355-constitucional>”.

Lo anterior, tiene correspondencia con el porcentaje de suscripción de los convenios, en el primer y segundo semestre del año 2014, en el que el 40% correspondió al primero y el 60% al segundo de ellos, de lo que se infiere una deficiencia en la planeación contractual y en la ejecución presupuestal. (2014, pág. 14)

### **1.6. Deficiencia en la supervisión técnica, administrativa y financiera.**

Frente a esta falencia, es dable señalar que el decreto 777 de 1992, dispuso que el control a la ejecución y cumplimiento del objeto de dichos convenios, se haría a través de la verificación por parte de la interventoría y/o supervisión<sup>23</sup>.

Es preciso señalar, que se contempló la contratación directa con personas naturales o jurídicas especializadas y de reconocida idoneidad en la materia objeto del contrato, para ejercer la interventoría, gastos que no podían exceder del 5% del valor del contrato y eran imputables al mismo.

De otra parte, consagró que el contrato debía estipular las funciones que correspondieran al interventor, entre las cuales estaría la de exigir el cumplimiento del objeto del contrato y solicitar al contratista la información y los documentos que considere necesario en relación con el desarrollo del mismo.

Ahora bien, pese a que se contempló dicho control y las responsabilidades de quien lo ejerce, en la práctica no se realizó de manera efectiva, oportuna y eficaz y en muchos de los casos, hubo total ausencia del mismo, lo que se reflejó en la certificación del cumplimiento total de las obligaciones, sin la previa verificación de la ejecución técnica, administrativa y financiera.

---

<sup>23</sup> Artículo 6° del decreto 777 de 1992.

Esta situación contribuyó a que la inversión de los recursos no llegara a la población beneficiaria, no existiera un control en la ejecución de los dineros públicos que debía administrar la ESAL, y con ello un creciente y desmesurado despilfarro del erario estatal<sup>24</sup>.

Adicionalmente, la norma reglamentaria consagró que el control de ejecución y cumplimiento, podría ejercerse mediante interventores designados por la comunidad o por asociaciones cívicas, profesionales, comunitarias o juveniles, disposición que no tuvo aplicación, ni eco en la comunidad, dado que no se previó la manera de hacer efectiva dicha prerrogativa y porque al Estado no le interesó incentivar la participación y el control de la ciudadanía, en razón a la práctica corrupta en la aplicación de la figura.

En tratándose del sector salud, los contratos celebrados con entidades sin ánimo de lucro, de dicho sector podrían encomendar la interventoría al representante del sector salud en la junta directiva de la misma, a que hace referencia el artículo 48 del decreto 1088 de 1991, en relación a los representantes del Ministerio de Salud y de las direcciones seccionales o locales de salud, en las juntas directivas de las instituciones sin ánimo de lucro, con derecho a voz pero sin voto.

Finalmente, en el párrafo, dispuso que lo consagrado en el artículo 6° del decreto 777 de 1992, se entenderá sin perjuicio de los componentes de interventoría a que haya lugar en virtud de acuerdos a convenios con los organismos internacionales que suministren los recursos correspondientes.

---

<sup>24</sup> Al respecto, en la publicación sobre el análisis de lo que ha sido la aplicación de la figura jurídica de los convenios de asociación en vigencia del decreto 777 de 1992, se expuso: “(...) Grandes recursos económicos que bien pudiesen ser invertidos en planes sociales, se desaparecen de forma inmisericorde, a través de esta figura de generación de obligaciones económicas, afectando la sostenibilidad fiscal del Estado, al truncarse la posibilidad de inversión social, como la generación de empleo”. Obtenido de la página web: <http://www.usofrenteobrero.org/index.php/actualidad/noticias/opinion/2044-los-convenios-como-una-burla-desmedida-a-los-principios-del-regimen-de-contratacion-estatal-y-al-articulo-355-constitucional>.

Muestra reveladora de esta falencia, son los resultados del informe de auditoría de la Auditoría General de la República para los años 2014-2015, sobre la contratación con entidades sin ánimo de lucro del nivel territorial con exclusión de la ciudad de Bogotá, D.C., en el que se indica que las ESAL son las más beneficiadas en los últimos años por su participación creciente en la contratación estatal, observándose un aumento significativo, tanto a nivel nacional como territorial, que dificulta el control a la ejecución de los recursos públicos, aunado a las ventajas que por su naturaleza tienen respecto de las entidades con ánimo de lucro, por su régimen tributario. (pág. 9)

### **1.7. Ineficiencia del gasto público de inversión social.**

La finalidad de la contratación estatal tiene como fundamento el cumplimiento de los fines del estado, que se traduce en el servicio a la comunidad en pro del interés general, siendo uno de los mecanismos, la actividad de fomento a través del impulso de los programas y actividades de interés público de las ESAL, lo que implica la optimización o maximización de los resultados con el menor costo, es decir, el mayor número de beneficiarios, con la inversión racional, eficiente y eficaz del presupuesto destinado para el efecto.

Lo anterior, solo puede lograrse con un estudio financiero y económico serio, que permita optimizar la inversión, medir el beneficio social, cuantificar los porcentajes de aporte estatal y del ejecutor y justificar la administración y ejecución de los recursos estatales.

Circunstancias que a la luz de la reglamentación, no se encuentran establecidas, dado que no contemplaron a cargo de las entidades públicas realizar una planeación que incluyera la elaboración de estudios técnicos, económicos y financieros para determinar o constatar el costo financiero de la propuesta o proyecto presentado o a cargo de la ESAL, que se pretende impulsar, toda vez que como se ha señalado, se consagró el criterio de reconocida idoneidad y

presupuestalmente, contar con el certificado de disponibilidad presupuestal para respaldar el compromiso.<sup>25</sup>

La Veeduría Distrital, en informe sobre la contratación a nivel distrital, para el año 2014, al evaluar el uso de la figura de convenios de asociación, tanto del nivel central, como el de localidades, determinó que: “no existe un criterio claro respecto de qué tipo de bienes y servicios pueden ser contratados mediante Convenios de Asociación. Tampoco existe una metodología para verificar la idoneidad de las organizaciones a contratar a través de este régimen especial” (pág. 39), lo que de entrada refleja las carencias y deficiencias de que adolece la reglamentación de la figura jurídica.

### **1.8. Concentración en la contratación a un número reducido de ESAL, que monopolizan la inversión estatal.**

La figura de los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro, siendo una forma especial de contratación como se ha hecho mención en el desarrollo del presente trabajo de investigación y respecto de la cual, se fijaron unas restricciones para su uso, se convirtió junto con la contratación directa en la regla general, por las entidades estatales, para la ejecución del presupuesto destinado a la contratación.

Pero aunado a lo anterior, la falta de unos criterios objetivos en la reglamentación para la escogencia de la entidad sin ánimo de lucro, permite un amplio margen de discrecionalidad por parte de la entidad estatal, que conlleva a concentrar la contratación o reducirla a ciertas entidades sin ánimo de lucro.

---

<sup>25</sup> “Decreto 777 de 1992: Artículo 7º.- Antes de la celebración de los contratos se deberá expedir un *Certificado de Disponibilidad Presupuesta* suscrito por el Jefe de Presupuesto o quien haga sus veces en el organismo o entidad contratante, en el cual conste que dichos compromisos están amparados con apropiación presupuestal disponible”.

Así lo muestra el informe de veeduría realizado a la contratación para la vigencia 2014, en el que las entidades de orden distrital, tanto del nivel central como de las localidades, no sólo ejecutaron la mayor parte del presupuesto para la contratación a través de esta figura jurídica, sino que lo hicieron con cierto número de ESAL, como se evidencia a continuación:

Señala que en el año 2014, las entidades distritales suscribieron 847 convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, por valor de \$338.790.117 millones, que representó el 1,52% del número y el 5,48% del costo total de contratos de la administración distrital, sin incluir las alcaldías locales, firmando en el mismo período 55.517, por un monto de \$6.174.601,0 billones de pesos, sumados los rubros de funcionamiento e inversión.

Se resalta, que del número total de contratos suscritos por el Distrito capital en el 2014, el 92% que correspondió a 51.081 contratos, se realizaron, a través de la contratación directa, y al sumarlos con los 847 convenios de asociación, suscritos a la luz de los decretos 777 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993, que representan el 1,5% del total de contratos, evidencian que las entidades distritales contrataron de manera directa, el 93,5% de los contratos, es decir, la excepción supera la regla general concebida en el Estatuto general de la contratación pública.

De los 847 convenios de asociación celebrados en el año 2014, los sectores con mayor participación fueron: Integración social con 537, equivalente al 63,40%, Cultura, Recreación y Deporte con 170, que representaron el 20,07%, Educación con 47, esto es, el 5,55%, Gobierno, Seguridad y Convivencia con 32 convenios, que significaron el 3,78%, Ambiente con 20, reflejados en un 2,36%, Mujer 12, es decir, el 1,42%, Movilidad 11 convenios, equivalentes al 1,30%, Gestión pública 9 convenios, conformando el 1,06%, Hábitat 6, que alcanzaron el 0,71% y Desarrollo económico, industria y turismo 3 convenios que constituyeron el 0,35 del total de la contratación efectuada, a través del régimen especial.



En cuanto a la concentración en la suscripción de los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro, indicó el informe referenciado en forma precedente que de los 847 suscritos en el año 2014, se contrataron con 468 ESAL, lo que significó que en promedio, cada una firmó el 1,8 convenios, conformando el ranking de las diez (10) ESAL que durante dicha vigencia tuvieron mayor concentración por la cantidad de convenios suscritos, en el siguiente orden: Corporación construyendo amor, Fundación social castillo san lucas, Fundación Pepaso, Caja de compensación familiar COMPENSAR, Fundación nacional para ancianos y niños desamparados, Asociación generadora de bienestar shows kids, Fundación ONG programa tejiendo logros, Comité cívico femenino de los barrios estrella del sur y Bogotá, Fundación social semillas de esperanza y Caja colombiana de subsidio familiar-Colsubsidio, que a través de 33 convenios, sumaron \$147.876.623.286, del total invertido \$338.949.790.117, concentrando con ello el 43,6% de los recursos que se invirtieron a través de la figura jurídica de los convenios de asociación.

Resalta, que Compensar durante el 2014, suscribió convenios por \$79.789.914.129 millones, suma que supera el presupuesto general de funcionamiento más inversión de 19 entidades distritales para el mismo período: Fundación Gilberto Alzate Avendaño, Departamento Administrativo del Servicio Civil, Instituto para la investigación educativa y el desarrollo pedagógico IDEP, Veeduría Distrital, Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público, Instituto Distrital de Cultura y Turismo, Jardín Botánico, Instituto Distrital de Patrimonio Cultural, Instituto Distrital para la participación y Acción Comunal, Orquesta Filarmónica, Secretaría Distrital de la Mujer, Concejo de Bogotá, Secretaria de Salud, Departamento Administrativo de Catastro Distrital, Secretaría Distrital de Desarrollo Económico, Instituto para la Economía Social, Secretaría Distrital de Planeación, Secretaría

Distrital de Cultura, Recreación y Deporte y la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos.

En cuanto a los objetos de los Convenios de asociación, se observó que de los 847 suscritos en 2014, 193 fueron adiciones a convenios de años anteriores, que representaron el 22,8%, 167 versaron sobre atención a la primera infancia, 19,7%, 152 tuvieron como tema los comedores comunitarios, 17,9%, 138, asuntos de cultura, recreación y deporte, el 16,3%, 96 para educación, formación y capacitación, alcanzando el 11,3%, 28 sobre derechos humanos y población vulnerable, que sumaron el 3,3%, 23 para gestión ambiental, 2,7%, 20, sobre diversas materias, que conformaron el 2,4%, 14 para atención a personas con discapacidad, 1,7%, 12 para atención de adulto mayor, que representaron el 1,4% y 4 para herramientas pedagógicas y jornada 40x40, que significaron el 0,5%.

Los datos enunciados, corresponden como dijimos al nivel central del distrito capital, sin contar con las localidades, ahora veremos el comportamiento de este factor de concentración de contratos de las ESAL, en la actividad contractual de los Fondos de desarrollo local que componen el Distrito capital.

Según la Veeduría, para el año 2014, las localidades del distrito capital, suscribieron 294 convenios de asociación, por valor de \$59.771'211.185 millones, lo que representó el 6,3% del número y el 9,3% del costo total de los contratos de 2014. Ahora bien, si tenemos en cuenta que el número total de los contratos suscritos por las localidades fue de 4.689, de los cuales 3.147, se adjudicaron a través de la modalidad de Contratación Directa, que al sumarlos con los 294 Convenios de asociación efectuados con base en el decreto 777 de 1992, muestran que de manera directa las localidades distritales escogieron el 73,4% de los contratistas. (págs. 71-72)

Como se advierte, se desdibuja el sentir del Estatuto general de la contratación pública, que señala como regla general para la escogencia o selección de contratistas, la licitación pública, que conlleva a la convocatoria general a los actores del mercado, a los particulares que previa determinación de requisitos puedan presentar en igualdad de condiciones una propuesta para contratar con el Estado, bajo claros conceptos de libre y sana competencia, siendo la excepción, precisamente la contratación directa, que conforme los resultados de los estudios hechos en el año 2014, por la Veeduría, la aplicación de la excepción supera el uso de la regla general.

Contrastan dichas cifras, con el estudio que hizo la Auditoría General de la República respecto de la contratación con las ESAL, a nivel nacional, en el lapso 2014-2016<sup>26</sup>, donde el auditor general, Felipe Córdoba, en RCN Radio, presentó el siguiente balance:

El funcionario denunció que, al parecer, se estarían creando entidades sin ánimo de lucro temporales que sólo funcionan el mismo tiempo de las alcaldías y las gobernaciones de turno y a las que les adjudican la mayoría de estos contratos.

“Lo que encontramos es que algunas fundaciones se mantienen vigentes por el mismo periodo de los alcaldes o gobernadores y una vez terminados estos periodos, dichas entidades se acaban”, precisó.

De igual forma indicó que “el problema que se ha visto es que como hay dificultades en la vigilancia y el seguimiento del recurso público, eso hace que se flexibilice la norma y que estas entidades puedan acceder a más contrataciones”.

---

<sup>26</sup> Entrevista al Auditor general de la República, Felipe Córdoba, transmitida por RCN Radio, el 25 de enero de 2017. “Esta información se obtuvo de la consulta de la página web <http://www.rcnradio.com/nacional/auditoria-advierte-irregularidades-en-contrataciones-con-entidades-sin-animo-de-lucro/>, consultada el 6 de diciembre de 2017”.

Agregó también que “hemos visto esas ‘mallas de contratistas’ que por ejemplo tienen adjudicados varios procesos en 29 de los 32 departamentos en áreas como la salud y la educación y que a pesar de presentar algunos problemas en unas de las regiones con sus procesos, son contratadas en otras”.

Córdoba aseguró que los departamentos de Antioquia y Valle son las regiones del país que más contratos de este tipo registran.

“El estudio es muy claro y enfatiza que el Gobierno de Antioquia desde 2014 y 2015 contrató 1 billón de pesos, seguido por la Alcaldía de Medellín, también con otro billón”, señaló. (Auditor General, 2017).

### **1.9. Falta de control jurídico y tributario de los dineros estatales que son entregados a las ESAL.**

Bien es sabido, que las ESAL, por su condición especial y su misión u objeto social encaminado al servicio a la comunidad, gozan de un especial régimen tributario, que les da amplios beneficios en razón a que se les considera como una extensión del Estado.

Con la ley 1819 de 2016, aprobada en el mes de diciembre, la nueva reforma tributaria, señaló un plazo de tres meses, primer trimestre del año 2017, para que las ESAL existentes, se adecuaran a la nueva normatividad tributaria, so pena de darles el tratamiento de sociedad comercial, es decir, estarían sujetas a todas las cargas del Estatuto Tributario, como lo es declarar renta sobre los excedentes<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Publicación de la Revista Mprende, titulada “Las organizaciones sin ánimo de lucro deben adecuarse a la reforma tributaria”, de fecha 24 de febrero de 2017, consultada el 10 de diciembre de 2017, mediante la página de internet: “<http://mprende.co/impacto-social/las-organizaciones-sin-%C3%A1nimo-de-lucro-deben-adecuarse-la-reforma-tributaria>”.

Señala el artículo de la revista Mprende, que de acuerdo con las manifestaciones del gobierno y otros actores, al ámbito de las ESAL, se han incluido entidades valiéndose de esta naturaleza, para buscar evadir o eludir impuestos, simulando u ocultando verdaderas actividades comerciales o de lucro, lo que generó la necesidad de filtración de estas entidades, para que tan solo queden en este régimen especial, las que desarrollen actividades de beneficio para la comunidad.

Según datos de la DIAN, existen más de 71.000 ESAL en Colombia, de las cuales el 77% (54.933) se encuentran en el Régimen Tributario Especial, mientras que el 23% (16.729) no son contribuyentes<sup>28</sup>; por lo que resulta importante esta nueva legislación tributaria que pretende, contribuir con el control jurídico y tributario de las ESAL.

De otra parte, según datos estadísticos de la Comisión de expertos para la equidad y la competitividad tributaria, presentado al Ministerio de Hacienda y crédito público:

“El 48% de las entidades (33.069) cuentan con actividades económicas no clasificadas, esto permite que las ESAL tengan objetos sociales muy generales que abarcan toda clase de sectores y de actividades. Estas dos ventajas: la tributaria y la posibilidad de participar en gran cantidad de actividades hicieron que las sociedades con ánimo de lucro compitieran en condiciones de desventaja”<sup>29</sup> (Diciembre de 2015).

Bajo estos parámetros, se pretende por parte de la DIAN, efectuar una fiscalización de las ESAL, aunque con el gran número de ellas, resultará difícil el control que corresponde a la

---

<sup>28</sup> Fue consultado en diciembre 10 de 2017, en la página web: [file:///C:/Users/user/Downloads/LIB\\_Agosto\\_2016\\_Comision.pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/LIB_Agosto_2016_Comision.pdf), en la que se podrá ampliar información sobre el particular.

<sup>29</sup> *Ibíd.*

autoridad tributaria, sin embargo, es un avance legal, que se condicione y restrinja la exagerada proliferación de esta clase de entidades, que como lo dice el doctor Juan Ricardo Ortega, quien fuera director de la DIAN:

Lamentablemente los números son tan elevados y la evidencia de malos manejos tan frecuente que no hay un plan creíble para depurar las 69.000 entidades sin ánimo de lucro que le declaran a la Dian. Un país que tendrá a lo sumo 2.000 auditores para controlar unas 6 millones de declaraciones de impuestos, ¿va a tener gente para visitar y controlar esa cantidad de fundaciones? Si comparamos, por ejemplo, con la cantidad de fundaciones sin ánimo de lucro en Austria, la evidencia salta a la vista: ¡solo hay 200! En el mundo desarrollado las fundaciones y cooperativas son muy importantes pero no abundan como aquí. ¿Será que somos el país más caritativo del mundo? (Ortega, 2016).

#### **1.10. Dificultad o imposibilidad de medir el beneficio social en la actividad de las ESAL, para determinar racionalidad del gasto público de inversión social.**

Efectivamente, no existe una metodología estandarizada o generalizada que permita medir cuantitativamente el beneficio social de las actividades de interés público que realizan las ESAL, con los aportes estatales, por cuanto, este factor social, debe contar con mecanismos para cuantificar factores de sensibilidad social, de satisfacción, motivación y estímulo, que desafortunadamente no pueden valorarse, a través de la contabilidad financiera o económica de que se valen las sociedades comerciales para cuantificar el excedente o ganancias en sus operaciones.

Ante esta dificultad, tan solo podemos verificar la rentabilidad de la actividad de fomento del Estado, con el costo de la inversión dividido el número de beneficiarios, a fin de determinar

si la inversión se compensa con el beneficio directo del servicio prestado, o por el contrario, si el monto del presupuesto de inversión social que se destina a las contrataciones con entidades sin ánimo de lucro, no resulta proporcional al beneficio que presta a los sectores desprotegidos, por el contrario, las sumas exageradas se pierden en actividades etéreas y que ni siquiera son registradas o probadas por los ejecutores, pero que son pagadas por las entidades contratantes, que ejercen una interventoría o supervisión pasiva e indiferente al despilfarro de los recursos públicos.

Para Adolfo Rodríguez Martínez, profesor de contabilidad y finanzas de la Universidad de Zaragoza:

“La ausencia de finalidad lucrativa, no implica que las entidades sin ánimo de lucro, no deban ser gestionadas de la forma más eficaz y eficiente posible, auxiliándose, entre otros, de los instrumentos que proporciona el uso de prácticas contables y de instrumentos de análisis utilizados en la gestión empresarial. Tras reflexionar sobre los objetivos y usuarios de la información financiera en el ámbito no lucrativo y sobre los estados financieros que aportan dicha información, se propone la utilización de indicadores que evalúen los factores clave de eficiencia de la entidad, su viabilidad, el grado de cumplimiento de los fines fundacionales, la eficiencia gestora y el coste de los servicios prestados” (2005, pág. 91).

El tema de la medición de beneficios sociales, fue objeto de estudio y análisis de la profesora del Departamento de Economía y Empresa de la Universidad de las Islas Baleares, María Antonia Ribas Bonet, al señalar la necesidad de la elaboración del Balance Social de las entidades no lucrativas, lo que ayudaría a incorporar transparencia en la gestión y actividades de la organización, a través de una estandarización de un modelo que permita ejercer un control

eficaz de las actividades de dichas entidades y de los recursos provenientes del Estado, que sirven a la actividad de fomento, empero, advierte en su trabajo investigativo sobre la complejidad en abordar esta herramienta, dado los factores subjetivos que surgen y la dificultad en cuantificarlos o hacerlos medibles para obtener resultados que redunden en beneficio de la misma entidad y por supuesto de los beneficiarios de su actividad en beneficio de la comunidad (2001, pág. 131 y 142).

En Colombia, desafortunadamente el uso de la figura de los convenios de asociación, en la percepción general de la ciudadanía, está asociado a actos de corrupción, en razón a los escándalos, como los casos de comedores comunitarios para la población infantil, la desnutrición de la niñez indígena en la Guajira, el carrusel de contratación en la ciudad capital, en donde se encuentran involucradas o vinculadas fundaciones y corporaciones que desviaron los fondos públicos en detrimento del beneficio social en los sectores a los que iban dirigidos.

## **2. Análisis de casos que evidencian las falencias enunciadas en vigencia de los decretos 777 y 1403 de 1992:**

Con el fin de visualizar las falencias enunciadas, se efectuó un estudio de cinco (5) casos disciplinarios conocidos y fallados en primera y segunda instancia por la Personería de Bogotá, donde de manera clara y recurrente, aparecen los presupuestos fácticos que evidencian los problemas y deficiencias en la aplicación de la figura de los convenios de asociación, durante la vigencia de los decretos reglamentarios 777 y 1403 de 1992.

El criterio de escogencia de los casos para estudio, fue en primer lugar, el impacto económico y social, reflejados en una ineficiente ejecución del objeto propuesto y la ineficacia en la inversión social de los recursos estatales, si se tiene en cuenta que los proyectos estaban orientados a satisfacer necesidades de población vulnerable, como mujeres víctimas de violencia,



comederos comunitarios, así como proyectos de interés público orientados a la recuperación del medio ambiente local y programas para fomentar e incentivar la actividad comercial en la localidad.

Los cinco (5) procesos disciplinarios, se adelantaron por parte de la Personería de Bogotá, D.C., con fundamento en presuntas irregularidades en la celebración de convenios de asociación suscritos con entidades privadas sin ánimo de lucro y entidades del orden distrital, del nivel central y de localidades, en razón a la competencia disciplinaria, como máximo órgano sancionador del Estado a nivel distrital<sup>30</sup>.

Los procesos disciplinarios corresponden a las radicaciones asignadas por la Personería de Bogotá, D.C., con los nos. 21335-2009, 7509-2011, 19657-2012, 2170-2014 y 31189-2014.

### **2.1. Radicación no. 21335-2009. Presuntas irregularidades en la celebración del convenio de asociación no. 010 del 30 de diciembre de 2009.**

La Alcaldía Local de Kennedy, a través, del Fondo de desarrollo local, para el año 2009, suscribió el convenio de asociación no. 010 del 30 de diciembre de 2009, con la entidad privada sin ánimo de lucro denominada fundación Terranova, cuyo objeto fue aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros para desarrollar los proyectos de recuperación del medio ambiente local y control de contaminación auditiva y visual, del Fondo de Desarrollo Local de Kennedy (Fallo primera instancia, 2013).

Al efectuar el análisis de los componentes de los proyectos de desarrollo local, materia del objeto contractual, el ente investigador de primera instancia, determinó que si bien es cierto, las actividades a desplegar, comprendían a la protección y recuperación del medio ambiente, las

---

<sup>30</sup>“Inciso final del artículo 3º de la ley 734 de 2002: Las personerías municipales y distritales tendrán frente a la administración poder disciplinario preferente”.

que sin lugar a dudas, son de interés público<sup>31</sup>, y se encontraban contenidas en el plan de desarrollo local, las mismas no compaginaban con la finalidad o esencia de la figura jurídica del convenio de asociación, que es el impulso a un programa o proyecto que debía provenir de la fundación Terranova y no como en el caso en comento, en el que las actividades a ejecutar estaban a cargo de la entidad estatal, por ser un programa propio del Estado.

Es claro, entonces que frente a la función estatal encaminada a la protección y recuperación del medio ambiente, como una actividad de interés social, que beneficia a la comunidad, tal como lo consagra la Constitución, si se transfiere la ejecución de los programas encaminados a obtener estos propósitos, se estaría recibiendo con esta actividad, una contraprestación directa para la entidad, incurriendo en la prohibición del numeral 1° del artículo 2° del decreto 777 de 1992<sup>32</sup>.

Bajo este supuesto fáctico, el ente investigador imputó falta gravísima, al Alcalde local de Rafael Uribe Uribe, en su condición de representante legal y ordenador del gasto del Fondo de desarrollo local, responsable de la actividad contractual en la entidad a su cargo, por desconocer los principios de transparencia y selección objetiva previstos en el numeral 8° del artículo 24 y numerales 4° y 5° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, modificado, el primero, por el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 y 5° ibídem, dado que en lugar de realizar un proceso de selección

---

<sup>31</sup> Constitución Política, “Artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.”

“Artículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. (...)”

<sup>32</sup> “Decreto 777 de 1992: Artículo 2°.- Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto: 1.- Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes”.

objetiva dentro del marco jurídico del estatuto contractual, utilizó de manera indebida la figura de los convenios de asociación prevista en el artículo 355 de la Constitución Política, desconociendo la prohibición del decreto 777 de 1992, modificado por el decreto 1403 de 1992<sup>33</sup>, razón por la cual, la conducta disciplinaria resulta inmersa en la falta descrita en el numeral 31 del artículo 48 de la ley 734 de 2002<sup>34</sup>.

La culpabilidad del agente disciplinario, según el ente investigador, se calificó como dolosa, en el entendido que, en su condición de ordenador del gasto, era su deber conocer y aplicar adecuadamente el Estatuto general de la contratación pública, sin embargo, decidió<sup>35</sup> suscribir el contrato objeto de esta actuación disciplinaria, sin el cumplimiento de requisitos, debido a que lo enmarcó en una modalidad contractual impropia para el objeto y los fines del mismo, evadiendo los principios de transparencia y selección objetiva, al desconocer las modalidades propias del Estatuto contractual de las entidades públicas.

Consecuente con lo anterior y en aplicación de los criterios para determinar la sanción, se impuso la destitución e inhabilidad general de 12 años para ejercer cargos públicos.

La decisión proferida por el a quo, fue objeto de recurso de apelación, el cual fue desatado por la Personería para la Segunda Instancia, mediante resolución no. P.S.I. 048 del 28 de enero de 2014, que confirmó el fallo sancionatorio no. 001 del 3 de septiembre de 2013, proferido por la Dirección de investigaciones especiales y apoyo técnico.

---

<sup>33</sup> La exclusión determina que no se podrá hacer uso de la figura de convenio de asociación, cuando las actividades a desarrollar “impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública y por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes”.

<sup>34</sup> “Ley 734 de 2002: Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: 31. 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”.

<sup>35</sup> Elemento cognitivo y volitivo, en el que interviene la voluntad, propia del dolo.

El ad-quem, para decidir, efectuó un análisis preliminar sobre la naturaleza de la figura del artículo 355 constitucional y sus decretos reglamentarios, a la luz de la jurisprudencia y la doctrina.

Argumentó el fallador de segunda instancia, que si bien es cierto en el artículo 355 constitucional, se hace referencia al término “contrato”, esta figura jurídica obedece realmente al concepto de “convenio”<sup>36</sup>, con fundamento en que no se estaba frente a intereses opuestos, sino comunes y tendientes a obtener un mismo fin, lo que implicaba una colaboración armónica y mancomunada, en donde las partes, tanto pública como privada, buscan el beneficio de la comunidad.

Concluyó el ad quem, que el análisis del a quo en el fallo, obedece a una clara y coherente interpretación de los pronunciamientos de la Corte Constitucional<sup>37</sup> y la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado<sup>38</sup>, que convergen en señalar que la figura jurídica consagrada en el artículo 355 de la Constitución Política, no fue utilizada en debida forma por el Alcalde local de Kennedy, al suscribir el convenio de asociación no. 010 de 2009, habida cuenta que su objeto era desarrollar proyectos derivados de las funciones del Fondo de desarrollo local, y no comportaba el apoyo o impulso de iniciativas propias de la fundación Terranova, con fondos públicos, finalidad y esencia de los convenios de asociación conforme la norma constitucional.

---

<sup>36</sup> En estos 26 años de vigencia de la figura de los contratos de apoyo al interés público o convenios de asociación, se acuñó por la doctrina el término de convenio de asociación, que finalmente fue acogido por el legislador al promulgar la ley 489 de 1998, sin embargo, el tema ha sido resuelto y definido como que la figura del artículo 355 de la Constitución Política corresponde a un verdadero contrato, como así lo dispuso el constituyente primario, desde la misma concepción y estipulación de la figura en la Carta Constitucional.

<sup>37</sup> “Sentencia C-671 de 1999 MP Alfredo Beltrán Sierra y C-543 de 2001 MP Álvaro Tafur Galvis”.

<sup>38</sup> “Concepto del 24 de febrero de 2005 CP Gloria Duque Hernández y Rad. 1101-03-06-000-2008-0049-00 (1911) CP Enrique José Arboleda Perdomo”.

Así, resumió el ad-quem, el proceso de interpretación y aplicación de la figura jurídica de los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, al ratificar las argumentaciones expuestas en el fallo de primera instancia, evaluado en el trámite de alzada:

“Por tanto, para la Corte Constitucional el ámbito del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política; *es el de la acción benéfica del Estado, de las actividades de fomento que dentro de un Estado social de Derecho corresponden como función propia insoslayable de la organización estatal.* Para la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, según concepto de 2005, los contratos que celebren las entidades públicas con fundamento en el inciso primero del artículo 355 constitucional, deben reunir 3 requisitos: i) sólo pueden cumplirse a través de entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad; ii) su objeto se circunscribe a impulsar programas y actividades de interés público de contenido eminentemente social, y iii) deben estar acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. Además, la autorización del artículo constitucional para impulsar programas y actividades de interés público *se refiere a los del ente privado y no a los del Estado, pues respecto de éste el deber constitucional es no sólo impulsarlos sino cumplirlos.* Según concepto de 2008, de esta misma Sala, los Convenios *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, en 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*” (Fallo segunda instancia, 2014).

Conforme a lo anterior, concluye el ad quem, que sólo en la medida en que se cumplan los requisitos señalados en el inciso segundo del artículo 355 de la Carta Política, y además no se esté frente a las excepciones contempladas en el artículo segundo del decreto 777 de 1992 y su modificatorio 1403 del mismo año, se puede contratar bajo esa modalidad excepcional,

circunstancia que fue desconocida por el Alcalde Local de Kennedy, quien se hizo merecedor de sanción disciplinaria.

## **2.2. Radicación 7509-2011. Presuntas irregularidades en la ejecución del convenio de asociación no. 021-2009.**

El Alcalde local de Kennedy, a través del Fondo de desarrollo local, suscribió el 30 de diciembre de 2009, el convenio de asociación no. 021-2009, con la Fundación empresarios por Colombia -FEC-, cuyo objeto fue aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros para desarrollar el proyecto encaminado a la promoción del desarrollo económico en la localidad de Kennedy, en los componentes: Elaboración de un estudio de mercado que permita el acceso al mercado de los productores de la localidad; Fomentar vitrinas comerciales en la localidad de Kennedy; Emprendimiento y fortalecimiento de la empresa-microempresa para la población formal e informal y Creación de unidades productivas con jóvenes barristas de la localidad. (Cargos, 2011).

El valor del citado convenio ascendió a la suma de \$682.038.060, de los cuales el aporte del Fondo fue de \$620.034.600, de la Fundación \$62.003.460 y el plazo de ejecución de diez (10) meses, prorrogado por tres (3) meses más.

Del material probatorio allegado al expediente, la Personería Delegada para Asuntos Disciplinarios IV, fallador de primera instancia, encontró mérito para imputar uso indebido de la figura de convenio de asociación, por desconocimiento de la cláusula de excepción contenida en el artículo 2º del decreto 777 de 1992 y por irregularidades en la ejecución del convenio.

Efectivamente, el investigador disciplinario, cuestionó que el objeto del convenio de asociación no. 021 de 2009, correspondía a una verdadera contraprestación en favor de la Alcaldía local, dado que se trataba de la elaboración de unos estudios de mercado, propios de un

contrato de consultoría, contemplado en la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007, en consecuencia, estaba excluido de los convenios de que trata el artículo 355 de la Constitución Política y sus decretos reglamentarios.

Así lo señaló, el ente investigador en el pliego de cargos que formuló contra el alcalde local, como representante legal y ordenador del gasto en la localidad de Kennedy, al resumir el comportamiento que se reprochó al burgomaestre:

“La suscripción del citado convenio tuvo lugar sin verificar las exclusiones de que trata el artículo 2° del decreto 777 de 1992, modificado por el decreto 1403 del mismo año, en cuanto que los productos resultantes de la ejecución del objeto contractual y de las obligaciones del ejecutor implicarían una contraprestación directa a favor de la Alcaldía Local de Kennedy. En efecto, el estudio urbanístico y los estudios y diseños del centro de abastecimiento son objetos propios de los contratos de consultoría de que trata el numeral 2° del Artículo 32 de la ley 80 de 1993 y, por tanto, deberían contratarse con una persona natural o jurídica privada con ánimo de lucro bajo el amparo de las normas de la contratación administrativa, dentro de un proceso que garantice el principio de selección objetiva” (2011, pág. 5).

En su segunda imputación, el operador disciplinario, con base en el material probatorio que se recaudó durante las etapas de indagación preliminar y de investigación disciplinaria, determinó que el Alcalde local debía responder disciplinariamente por suscribir el acta de terminación de actividades del convenio de asociación no. 021 de 2009, el 28 de febrero de 2011, sin que el contratista hubiera entregado todos los productos a que se comprometió en la ejecución del mismo, evidenciando este supuesto fáctico en las actas de visita administrativa que practicó la Personería local de Kennedy, en su función veedora en las fechas 16 y 17 de mayo de 2011.

Lo anterior, se tradujo en que el ejecutor no presentó los estudios de diseños y urbanísticos de la plaza de mercado, obligación prevista en la cláusula segunda del convenio, en las actividades correspondientes al proyecto 0089-2009 promoción del desarrollo económico en la localidad de Kennedy, componente: elaboración de un estudio de mercado que permita el acceso al mercado de los productores de la localidad, que comprendía las siguientes actividades a desarrollar:

3.1 Estudio Urbanístico. Partiendo de los predios propuestos por la alcaldía local de Kennedy se desprenden las siguientes actividades: Contratar profesional(es) en desarrollo urbano. Entrega documento resultado del estudio...

3.3 Estudios y diseños del centro de abastecimiento. Contratar profesionales en ingeniería civil y arquitectura. Entrega del estudio para el montaje del centro de abastecimiento. (2011, pág. 7)

En el caso ilustrado, no solo se vulneraron los principios de transparencia y selección objetiva previstos en el Estatuto general de la contratación estatal, al evadir la convocatoria pública para la escogencia del contratista, por cuanto el objeto del convenio correspondía a una de las exclusiones previstas en sus decretos reglamentarios, sino que tampoco se ejecutó a cabalidad el objeto contractual, como se pudo verificar del incumplimiento de algunas de las obligaciones contractuales, constituyéndose esto en un perjuicio grave a los interés de la comunidad y al patrimonio público, por cuanto no se cumplió el beneficio social, ni se satisfizo la necesidad pública con la inversión estatal, que para este tipo de convenios, resulta bastante considerable y que impacta de manera directa a la población más vulnerable.

La contratación pública, es una herramienta para la consecución de los fines del Estado, a través de la participación de los particulares en igualdad de condiciones y con el objeto de



realizar una distribución justa y equitativa de los recursos estatales, así lo ha manifestado de manera reiterativa, la jurisprudencia de la Corte constitucional, al señalar:

“El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos *instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares (...)*. En este orden de ideas, la defensa del principio del interés general no sólo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad. De ahí, que el objetivo central del Estatuto de Contratación, ley 80 de 1993, haya sido precisamente *disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales*; y el de la ley que lo reforma, ley 1150 de 2007, *introducir medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y dictar otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos*” (CConst, C-713/2009, M. Calle).

El operador disciplinario calificó las conductas reprochadas al Alcalde local de Kennedy, como faltas gravísimas, conforme lo establece el artículo 48 numeral 31 de la ley 734 de 2002,

que hace referencia a la participación en las etapas precontractual, contractual y de ejecución con desconocimiento de los principios de la contratación administrativa y la función pública<sup>39</sup>.

En cuanto a la culpabilidad del agente, en el primer cargo, el fallador de primera instancia, calificó de manera provisional en la imputación de cargos, la conducta del alcalde local a título de *culpa gravísima*<sup>40</sup>, por violación de reglas de obligatorio cumplimiento, en razón a que desconoció la normatividad contractual vigente, norma de carácter general que regula las actividades de las entidades públicas en esta materia, usando la figura jurídica de convenios de asociación, que sólo de manera excepcional debe aplicarse, en los casos permitidos por el artículo 355 superior, con estricta observancia de las exclusiones previstas en el artículo 2º del decreto 777 de 1992 y sus modificaciones.

En el segundo cargo, que se refiere a posibles irregularidades en la ejecución del convenio, por certificar el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones contractuales, cuando se encontraban al parecer, productos sin entregar, la conducta del agente, fue calificada provisionalmente a título de *dolo*.

El a quo, luego de surtir la etapa de juzgamiento, en la que se practicaron pruebas solicitadas por el disciplinado en sus descargos y al evaluar las razones de la defensa, consideró respecto al primer cargo, que se configuraron los elementos estructurantes de la falta disciplinaria, es decir, la tipicidad, la ilicitud sustancial o antijuridicidad disciplinaria y la culpabilidad, en la medida en que con la celebración del convenio no. 021 de 2009, se transgredieron los principios de transparencia y selección objetiva consagrados en el estatuto

---

<sup>39</sup> “Ley 734 de 2002, Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: 31. 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”.

<sup>40</sup> “Parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002: Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. (...)”.

general de la contratación pública, por cuanto se obvió la convocatoria pública para la escogencia del contratista para ejecutar un objeto propio de la consultoría, que de acuerdo con el artículo 32 de la ley 80 de 1993, es uno de los típicos contratos estatales, por lo que no podía hacer uso de la modalidad excepcional contenida en el artículo 355 de la Constitución Política y sus decretos reglamentarios.

La Personería de Bogotá, fue enfática en señalar que cuando el ordenador del gasto opta por hacer uso de la figura jurídica del 355, debe tener claro que se encuentra frente a una modalidad excepcional y restrictiva, lo que exige en términos de su deber objetivo de cuidado, la realización de un análisis riguroso de los requisitos y exigencias contemplados en los decretos 777 de 1992 y 1403 de 1992. (Fallo primera instancia, 2014)

Así mismo, el Consejo de Estado se pronunció en el sentido de que este régimen especial de celebración de negocios jurídicos no puede ser utilizado para aquellos que tengan por objeto el simple intercambio de bienes o servicios, en la medida en que en dichos objetos no existe realmente una cooperación que permita dar lugar a la celebración de un convenio, sino que se presenta un intercambio patrimonial que supone la existencia de un contrato. Sobre el particular, señaló esa Corporación:

“En consecuencia, cuando lo que el Estado busca es la adquisición de bienes y servicios para programas o actividades de interés general, se está en presencia de la excepción contemplada en el numeral primero del artículo 2º del decreto 777 de 1992 y se debe contratar en condiciones normales, esto es la ley 80 de 1993 y sus reformas; pero si lo que quiere es fomentar un programa o una actividad de interés general en alianza con un privado sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con aportes mutuos de cualquier naturaleza, se está en la posibilidad contemplada en el artículo 355 de la Carta” (Consejo de Estado, 2008).

Con fundamento en lo anterior, el fallador de primera instancia, sancionó con destitución e inhabilidad general por once (11) años, dada la transgresión de los principios de la contratación estatal, considerada como falta gravísima, a la luz del Código Disciplinario Único, ley 734 de 2002.

En relación con el segundo cargo, cuyo reproche fue por irregularidades en la ejecución del convenio, al certificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales en un 100%, cuando al parecer, no se habían entregado algunos de los productos; el a quo resolvió exonerar al servidor público, aplicando el principio de *indubio pro disciplinario*, por cuanto del material probatorio, no se obtuvo certeza frente a las manifestaciones de la Personería local de Kennedy, en la medida en que del material probatorio obtenido en juicio, se verificó que las actas de terminación y liquidación del convenio, evidenciaban el cumplimiento total de las obligaciones, creando una duda razonable, que en materia sancionatoria debe ser resuelta a favor del procesado en aplicación del principio de favorabilidad.

El ad-quem, previo a decidir el recurso de alzada interpuesto contra la decisión de primera instancia, efectuó un análisis partiendo de la naturaleza jurídica que comporta la figura de los convenios de asociación, consagrados en el artículo 355 constitucional, sus decretos reglamentarios y la ley 489 de 1998, la jurisprudencia y conceptos del Consejo de Estado, para después abordar el caso concreto, determinando que en efecto las obligaciones consagradas en el convenio, corresponden a la esencia de los contratos denominados en el numeral 2º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, de consultoría, por cuanto hace referencia a la elaboración de estudios y diseños de una plaza de mercado o centro de acopio<sup>41</sup>, objeto que debió satisfacerse por parte de

---

<sup>41</sup> Componente técnico del Convenio no. 021 de 2009, 3.1 de estudio urbanístico y 3.3 estudios y diseños del centro de abastecimiento.

la entidad, a través, de una convocatoria pública mediante la modalidad de concurso de mérito,<sup>42</sup> actividades que implican una contraprestación directa a favor de la entidad pública, en consecuencia, se encuentra dentro de la primera excepción contenida en el decreto reglamentario 777 de 1992, modificado por el decreto 1403 del mismo año.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, el ad quem, confirmó en todas sus partes el fallo de primera instancia, mediante resolución PSI no. 614 del 26 de noviembre de 2014. Esta decisión, se encuentra en sede contencioso administrativa, a través del medio de control de la nulidad y restablecimiento del derecho.

De los casos analizados, se evidencia, como en la actividad contractual desarrollada por las entidades del orden local, la inversión de recursos de proyectos para beneficio de la comunidad, resulta ineficaz para la consecución de los fines perseguidos, en la medida en que al no aplicarse los procedimientos propios de la actividad comercial, establecidos en el estatuto contractual, que contempla el desarrollo de estudios de necesidad, conveniencia, oportunidad, de mercado y demás actos preparatorios que permitan estructurar, coordinar, articular y definir la modalidad que se requiera para el óptimo desarrollo y ejecución del contrato o convenio, que se pretenda celebrar, es decir, cuándo se está en presencia de objetos propios de la figura jurídica contemplada en el artículo 355 constitucional o cuándo en los consagrados en el estatuto general de la contratación pública.

### **2.3. Radicación no. IE-12170-2014. Presuntas irregularidades en la suscripción y ejecución del convenio de asociación no. 264 de 2013.**

---

<sup>42</sup> “Ley 1150 de 2007: artículo 2, numeral 3. Concurso de méritos. Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. (...)”.

La Secretaría Distrital de la Mujer<sup>43</sup>, suscribió el convenio de asociación no. 263 de 2013, con la fundación sin ánimo de lucro Cor-Orientar, cuyo objeto fue: *“Aunar esfuerzos con el fin de poner en operación y mantenimiento una casa refugio para la atención de mujeres víctimas de violencias, sus hijos e hijas”*, por valor de \$913.815.900.00, de los cuales la entidad pública aportó la suma de \$800.000.000.00 y la entidad privada sin ánimo de lucro, \$113.815.900.00, representados en personal, infraestructura, bienes y equipos necesarios para desarrollar las actividades del convenio, con un plazo de 8 meses o hasta agotar los recursos.

Tuvo origen esta actuación disciplinaria, por remisión que hiciera la Personería delegada para la protección de la infancia, adolescencia, mujer, familia, adulto mayor y personas en situación de discapacidad, del informe en que advirtió el cierre de la casa refugio que operaba por convenio entre la entidad distrital y la fundación sin ánimo de lucro Cor-Orientar, circunstancia por la cual se perderían setenta cupos para proteger y velar por la integridad de las víctimas de todo tipo de violencia, acorde con la ley 1257 de 2008<sup>44</sup>.

En la cláusula sexta del convenio, se evidenció un aspecto ajeno a su naturaleza, cual es, el impulso de programas de interés social de la fundación, acordes con los proyectos de la

---

<sup>43</sup>“Organismo del sector central, con autonomía administrativa y financiera, que tiene por objeto liderar, dirigir, coordinar, articular y ejecutar las etapas de diseño, formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas para las mujeres. En este marco, el Distrito Capital estableció como meta en el Plan de Desarrollo, Económico, Social, Ambiental y de Obras Públicas, según acuerdo No. 489 de 2012, el proyecto prioritario 118 Bogotá Humana segura y libre de violencias contra las mujeres y la meta de operar 7 casas refugio para la atención de mujeres y sus hijas-os dependientes y proteger integralmente 2859 mujeres, sus hijos e hijas víctimas de violencias a través de casas refugio. Que en este acuerdo se indicó que las casas refugio son una medida de protección reforzada para las mujeres víctimas de violencias, sus hijas y sus hijos, forman parte del marco normativo para la garantía de los derechos humanos de las mujeres. (Auto de Cargos, Exp. IE-12170-2014)”.

<sup>44</sup> "Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones", que en su artículo 18: “consagra medidas de protección: Artículo 18. Medidas de protección en casos de violencia en ámbitos diferentes al familiar. Las mujeres víctimas de cualquiera de las modalidades de violencia contempladas en la presente ley, además de las contempladas en el artículo 5° de la Ley 294 de 1996 y sin perjuicio de los procesos judiciales a que haya lugar, tendrán derecho a la protección inmediata de sus derechos, mediante medidas especiales y expeditas, entre las que se encuentran las siguientes: **Remitir a la víctima y a sus hijas e hijos a un sitio donde encuentren la guarda de su vida, dignidad, e integridad y la de su grupo familiar;** (...)" (Negrilla fuera de texto).

entidad, pero en manera alguna, impartiendo instrucciones precisas al ejecutor, dado que las actividades a desarrollar deben ser inherentes a su objeto social, por lo que, al señalar la cláusula en comento, que la Corporación al presentar el equipo de trabajo para el inicio del convenio, requería autorización por parte de la Secretaría distrital de la mujer, previo concepto favorable escrito del supervisor, implicaba una injerencia directa de la entidad, en cuanto a las condiciones de ejecución del convenio, situación que corresponde a una de las excepciones contempladas en el decreto reglamentario 777 de 1992 y su modificatorio 1403 del mismo año<sup>45</sup>.

Con el análisis del material probatorio allegado al proceso, el operador disciplinario consideró que la Secretaria distrital de la mujer, suscribió el convenio de asociación no. 264 de 2013, sin verificar la exclusión contenida en el numeral 5° del artículo 2° del decreto 777 de 1992 y su modificatorio 1403 de la misma anualidad, normas reglamentarias del artículo 355 constitucional, aplicables por remisión directa del inciso 2° del artículo 96 de la ley 489 de 1998.

Lo anterior, en contravía de los principios de transparencia, responsabilidad y selección objetiva previstos en el Estatuto general de la contratación pública, al constatar, a su vez, que dentro de las obligaciones del objeto contractual a cargo del ejecutor, estaban las de suministrar a las beneficiarias del programa, todo lo necesario para su subsistencia y bienestar, una vez ingresaran a la casa refugio que se puso en operación, a través del citado convenio, lo que implicó para su operación y mantenimiento, que el ejecutor suscribiera contratos de arrendamiento, suministros y prestación de servicios, objetos que corresponden a los previstos en

---

<sup>45</sup> “Decreto 1403 de 1992, Artículo 3°.- Adiciónese el artículo 2 del Decreto 777 de 1992 con el siguiente numeral y párrafo: 5. Los contratos que de acuerdo con la ley celebre la entidad pública con otras personas jurídicas, con el fin de que las mismas desarrollen un proyecto específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con las precisas instrucciones que esta última les imparta. (...)”

el artículo 2° de la ley 1150 de 2007, que se debían celebrar aplicando las diferentes modalidades que contempla el estatuto contractual.

Con lo que se desconoció la restricción contemplada en el numeral 1° del artículo 2° del decreto 777 de 1992, es decir, estas obligaciones constituían una contraprestación directa a favor de la entidad pública, por lo que podrían haberse celebrado con personas naturales o jurídicas con ánimo de lucro, lo que constituyó el fundamento de la imputación de cargos, por falta gravísima consagrada en el numeral 31 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, por violación de principios en materia contractual, conforme lo definió la Personería delegada para asuntos disciplinarios IV.

Lo anterior implica, que por tratarse de una modalidad facultativa, excepcional y restrictiva que habilita al ordenador del gasto a contratar de manera directa y regirse por las normas entre particulares, se intensifica y se hace aún más riguroso el acatamiento de los principios de responsabilidad, igualdad, transparencia y moralidad pública y el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 355 de la Constitución Política y los decretos nacionales 777 de 1992 y 1403 de 1992, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de lo contencioso administrativo.

Preciso es indicar, que el contrato estatal se celebra en interés general, interés que orienta las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados a la observancia de los fines del Estado. Así las cosas, es innegable el carácter



instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo, sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado<sup>46</sup>.

De igual manera, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en advertir la finalidad del contrato estatal y su carácter instrumental, al siguiente tenor:

“El fin de la contratación pública está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De ahí que la defensa del principio del interés general no solo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad” (CC., Sentencia C-618/02, Colom.).

Aunado a lo anterior, resaltó el fallador de primera instancia que el contrato estatal es solemne y sus etapas se encuentran estrictamente regladas, lo cual garantiza la transparencia, objetividad e imparcialidad de las entidades contratantes y la legalidad de sus actuaciones, por consiguiente, la conducta de los funcionarios que en él intervienen debe ajustarse a la Constitución política, la ley, los decretos reglamentarios y demás normas vinculantes, lo que exige del servidor público su cabal y fiel cumplimiento, para así desarrollar de manera idónea los cometidos propios de un Estado social de derecho.

En estos términos, para la Personería de Bogotá D.C., cuando el ordenador del gasto opta por este tipo contractual, debe partir del presupuesto que se trata de una modalidad

---

<sup>46</sup> “Sentencia C-713-2009, Magistrado Ponente: dra. María Victoria Calle Correa”.

absolutamente excepcional y restrictiva, lo que en términos de su deber objetivo de cuidado, le implica llevar a cabo un análisis riguroso que le permita verificar el estricto cumplimiento de los requisitos y exigencias contemplados en los decretos 777 y 1403 de 1992.

Bajo los anteriores parámetros, se calificó la falta como gravísima por vulneración de los principios de transparencia y selección objetiva, al optar por aplicar la figura constitucional del artículo 355, por remisión expresa del inciso 2º del artículo 96 de la ley 489 de 1998, conforme a lo descrito en el numeral 31 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, y la culpabilidad a título de culpa gravísima, por violación de normas de obligatorio cumplimiento, en el entendido en que en materia contractual, estamos en presencia de procedimientos reglados, que dejan un estrecho margen a la discrecionalidad.

Finalmente, impuso la sanción a la disciplinada, en su condición de ordenadora del gasto y representante legal de la entidad, de destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años, habida consideración del grave daño social, en la medida que el mensaje enviado a la comunidad es el de una administración que desatiende los principios de la contratación estatal, lo cual afecta la seguridad jurídica, el debido proceso, la institucionalidad de la actuación administrativa.

El ad quem, al resolver el recurso de alzada mediante resolución PSI no. 0646 del 8 de septiembre de 2017, confirmó el fallo sancionatorio de primera instancia no. 042 del 30 de enero de 2017, ordenando la compulsión de copias para que se investigara a los demás funcionarios que participaron en la etapa precontractual del convenio no. 264 del 3 de septiembre de 2013, por las presuntas irregularidades en que pudieron incurrir.

Expuso como fundamento de su decisión, que si bien, con la puesta en funcionamiento de las casas refugio se busca el beneficio a la población de mujeres que lo requieran, conforme a lo

dispuesto en los artículos 10 y 13 del Acuerdo 489 de 2012<sup>47</sup>, corresponde a una medida de protección reforzada para las mujeres víctimas de la violencia, sus hijas y sus hijos, y, forma parte del marco normativo de las garantías de los derechos humanos de las mujeres, por lo que resulta innegable que a través de aquéllas se ejecutan o llevan a cabo las funciones y las tareas propias de la Secretaría distrital de la mujer, al tener en cuenta que le corresponde impulsar acciones tendientes a eliminar toda la forma de violencia y discriminación contra la mujer, brindar atención oportuna a las mujeres en orden a restablecer los derechos vulnerados, constituyéndose en actividades propias pertenecientes al giro ordinario de sus funciones.

En consonancia con lo anterior, la funcionaria debió acudir a las modalidades de selección del Estatuto general de la contratación pública, dada la naturaleza de las actividades a desarrollar para cumplir con el objeto contractual, que corresponden a una contraprestación directa a favor de la entidad y no al impulso de un programa proveniente y propio del objeto social de la entidad privada sin ánimo de lucro.

Así las cosas, con la actuación desplegada por la administración en cabeza de la Secretaría distrital de la mujer, se afectó la función pública, al vulnerar los principios de transparencia, responsabilidad y selección objetiva, conforme lo dispuesto en los artículos 2º de la ley 1150 de 2007, 24<sup>48</sup> y 26<sup>49</sup> de la ley 80 de 1993.

Finalmente, se hace claridad frente a la aplicación del artículo 96 de la ley 489 de 1998, en el sentido que éste, faculta a las entidades estatales para celebrar convenios de asociación con

---

<sup>47</sup> “Acuerdo 489 de 2012, Por el cual se adopta el plan de desarrollo económico, social, ambiental y de obras para Bogotá D.C. 2012-2016, Concejo de Bogotá”.

<sup>48</sup> “Ley 80 de 1993: artículo 24: Del principio de transparencia (...) *se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren un escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. (...).*”

<sup>49</sup> Artículo 26 Del principio de responsabilidad: “(...) *la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal (...).*”

personas jurídicas particulares para la ejecución de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que les compete, no obstante, ello no significa que dicho negocio jurídico pueda suscribirse para que la persona jurídica sin ánimo de lucro realice las funciones de la entidad, por cuanto, el beneficio para la administración pública no puede ser el resultado de una contraprestación directa, como se presentó en el convenio no. 264 de 2013, mediante el cual se hizo entrega de unos dineros a la Corporación Orientar, a cambio de unos bienes y servicios que la entidad requería para cumplir una función propia de su misión y competencia.

#### **2.4. Radicación no. IE19657-2012. Presuntas irregularidades en la ejecución de los contratos de apoyo de actividades de interés público nos. 058 de 2011 y 053 de 2012.**

La Alcaldía local de Fontibón, a través del Fondo de desarrollo, suscribió el 29 de abril de 2011, el contrato de apoyo de actividades de interés público no. 058-2011 con la fundación Senderos de armonía colombiana -SENARCOL-, el cual tuvo por objeto:

“Ejecutar acciones bajo el servicio de apoyo alimentario y nutricional, atención integral a personas en situación de inseguridad alimentaria y nutricional en comederos comunitarios de Fontibón centro, Sabana Grande, Villa Andrea, Villa Carmenza y San Pablo, que permitan lograr que las personas y las familias en sus diversidades múltiples y en territorios multidimensionales de Bogotá, gocen de seguridad alimentaria y nutricional, sin barreras de acceso oportuno, en cantidad y calidad de los alimentos, por un valor de \$1.649.577.120.00, incluidos todos los gastos en que incurriera el ejecutor y el plazo de ejecución de 252 días sin incluir domingos y días festivos” (Auto de cargos 352, 24 Mar. 2015, Personería delegada para asuntos disciplinarios IV ).

El Fondo de desarrollo local de Fontibón, declaró el incumplimiento del mencionado contrato, mediante resolución no. 037 del 10 de septiembre de 2012, ordenando como

consecuencia, la imposición de la sanción pecuniaria del 10% del valor del contrato, esto es, la suma de \$164.957.712.00.

De igual forma, según resolución no. 256 de 2014, liquidó unilateralmente dicho contrato, ordenando descontar de las cuentas pendientes por girar al contratista, el valor de la sanción pecuniaria y la suma de \$18.619.552.00, correspondiente al pago que canceló la administración por deudas de servicios públicos y arrendamiento del ejecutor del contrato.

Ahora bien, en el año 2012, la Alcaldía Local de Fontibón, a través del Fondo de desarrollo local, suscribió el contrato de apoyo a actividades de interés público no. 053 del 27 de febrero, con la Fundación Chinos y colombianos unidos para nutrir, con el mismo objeto acordado en el contrato de interés público no. 058 de 2011, suscrito con SENARCOL, con un plazo de ejecución de 197 días hábiles sin incluir domingos ni festivos y un valor de \$1.439.489.650.00, precio en el cual estaban incluidos todos los gastos en que incurriera el ejecutor. (págs. 43-44)

Este contrato se adicionó el 22 de marzo de 2012, en la suma de \$18.619.552.00, para cubrir el pago de deudas por concepto de arriendo y servicios públicos, a cargo del anterior ejecutor SENARCOL, a fin de no llegar a una paralización de los comedores comunitarios.

Bajo esta perspectiva, el operador disciplinario, evaluó la celebración de ambos convenios, frente a la normatividad excepcional que decidió aplicar la Alcaldesa local, tanto en el no. 058 de 2011 y el 053 de 2012, ambos suscritos para ejecutar acciones bajo el servicio de apoyo alimentario y nutricional, denominado Comedores comunitarios de Fontibón centro, Sabana grande, Villa Andrea, Villa Carmenza y San Pablo, en aplicación del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución, conforme las estipulaciones del decreto 777 de 1992, modificado por el decreto 1403 de la misma anualidad, es decir, celebrados con entidades privadas sin ánimo

de lucro, con reconocida idoneidad y con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público.

En la cláusula segunda, de los citados convenios, se establecieron como obligaciones del co-ejecutor, fortalecer los comedores comunitarios para la prestación del servicio de alimentación de buena calidad, cumpliendo con las condiciones técnicas mínimas, según decreto 3075 de 1997<sup>50</sup>; ofrecer a la población participante (1830 personas), raciones alimentarias en las cantidades contratadas y con el valor nutricional determinado en el contrato, cumpliendo los lineamientos técnicos de las condiciones higiénicas sanitarias para el funcionamiento de un servicio de alimentación, con un componente de inclusión social, que debía visualizarse a partir del reconocimiento del entorno y sensibilización de los participantes, con un complemento dado por procesos de orientación, formación y capacitación de la población participante.

Calificó el operador disciplinario, la celebración de los dos convenios, como una conducta transgresora de los principios de transparencia y selección objetiva del estatuto general de la contratación pública, ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, por cuanto la Alcaldesa local, obvió la convocatoria pública para seleccionar al contratista, usando de manera indebida la facultad constitucional de celebrar convenios de interés social, dado que las actividades que debía ejecutar la fundación, no provenían de su propio desarrollo misional o de la ejecución del objeto social de la entidad sin ánimo de lucro, sino que correspondía a precisas instrucciones que impartió la entidad contratante, para la ejecución del contrato, tales como el número de personas a atender en cada comedor comunitario, el tipo de alimentación a proporcionar, los lineamientos técnicos y los componentes que debía desarrollar, además de las normas del Distrito que debía observar el ejecutor.

---

<sup>50</sup> Relativo a la reglamentación de las buenas prácticas de manufactura de alimentos.

Así las cosas, se formuló cargo por la violación de los principios de transparencia y selección objetiva de la contratación pública, al celebrar los contratos de apoyo de interés público nos. 058 de 2011 y 053 de 2012, a través de la figura jurídica del convenio de asociación, con desconocimiento de la excepción aplicable al caso sub-lite.

Para decidir en primera instancia, el a quo, hizo una revisión de la normatividad sustantiva y procedimental que regula el marco de la competencia legal y reglamentaria que habilita a los Alcaldes locales a suscribir la contratación de los Fondos de desarrollo local, el alcance y responsabilidad de esta función y seguidamente se examinaron las normas que los posibilitan a acudir a la excepcional y restrictiva modalidad de contratación, así como de los requisitos legales que se debían observar para llevarla a cabo.

En relación con la competencia de los Alcaldes locales del Distrito Capital para la suscripción de contratos, el Capítulo V del decreto ley 1421 de 1993, estableció la normatividad de orden sustancial que regula los Fondos de desarrollo local, consagrando que:

“En cada una de las localidades habrá un Fondo de desarrollo con personería jurídica y patrimonio propio y que con cargo a los recursos del mismo, se financiará la prestación de los servicios y la construcción de las obras de competencia de las Juntas administradoras” (Decreto ley 1421 de 1993, art.87, Colom.).

Así mismo, dispone que el Alcalde Mayor de Bogotá, sea el representante legal de los Fondos de desarrollo y ordenador de sus gastos, pero aclara, que podrá delegar respecto de cada fondo la totalidad o parte de dichas funciones. Esta normativa señala que el Alcalde “podrá delegar las funciones que le asignen la ley y los acuerdos, en los secretarios, jefes de departamento administrativo, gerentes o directores de entidades descentralizadas, en los

funcionarios de la administración tributaria, en las juntas administradoras y los alcaldes locales”. (Decreto ley 1421 de 1993, art.40, Colom.).

De otra parte, las funciones técnicas y administrativas necesarias para la normal operación de los fondos serán cumplidas por los funcionarios que el Alcalde Mayor y otras entidades distritales pongan a disposición de la respectiva localidad y determina que “los funcionarios y empleados distritales que presten sus servicios en las localidades están sujetos al régimen legal y reglamentario correspondiente al organismo al cual se encuentren vinculados y cumplirán sus funciones bajo la inmediata dirección y control del alcalde local”. (Decreto ley 1421 de 1993, art.93, Colom.).

En cuanto a la celebración de contratos que se financien con cargo a los recursos de los fondos, “podrán celebrarse con las organizaciones cívicas, sociales y comunitarias que actúen en la respectiva localidad de acuerdo con las normas que rijan la contratación para el Distrito y también se podrá contratar con las entidades distritales u otros organismos públicos” (Decreto ley 1421 de 1993, art.93, Colom.); con los que se celebrará para estos efectos el respectivo acuerdo o convenio interadministrativo.

La normativa citada, ofrece claridad frente a que la representación de los fondos de desarrollo local está a cargo del Alcalde Mayor, quien puede delegar dicha función y que el apoyo administrativo y técnico para su operación estará a cargo de los funcionarios distritales que para ese efecto se reubiquen en la respectiva Alcaldía local, lo que conlleva a revisar si existe acto de delegación que atribuya la función de ordenación del gasto en los alcaldes locales y determine sus funciones y competencias, así como el carácter y alcance de la reglamentación de las funciones y competencias de los servidores que prestan dicho apoyo para la operatividad de los fondos en cada localidad.



En efecto, el decreto ley 1421 de 1993, consagra que corresponde a los Alcaldes locales “cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley; coordinar la acción administrativa del Distrito en la localidad y ejercer las demás funciones que les asignen la Constitución, la ley, los acuerdos distritales y los decretos del Alcalde Mayor”. (Decreto ley 1421 de 1993, art.86, Colom.).

Las funciones generales de los alcaldes locales, se concretan en la resolución no. 313 de 2006<sup>51</sup>, “por la cual se ajusta el Manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la Secretaría de Gobierno de Bogotá”, bien sean de libre nombramiento y remoción, provisionales o de carrera administrativa.

En dicha normativa se señala que al Alcalde local, le corresponde, dentro de sus funciones, las de “dirigir, coordinar, controlar y asesorar las actividades que de acuerdo con los objetivos del Fondo de desarrollo local deban cumplir los empleados adscritos a él”; así mismo, controlar la correcta ejecución del presupuesto asignado a dicho fondo, velando por la seguridad y correcta destinación de los bienes adquiridos, función que se materializa, a través de la actividad contractual, que se desarrolla para la consecución de los fines del estado y la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

Por su parte, el decreto 101 del 11 de marzo de 2010, “*Por medio del cual se fortalece institucionalmente a las Alcaldías locales, se fortalece el esquema de gestión territorial de las entidades distritales en las localidades, se desarrollan instrumentos para una mejor gestión administrativa y se determinan otras disposiciones*”, en su artículo octavo, dispuso:

“Delegación de la facultad de contratación. Delegar en los Alcaldes o Alcaldesas locales la facultad para contratar, ordenar los gastos y pagos con cargo al presupuesto de los Fondos de desarrollo local, de acuerdo con la estructura

---

<sup>51</sup> Normativa que fue objeto de ajuste, mediante Resolución 1832 del 9 de diciembre de 2015.

establecida en el Plan de desarrollo local que esté vigente (...)” (Decreto 101 de 2010, artículo 8, Bogotá).

Esta norma fue complementada con el decreto 341 del 13 de agosto de 2010, *“Por el cual se adoptan medidas respecto del ejercicio por parte de los Alcaldes locales para la celebración de contratos de apoyo y/o convenios de asociación con cargo a los recursos de los Fondos de desarrollo local”*, que en su artículo primero previó:

“Objeto. Adoptar las medidas respecto del ejercicio por parte de los Alcaldes Locales de las facultades delegadas para la celebración de contratos de apoyo y/o convenios de asociación, relacionadas así: Los Alcaldes locales solicitarán al Secretario Distrital de Gobierno autorización previa y escrita para la celebración de contratos de apoyo y/o convenios de asociación, conforme al procedimiento que éste expida, acorde con los lineamientos contenidos en la Circular 007Sic<sup>52</sup> de 2007 expedida por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor. Parágrafo: La facultad para conferir o negar la autorización de que trata el presente artículo, será indelegable por parte del Secretario Distrital de Gobierno. Los Alcaldes locales deberán constatar la vigencia de la personería jurídica de las entidades sin ánimo de lucro con las cuales pretendan contratar, con las autoridades competentes al efecto. Los Alcaldes Locales adoptarán mecanismos para garantizar la igualdad, la publicidad, la participación plural de oferentes y la transparencia, en la selección de las entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y de los proyectos elegibles objeto de los contratos de apoyo para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los Planes Distrital y Locales de Desarrollo, así como de los convenios de asociación para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna la ley (...)” (Decreto 341 de 2010, artículo primero, Bogotá ).

Esta norma fue derogada según el artículo primero del decreto 579 del 14 de diciembre de 2011 y en cambio en su artículo segundo dispuso que:

---

<sup>52</sup> En el entendido que se trata de la Circular 017 de 2007.

“La Secretaría Distrital de Gobierno, a través de la Subsecretaría de Asuntos Locales y Desarrollo Ciudadano, fomentará e implementará mecanismos de asistencia y acompañamiento técnico a las Alcaldías locales en el ejercicio de la facultad delegada mediante el artículo 8° del decreto distrital 101 de 2010, de conformidad con las funciones previstas en el artículo 13 del decreto distrital 539 de 2006, o en las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan” (Decreto 579 de 2011, artículo 2o, Bogotá).

Quiere decir lo anterior, que a partir de esta fecha las entidades locales ya no requerían de la autorización para la suscripción de los convenios de asociación.

Se observa entonces, que en materia administrativa se amplió el marco de las competencias de los Alcaldes locales y por ende su responsabilidad, pues además de coordinar y dirigir la gestión pública de la localidad, actúan ahora, por delegación expresa, como representantes legales de los fondos de desarrollo local y, por tanto, se constituyen en sus ordenadores del gasto, es decir, son los funcionarios de la administración que deciden, dirigen y controlan la administración de la localidad y en ese mismo sentido, se amplifican también las funciones de los profesionales encargados de las labores administrativa, financiera y jurídica en las respectivas localidades.

Ahora bien, es claro que el Alcalde local cuenta con el apoyo de otros profesionales que están bajo su autoridad, sin embargo las competencias laborales de estos funcionarios se circunscriben a funciones técnicas y administrativas, según el alcance dado por la misma normativa<sup>53</sup>.

Conforme a lo anterior, en materia contractual la participación de estos profesionales se restringe a una labor de apoyo, asistencia y asesoría, sin que en ninguno de los eventos

---

<sup>53</sup> Resolución no. 303 de 2006: “II. Propósito Principal: Asistir, conceptuar, hacer estudios y aplicar procedimientos tendientes a gestionar los procesos contractuales a cargo del fondo de desarrollo local”.

consagrados en la “Descripción de funciones esenciales” se asignen funciones decisorias, ni se atribuyan funciones de dirección, control o de manejo. Es así, que para el caso del cargo de abogado del Fondo de desarrollo local, en materia de contratación se delimita el alcance de su función en los siguientes términos:

“Apoyar al alcalde local en la tramitación de los contratos (...); Resolver consultas, prestar asistencia y emitir conceptos en los asuntos de su competencia, los cuales no serán vinculantes; Elaborar o conceptuar sobre la juridicidad de los proyectos de actos administrativos puestos a su consideración que la alcaldía local y el fondo de desarrollo local deban expedir, conceptos que no serán vinculantes”  
(Resolución 303 de 2006, Bogotá).

Desde la Administración distrital, se han impartido directrices tendientes a orientar la gestión contractual tanto de las entidades del orden central, como de las descentralizadas y las del orden local, no obstante, esta tarea no resulta eficaz, por cuanto su aplicación obedece a improvisaciones, problemas de planeación, falta de eficiencia y eficacia en el manejo presupuestal, cierre de vigencia fiscal, necesidad de ejecutar presupuesto a última hora, así como inobservancia de la normatividad propia en materia contractual.

Ahora bien, en el caso analizado el juzgador de primera instancia, consideró que no existía duda de la transgresión de los principios de transparencia y selección objetiva y por ende no era dable la utilización de la figura jurídica contemplada en el artículo 355 constitucional y sus decretos reglamentarios, en la medida que se incurrió en la prohibición de celebrar contratos para ejecutar programas o proyectos propios de la entidad estatal y que no sólo implicaban contraprestación directa, sino también, la dirección tanto técnica, administrativa y operativa de las actividades, bajo precisas instrucciones de la entidad contratante, con lo que se probó

plenamente la configuración de la falta gravísima contenida en el artículo 48 numeral 31 de la ley 734 de 2002, siendo procedente imponer la sanción de destitución e inhabilidad general por el término de doce (12) años, aplicando los criterios para la graduación de la sanción<sup>54</sup>.

El ad quem, desató el recurso de apelación interpuesto, mediante resolución PSI no. 510 del 30 de junio de 2016, confirmando en todas sus partes el fallo sancionatorio no. 1432 del 16 de diciembre de 2015, con fundamento en el análisis efectuado de la naturaleza jurídica de los convenios de asociación establecidos en el artículo 355 constitucional y los decretos reglamentarios vigentes para la época de los hechos, los conceptos de la Sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, la jurisprudencia de la misma corporación, decisiones de la Procuraduría General de la Nación, así como el análisis de la normatividad que faculta la delegación para contratar de los alcaldes locales y el alcance de la autorización de la Secretaría Distrital de Gobierno, por cuanto las alcaldías locales hacen parte de la estructura orgánica, de dicha entidad.

Advirtió que al ser la contratación estatal una actividad reglada, al servidor público que interviene en ella, se le exige el deber de verificar y observar la normatividad aplicable y el cumplimiento de los requisitos legales en cada caso, lo que incluye actualizar sus conocimientos sobre las correspondientes normas, por lo que reitera las razones del a quo, en el sentido que el deber de quien suscribe los convenios en calidad de representante de la respectiva entidad, no se agota con la firma mecánica puesta en ellos, ni con las gestiones realizadas por el personal de

---

<sup>54</sup> “Ley 734 de 2002, artículo 47: Criterios para la graduación de la sanción. Numeral 1º literal g. El grave daño social de la conducta. (...) Numeral 2º A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción (...)”. Estos criterios fueron aplicados por el a-quo al dosificar la sanción impuesta en el fallo de primera instancia y confirmado por el ad-quem.

apoyo que interviene en la actividad precontractual, toda vez que la responsabilidad disciplinaria es personal e individual.

Es claro que conforme al estatuto contractual:

“El representante legal de la entidad, tiene a su cargo, la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma; fundamento de la responsabilidad del sujeto agente y de la imposición de la sanción disciplinaria” (Ley 80 de 1993, artículo 26, numral 5o, Colom.).

**2.5. Radicación no. ER31189-2014. Presuntas irregularidades en el contrato interadministrativo no. 017 de 2011 y el convenio de asociación no. 1525 de 2011.**

El Fondo de desarrollo local de Usaqué y el Instituto para la economía social-IPES, suscribieron el contrato interadministrativo no. 017 del 28 de junio de 2011, con el objeto de ejecutar el componente implementación de unidades comerciales, con el modelo de atención del programa distrital mecató + positivo, por un valor de \$49.962.458.00, de los cuales el Fondo de desarrollo local de Usaqué, aportó la suma de \$32.945.000.00 y el IPES, \$17.017.458.00, para ejecutarse en un plazo de 12 meses contados a partir de la suscripción del acta de iniciación del mismo; la cual tuvo lugar el 9 de septiembre de 2011<sup>55</sup>.

Para dar cumplimiento al convenio interadministrativo no. 017 de 2011, el IPES, celebró contratos de diferente naturaleza, incluido el Convenio de asociación no. 1525 del 30 de

---

<sup>55</sup> Folio 122 del expediente no. 31189-2014.

diciembre de 2011<sup>56</sup>, suscrito con la fundación sin ánimo de lucro Asociación construyendo nación, cuyo objeto fue:

Aunar esfuerzos y recursos técnicos, humanos, administrativos y financieros entre el IPES y el ejecutor para el fortalecimiento comercial y financiero, así como la provisión de insumos para población económicamente vulnerable y sujeta de atención de la entidad perteneciente al programa de mecat social. (Auto de cargos 410, Personería delegada para asuntos disciplinarios IV, 2016).

El valor del convenio ascendió a \$96.688.166.00, de los cuales el IPES aportó la suma de \$87.898.333.00 y el ejecutor, \$8.789.833.00, con un plazo de ejecución de tres (3) meses, contados a partir del acta de inicio suscrita el 30 de diciembre de 2011.

Mediante informe de supervisión del 22 de mayo de 2012, se evidenció un incumplimiento del convenio, al verificar cada una de las actividades previstas, constatando que la adquisición de los módulos, las batas y los canguros con la imagen corporativa de la Alcaldía local de Usaquén, no habían sido adquiridos con el CDP, expedido por el Fondo de desarrollo Local, circunstancia que dio lugar al inicio del procedimiento administrativo para la declaratoria del siniestro, conforme a la normatividad establecida para el efecto.<sup>57</sup>

Es así, que mediante resolución no. 520 del 16 de agosto de 2012, el IPES declaró el incumplimiento del convenio de asociación no. 1525 de 2011, imponiéndole la sanción correspondiente al pago de la cláusula penal pecuniaria establecida en éste.

---

<sup>56</sup> Folios 141-145 ibídem.

<sup>57</sup> “Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011: Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento”.

Ahora bien, la declaratoria de incumplimiento del convenio de asociación, afectó el contrato interadministrativo no. 017 de 2011, dado que aquel fue suscrito por el IPES, en pro de la ejecución de las obligaciones del citado contrato, por lo que el Fondo de desarrollo local de Usaquéen, debió darlo por terminado unilateralmente y proceder, a través de la liquidación del mismo, a solicitar el valor total aportado por la entidad del nivel local.

Así mismo, el Fondo de desarrollo, evidenció que el IPES, transfirió a la fundación sin ánimo de lucro, Asociación construyendo nación, la suma de (\$26.369.500,00), provenientes de los dineros aportados por el Fondo de desarrollo local de Usaquéen, desembolso que no estaba contemplado dentro de la ejecución del contrato interadministrativo, puesto que el convenio de asociación no tenía vínculo alguno en el marco de la ejecución del mencionado contrato.

En el caso objeto de análisis, vemos como en desarrollo de un contrato interadministrativo, en principio, acorde con la misión de la entidad ejecutora (IPES)<sup>58</sup>, se desnaturaliza el fin perseguido por el Fondo de desarrollo local de Usaquéen, por parte de la entidad contratada, quien no solo incumple las obligaciones establecidas en el contrato interadministrativo, sino que hace un uso indebido de la figura del convenio de asociación, para ejecutar el mismo programa, que le correspondía desarrollar en cumplimiento de sus funciones, es decir, traslada su competencia funcional a una entidad privada sin ánimo de lucro, con el agravante que no solo utiliza dineros propios, sino también los que le fueron aportados por el Fondo de desarrollo local de Usaquéen.

Así las cosas, el juzgador de primera instancia, encontró mérito para imputar presunta falta disciplinaria en contra del director general del IPES y de la subdirectora jurídica y de

---

<sup>58</sup> “Ley 1150 de 2007, artículo segundo, numeral 4, literal c. Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos, tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalada en la ley o en sus reglamentos. (...)”



contratación de la misma entidad, por posible desconocimiento de los principios de transparencia, responsabilidad y selección objetiva al celebrar el convenio de asociación 1525 de 2011, a través de la modalidad contractual establecida en el artículo 96 de la ley 489 de 1998, sin que se reunieran las formalidades y requisitos legales, incurriendo al parecer, en la exclusión prevista en el numeral 1° del artículo 2° del decreto 777 de 1992, normas aplicables por remisión expresa del inciso 2° de la ley 489 de 1998.

La conducta desplegada por los disciplinados fue calificada como falta gravísima, en aplicación al numeral 31 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, cometida a título de culpa gravísima, por violación de normas de obligatorio cumplimiento, como son las que conforman el Estatuto general de la contratación pública, contenidos en la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, ley 1474 de 2011 y sus decretos reglamentarios, es decir, omitió el deber objetivo de cuidado, el cual, cuando es reglado, impone al servidor público el cumplimiento cabal de la norma que consagra dicho deber<sup>59</sup>.

El a quo, profirió fallo sancionatorio en contra del director general del IPES y la subdirectora jurídica y de contratación, imponiéndoles una sanción de destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años.

La decisión sancionatoria del a quo<sup>60</sup>, fue objeto de impugnación, siendo desatado el recurso, a través de la resolución PSI no. 0428 del 28 de junio de 2017, proferida por el Personero de Bogotá, encargado, quien confirmó en todas sus partes, la sanción impuesta a los disciplinados.

---

<sup>59</sup> Pliego de cargos dentro del expediente no. 31189-2014, “De la culpabilidad”.

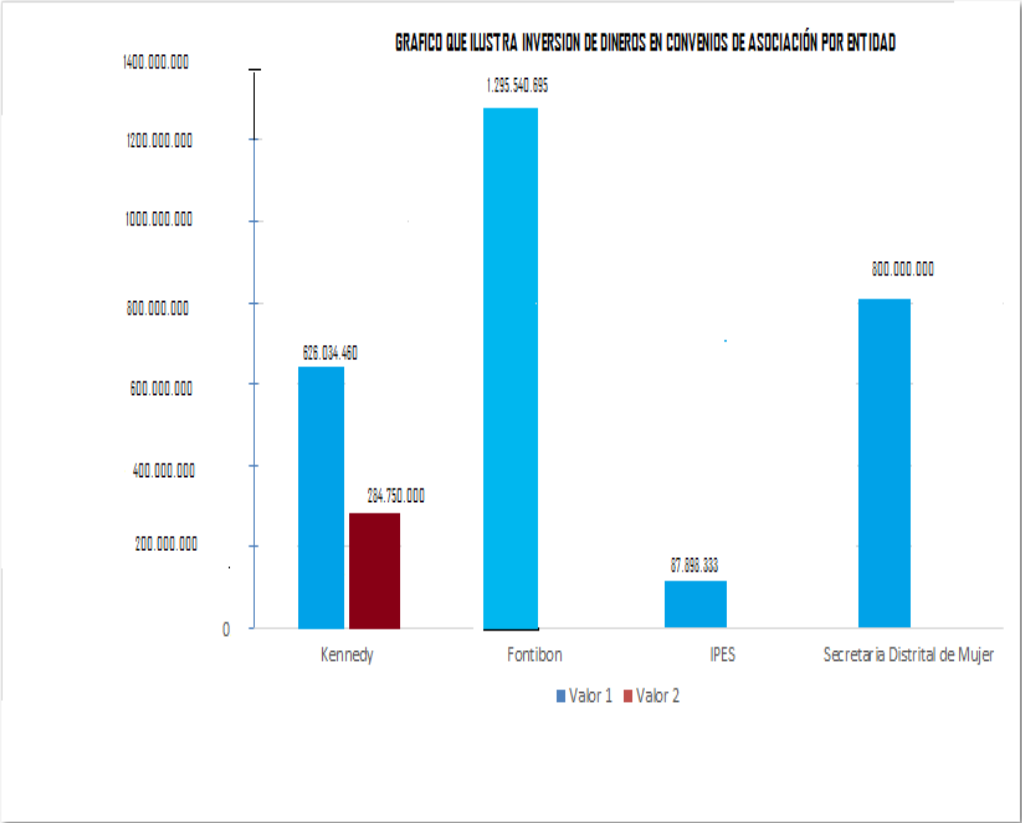
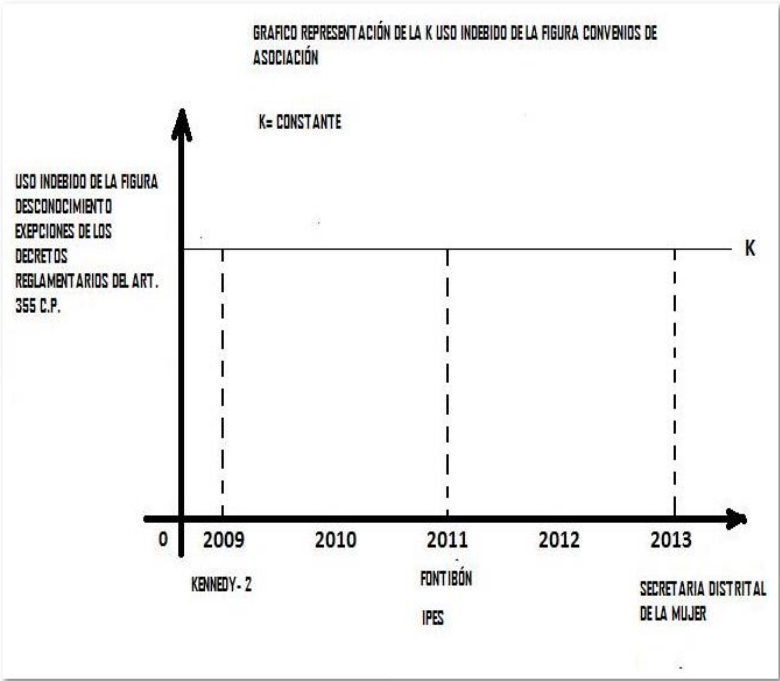
<sup>60</sup> Resolución no. 1522 del 28 de diciembre de 2016, folios 611 a 676 del expediente 31189-2014.

El ad quem, coincide con el fallador de primera instancia, reafirmando que los disciplinados no podían desconocer el ordenamiento jurídico relativo a los convenios de asociación y la del estatuto general de la contratación pública, normas regladas de obligatorio cumplimiento, para desarrollar un objeto y obligaciones propias de las funciones de la entidad, utilizando la figura jurídica del artículo 355 de la Constitución política, máxime cuando transgredía la excepción del artículo segundo, numeral primero del decreto 777 de 1992 y su modificatorio 1403 de la misma anualidad, por cuanto las obligaciones contractuales correspondían a una contraprestación directa a favor de la entidad contratante, por lo que debió hacer uso de las modalidades contempladas en la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, ley 1474 de 2011 y sus decretos reglamentarios.

### **Cuadro resumen casos analizados**

(Fuente propia-Acosta Suárez & Guarnizo Rojas, 2017)

No. CONVENIO	ENTIDAD CONTRATANTE	EJECUTOR	OBJETO	VALOR			PLAZO	IRREGULARIDADES INVESTIGADAS Y NORMAS VIOLADAS
				APORTE ENTIDAD	APORTE EJECUTOR	VALOR TOTAL		
010 del 30/12/2009	Fondo de desarrollo local de Kennedy	Fundación Terranova	Aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros para desarrollar los proyectos relacionados con la recuperación del medio ambiente local y el control de la contaminación auditiva y visual.	\$284.750.000	\$28.475.000	\$313.225.000	12 meses	Indebida utilización de la figura del convenio de asociación para contratar un servicio que corresponde a una función misional de la entidad contratante. Artículo 2° del Decreto 777 de 1992, modificado por el Decreto 1403 del mismo año; normas estas reglamentarias del Artículo 355 Constitucional.
No. 021 del 30/12/2009	Fondo de desarrollo local de Kennedy	Fundación empresarios por Colombia -FEC-	Aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros para desarrollar los proyectos para la promoción del desarrollo económico en la localidad de Kennedy.	\$620.034.460	\$62.003.460	\$682.038.060	10 meses	Indebida utilización de la figura del convenio de asociación por no verificar las exclusiones de que trata el Artículo 2° del Decreto 777 de 1992, modificado por el Decreto 1403 del mismo año; normas estas reglamentarias del Artículo 355 Constitucional.
No. 053 del 27 de febrero de 2012	Fondo de desarrollo local de Fontibón	Fundación Chinos y colombianos unidos para nutrir.	Ejecutar acciones bajo el servicio de Apoyo Alimentario y Nutricional - Atención Integral a Personas en Situación de Inseguridad Alimentaria y Nutricional en Comedores Comunitarios de Fontibón.	\$1.295.540.695	\$143.948.965	1.439.489.650	197 días hábiles sin incluir domingos ni festivos	Suscribir el contrato de apoyo de actividades de interés público No. 053-2011, sin verificar las exclusiones de que trata el Artículo 2° del decreto 777 de 1992, norma que fue adicionada con el numeral 5°, según el artículo 3° del Decreto 1403 del mismo año; reglamentarias del Artículo 355 Constitucional.
No. 264 del 3 de septiembre de 2013,	Secretaría distrital de la Mujer	Corporación ORIENTAR	Aunar esfuerzos con el fin de poner en operación y mantenimiento una casa refugio para la atención de mujeres víctimas de violencias, sus hijos e hijas.	\$800.000.000	\$113.815.900	\$913.815.900	8 meses	Suscribir el convenio, sin verificar la exclusión de que trata el numeral 1° del artículo 2° del decreto 777 de 1992, normas estas reglamentarias del Artículo 355 Constitucional aplicables por remisión directa del inciso 2° del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.
No. 1525 del 30 de diciembre de 2011	Instituto para la economía social - IPES-	Asociación construyendo nación	Aunar esfuerzos y recursos técnicos, humanos, administrativos y financieros entre el instituto para la economía social - IPES y el ejecutor para el fortalecimiento comercial y financiero, así como la provisión de insumos para población económicamente vulnerable y sujeta de atención de la entidad perteneciente al programa de mecateo social.	\$87.898.333	\$8.789.833	\$96.688.166	Tres (3) meses.	Suscribir el convenio, sin verificar la exclusión de que trata el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 777 de 1992, normas estas reglamentarias del Artículo 355 Constitucional aplicables por remisión directa del inciso 2° del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.



(Fuente propia - Acosta Suárez & Guarnizo Rojas, 2017)

### **3. Implicaciones negativas con el uso indebido de la figura de los convenios de asociación, en vigencia de los decretos reglamentarios 777 y 1403 de 1992.**

Los casos analizados evidencian que los fines perseguidos con la contratación por parte del Estado, no se cumplen, por ausencia de una planeación efectiva que conlleve a determinar la verdadera necesidad a satisfacer y por ende el objeto a contratar, así como de un estudio juicioso y estricto de la normatividad a aplicar para la escogencia del contratista, garantizando con ello, la observancia no sólo de los principios de la función pública, sino de la contratación administrativa, los cuales fueron vulnerados en la contratación llevada a cabo por las entidades tanto del orden local como del orden central del distrito capital, lo que generó, a su vez, deficiencias en la ejecución de los convenios celebrados, con el consecuente perjuicio para la comunidad que se vería beneficiada con los mismos.

Es claro en los casos sub-examine, que la figura jurídica de los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, no se utilizó conforme lo establece el artículo 355 constitucional y sus decretos reglamentarios, incurriendo en incumplimiento de las excepciones previstas en el decreto 777 de 1992 y el modificadorio 1403 del mismo año, y consecuentemente en la vulneración de los principios de transparencia y selección objetiva, al no remitirse al Estatuto general de la contratación pública y las modalidades en este contempladas.

Los fallos sancionatorios proferidos en primera instancia y confirmados en todas y cada una de sus partes por el fallador de segunda instancia, muestran cómo se incurre en falta gravísima, por desconocimiento de las normas de obligatorio cumplimiento que en materia de la contratación pública le están dadas a todo servidor público, observar y aplicar.

Ahora bien, pese a que a nivel distrital se expidieron reglamentaciones internas para dar directrices en la aplicación de la figura jurídica de los convenios de asociación con entidades

privadas sin ánimo de lucro, no fue bien utilizada y por el contrario terminaron evadiendo las modalidades de contratación que el Estatuto general de la contratación pública consagra. En esta medida, resultó una proliferación del uso de la figura de los convenios de asociación, desnaturalizando su carácter exceptivo.

Vemos como, el desconocimiento por parte de las Alcaldías locales del procedimiento y normatividad para aplicar la figura de los convenios de asociación, provocaron su uso indebido, como se ilustró en los casos referenciados en este capítulo y con ello, las sanciones de tipo disciplinario de que fueron objeto los ordenadores del gasto.

El uso de la figura de los convenios de asociación, evidenció la improvisación en la contratación de las Alcaldías locales, el manejo ineficiente e ineficaz de los recursos de inversión a cargo de la entidad local, la deficiencia en la ejecución de los objetos convenidos, como consecuencia de contratar ejecutores que no tenían dentro de su objeto social, la realización de las actividades exigidas por la entidad, generándose la subcontratación para el cumplimiento de varios de los componentes que hacían parte del proyecto del plan de desarrollo de la entidad contratante, objetos que por su naturaleza debían contratarse, a través de las modalidades contempladas en el Estatuto general de la contratación pública.

Aunado a lo anterior, el impacto negativo por el daño social generado por el incumplimiento de las obligaciones contractuales que impidieron la materialización de los beneficios a sectores vulnerables de la población, a los que estaban dirigidos los proyectos de interés social, lo que evidencia la corrupción que permea al estado colombiano, en la gestión contractual, no siendo la excepción, el ámbito local.

En la contratación estatal, “el manejo de los recursos públicos se constituye en un factor generador de la corrupción, en la medida que no existe una ética pública” (Villamizar Shiller,

2006), que garantice que los actores encargados de la gestión de lo público, así como la ciudadanía en general, hagan prevalecer el interés general, sobre el particular.

### Capítulo 3.

**Determinación de los criterios para un procedimiento que permita la aplicación de los principios de transparencia, selección objetiva, cumplimiento de los fines sociales y control efectivo, en la selección de las entidades sin ánimo de lucro.**

Como se ha venido evidenciando en el desarrollo del presente trabajo de investigación, las reglamentaciones que se han realizado por parte del Gobierno nacional, se han caracterizado por fijar criterios que no permiten la escogencia de las ESAL, con garantía de los principios de la contratación estatal, en especial los de transparencia y selección objetiva.

Esto persiste a pesar de la actual reglamentación, que si bien es cierto, consagró expresamente que la figura jurídica debía someterse a los principios del Estatuto general de la contratación pública, no estableció, ni desarrolló criterios objetivos que permitieran a través de un proceso de selección propio y acorde con la naturaleza misma de esta tipología de contratos, escoger la ESAL más favorable para cumplir con la actividad de fomento del Estado, en procura de satisfacer las necesidades de interés público y social y mucho menos plantear o proponer la inclusión de este proceso concursal como una quinta modalidad de selección dentro del Estatuto General de Contratación Pública, como es el objetivo de este trabajo investigativo.

La propuesta de inclusión de un proceso contractual para la tipología propia de los denominados convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, como una quinta modalidad de selección, obedeció en primera instancia, a la falta de armonización de esta clase de contratos consagrados constitucionalmente con el Estatuto General de la Contratación Estatal, permaneciendo por más de 26 años, con un régimen propio y ajeno a la normatividad contractual del Estado, y en segundo lugar, porque la nueva y actual reglamentación, a pesar del



avance significativo al consagrar la aplicación de los principios de la contratación estatal en esta clase de contratos, así como la remisión a las normas generales contractuales ante los vacíos que contenga la reglamentación de la figura, no fijó criterios claros y objetivos para la escogencia de la ESAL más favorable para el cabal, eficaz, y eficiente cumplimiento de la actividad de fomento del Estado, así como tampoco concibió una inclusión en el Estatuto General de Contratación Estatal, como una quinta modalidad de selección para esta tipología contractual, que en razón a la naturaleza misma de los actores particulares que intervienen, merece un modo particular, específico y propio que permita dentro de una sana competencia, obtener el máximo beneficio público con una óptima racionalización del gasto y una satisfacción social basada en la participación efectiva del control ciudadano, con aplicación de los principios de transparencia y selección objetiva, cerrando con ello la puerta a que se continúe con el uso indebido de la figura jurídica.

**1. Los convenios de asociación a la luz del nuevo decreto reglamentario 092 del 23 de enero de 2017.**

Dada la crisis en la aplicación de la figura jurídica de los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, en vigencia de los decretos reglamentarios 777, 1403 de 1992 y 2459 de 1993, en todos los órdenes gubernamentales, esto es, nacional, seccional y local, que desbordó los límites de corrupción en el manejo de los recursos públicos destinados a la inversión social, a través del impulso de programas de interés público, el gobierno nacional como salida a la misma decide derogar los decretos aludidos y expedir una nueva reglamentación que garantice un adecuado uso por parte de las entidades estatales de los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, con observancia de los principios de la contratación estatal.

Así las cosas, el 23 de enero de 2017 se expidió el decreto 092 “Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”, el cual como veremos más adelante comporta una tímida reglamentación o se queda corto, para que la selección objetiva de las entidades sin ánimo de lucro, se desarrolle conforme a los principios de la contratación estatal.

El mencionado decreto, entró a regir a partir del 1º de junio de 2017, condensando la reglamentación de los procesos de contratación derivados del artículo 355 de la Constitución Política y el artículo 96 de la ley 489 de 1998, en un breve articulado que consta de once (11) disposiciones, la última referida a vigencia y derogatorias.

### **1.1. Análisis del decreto 092 de 2017, teniendo en cuenta su estructura normativa.**

En primer lugar, el decreto no cuenta con una estructura lógica, técnica y secuencial de los temas que regula, en la medida que el texto normativo adolece de una organización, principios, definición, parte sustancial y procedimental, dificultando la interpretación sistemática de la norma.

Para el análisis abordaremos la secuencia normativa utilizada por el gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria: Consideraciones, objeto, procedencia de este tipo de contratación, elementos esenciales (reconocida idoneidad), aplicación procesos competitivos, régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, aplicación de los principios de la contratación estatal, aplicación de normas generales del Sistema de contratación pública, registro

Secop, exclusión del RUP y vigencia y derogatorias. De la mano de la guía de Colombia Compra Eficiente (CCE)<sup>61</sup>.

### **1.2. Fundamentos jurídicos o consideraciones:**

El Gobierno nacional en uso de la potestad otorgada expresamente por la Constitución Política para reglamentar lo dispuesto en su artículo 355, expide el decreto 092 de 2017, en el entendido de la prohibición de otorgar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado y desarrollar la facultad de contratar con las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad consagrada en el inciso segundo ibídem, apoyándose en la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional que la considera como un mecanismo de excepción en razón al impulso de la actividad de fomento que la inspira.

Adicionalmente, extendió la competencia reglamentaria a la figura consagrada en el artículo 96 de la ley 489 de 1998, referente a la facultad que tienen las entidades públicas de celebrar convenios de asociación para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

Sobre este aspecto, Colombia Compra Eficiente, en adelante CCE, al referirse en la guía al ámbito de aplicación del decreto, señala que se restringe a dos aspectos: (i) “la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los respectivos planes de desarrollo” (Constitución política de 1991, artículo 355, inciso 2o, Colom.) 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”.

---

<sup>61</sup> “Decreto 4170 del 3 de noviembre de 2011: creada como una Unidad Administrativa Especial denominada Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación (art. 1º). Ente rector en materia de contratación estatal (art.2º).”

Para CCE, el mismo legislador facultó la reglamentación de la contratación de los convenios de asociación previstos en el artículo 96 de la ley 489 de 1998, cuando lo que en realidad dispone es la aplicación por remisión al artículo 355 constitucional, es decir, que no implica una reglamentación distinta a la que se haga del inciso segundo ibídem.

El Consejo de Estado, al resolver una consulta del Ministerio del Interior, sobre la aplicación y alcance de los decretos reglamentarios 777, 1403 de 1992 y 2459 de 1993, ante la proximidad de la vigencia del decreto 092 de 2017, resolvió el cuestionario aplicando este último, señalando en relación al alcance de la facultad reglamentaria del Gobierno nacional, que existen tres formas de reglamentación normativa, una reglamentación autónoma constitucional, que emana de la competencia otorgada directamente por la Constitución a diversas autoridades, para regular una materia específica, generalmente de carácter técnico u operativo, en forma exclusiva, y que son, por tanto, inabordables para la ley, otra corresponde a los reglamentos dictados en virtud de la potestad reglamentaria general otorgada al Presidente de la República por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, que se realiza respecto de las leyes para darles a estas operatividad efectiva en la práctica; y una última que atañe a la facultad general del Congreso de hacer las leyes, conforme al primer inciso del artículo 150 de la Carta.

Para el caso en estudio, estamos en presencia de la facultad de reglamentación autónoma dada por la norma constitucional al Gobierno nacional, consagrada en el inciso segundo del artículo 355, para reglamentar la materia referente a la facultad de celebrar contratos de apoyo o de interés público con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad.

Lo anterior, implica que esta facultad reglamentaria está circunscrita a la materia específica, es decir, a un criterio de especificidad que obliga a delimitar el objeto de la competencia reglamentaria, sin que implique el desconocimiento de la facultad general

reguladora del Congreso para dictar las leyes, lo que comporta la aplicación del principio de jerarquía normativa, que determina que el reglamento no debe violentar el ordenamiento jurídico existente en la Constitución y la Ley.

Así lo expresó esta corporación jurisdiccional, al señalar el alcance de la facultad reglamentaria consagrada en el inciso segundo del artículo 355 Constitucional:

“La facultad conferida al Gobierno Nacional por el artículo 355 de la Constitución, para dictar un reglamento autónomo, no puede desconocer la facultad general del Congreso de hacer las leyes, conforme al primer inciso del artículo 150 de la Carta. La cláusula de competencia del Congreso para dictar las leyes, lo mismo que la competencia del último inciso del citado artículo 150, para expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, en su marco general, no puede desconocerse y resulta aplicable bajo el principio de jerarquía normativa. De otra parte, la especificidad del reglamento autónomo constitucional, que la doctrina denomina *el núcleo competencial propio y exclusivo de los reglamentos*, se refiere concretamente a la materia objeto del reglamento, la cual delimita la competencia del Gobierno para expedirlo, lo cual corresponde al principio de competencia, pero en los demás aspectos se debe seguir la regulación establecida por la legislación general, dictada por el Congreso. v) Se debe pues, compatibilizar el principio de competencia con el principio de jerarquía normativa: la competencia para dictar el reglamento autónomo radica exclusivamente en el Gobierno Nacional sobre la materia específica objeto del mismo, pero en los aspectos diferentes a esta, debe prevalecer la aplicación de la ley, como norma jerárquica superior. Como conclusiones de lo expuesto en este punto, la Sala deduce las siguientes: 1ª) El inciso segundo del artículo 355 de la Constitución colombiana de 1991 le otorga al Gobierno Nacional un espacio para dictar un reglamento autónomo, atendiendo el criterio de especificidad y con interpretación restrictiva, que regule todo lo concerniente a la modalidad contractual prevista en dicha

norma, esto es, la celebración por parte de las entidades estatales, con recursos de los respectivos presupuestos, de 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” (C.E., Concepto 11001-03-06-000-2016-00221-00 (2319) de 2017, Colom.).

### **1.3. Objeto del decreto 092 de 2017.**

El objeto del decreto se circunscribe en primer lugar, a “reglamentar la forma como el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para el impulso de programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política”.

En segundo lugar, dispone que para la interpretación de dicha normativa, deberá entenderse conforme el significado que para el efecto indique la guía expedida por Colombia Compra Eficiente (CCE), a las expresiones que en el texto del decreto reglamentario aparezcan con mayúscula inicial.

Vemos como con el anterior aspecto, se desconocen las reglas de la hermenéutica o interpretación jurídica, al condicionar la actividad interpretativa al significado que para el efecto, le atribuya CCE a las palabras que empiecen con mayúscula inicial, lo que deriva en un absurdo e innecesario ejercicio, dado que las nueve (9) palabras: Colombia Compra Eficiente, Documentos del Proceso, Entidad Estatal, Proceso de Contratación, Riesgo, RUP, Sistema de Compra Pública, SECOP, han sido previamente definidas por la ley contractual y sus decretos reglamentarios.

Ahora bien, otro aspecto a destacar es la falta de coherencia entre los fundamentos de las consideraciones, donde se hace alusión a la reglamentación tanto del artículo 355 Constitución Política, como del 96 de la ley 489 de 1998, no obstante, al delimitar el objeto del decreto, hace alusión tan sólo a la norma constitucional y en su contenido hace el desarrollo de las dos tipologías.

#### **1.4. Procedencia de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.**

Se establece en el presente decreto, que procede la contratación con las entidades privadas sin ánimo de lucro, cuando el proceso cumpla las siguientes condiciones:

“Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previstos en el Plan Nacional o seccional de desarrollo, de acuerdo con el nivel de la Entidad Estatal, con las cuales ésta busca exclusivamente promover los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana” (Decreto 092 de 2017, artículo 2o, literal a), Colom.).

Es preciso señalar, que el artículo constitucional establece que los programas a impulsar deben estar acordes con los planes nacionales, seccionales y locales de desarrollo, lo que difiere con lo dispuesto en el requisito anterior, donde exige total correspondencia de los programas con el objeto del contrato a celebrar, es decir, no se impulsa la actividad social de la fundación acorde con los programas, sino que se pretende desarrollar esos programas con éstas, en contravía de las prohibiciones que recoge este decreto de la anterior reglamentación.

Adicionalmente, exige que la actividad o programa esté encausado exclusivamente a promover los derechos de las personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión<sup>62</sup>, “los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana”, temas que no obstante, la exclusividad que pregona el decreto, se describen de manera general, inconcreta y difusa, dejando un amplio margen a las entidades estatales al momento de definir los objetos en la aplicación de esta figura o mecanismo excepcional, lo que no contribuye en manera alguna a que se garantice el cumplimiento de los fines que se persiguen con los dineros destinados a estimular o fomentar la actividad o programas de interés público.

“Que el contrato no implique una relación conmutativa en la cual se presente una contraprestación directa a favor de la Entidad pública, ni debe contener instrucciones precisas dadas por ésta al contratista para cumplir con el objeto del contrato” (Decreto 092 de 2017, artículo 2º. Literal b), Colom.). Requisito que recoge dos de las prohibiciones de la reglamentación anterior e implica que a las entidades estatales les está prohibido celebrar contratos de interés público para actividades propias o misionales, es decir, no debe existir contraprestación, entendiéndose esta, conforme el Diccionario de la lengua española, que define esta acepción como la prestación que debe una parte contratante por razón de la que ha recibido o debe recibir de la otra, como se observa este concepto deviene de la naturaleza conmutativa de los contratos, no obstante, esta forma de contratación obedece al criterio de convencionalidad, en

---

<sup>62</sup>El término personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, pese a que ha tenido un tratamiento jurisprudencial, no se encuentra realmente definido o limitado, sino que involucra todos los derechos fundamentales de menores, adulto mayor, discapacitados, minorías étnicas, mujeres en situación de vulnerabilidad, pacientes terminales, personas con estabilidad laboral reforzada. (Sentencia T-040 del 9 de febrero de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo), lo que genera un sinnúmero de posibilidades que hacen más compleja la definición de los objetos al momento de estudiar la procedencia de la figura de los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro.



donde las partes no tienen intereses contrapuestos, sino que aúnan esfuerzos hacia un fin común, no precisa reciprocidad o equivalencia en las actividades u obligaciones de las partes, tan sólo se asocian para que de acuerdo con la capacidad de cada una, se desarrolle el objeto o programa de interés público.

Respecto a las instrucciones precisas, que el gobierno prohíbe en esta clase de contratos de interés público, complementan o son un resultado lógico de la esencia de este tipo de vínculo asociativo en procura de un fin social, en donde no deben mediar directrices por parte de la entidad pública, ni lineamientos u obligaciones respecto a la forma de estructurar o ejecutar el programa, en razón a que lo que comporta es el impulso de un proyecto o actividad social de la entidad sin ánimo de lucro y no del organismo estatal, pero sin que implique que no deba estar acorde con los planes de desarrollo nacional y seccional, como bien lo concibe la norma constitucional.

Es de precisar que estas directrices no se refieren a las exigencias normativas propias de la naturaleza del objeto del proyecto a desarrollar, dado que las mismas son de obligatorio y general acatamiento, en caso que exista regulación específica v.gr., la reglamentación de buenas prácticas de manufacturas en tratándose de temas de alimentación o nutrición, reglamentación ambiental, cuando sea del caso dar aplicación a la misma, es decir, se trata de que la entidad privada sin ánimo de lucro tenga la total autonomía e independencia, como ejecutor, sin perjuicio que se cumpla la finalidad que se pretende satisfacer, con la supervisión e interventoría que el Estado requiera o instituya para verificar la cabal ejecución del contrato, por cuánto, la misma debe obedecer a los principios de la función pública.

“Que no exista oferta en el mercado de los bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo. En los demás eventos, la Entidad Estatal deberá aplicar la Ley 80 de 1993, sus modificaciones y reglamentos” (Decreto 092 de 2017, artículo 2º, literal c), Colom.).

Este requisito desconoce la amplia gama de ofertas que existe en el mercado tanto por parte de entidades privadas sin ánimo de lucro, como con ánimo de lucro, o sociedades comerciales, que dentro su objeto social y como una manera de tener participación en el mercado estatal y privado, contempla todos los servicios que puedan presentarse en un estado capitalista de consumo, donde en muchas ocasiones el Estado es el mayor comprador de bienes y servicios.

Lo anterior, se traduce en un requisito inocuo o irrealizable porque siempre habrá pluralidad de ofertas, lo que lleva indefectiblemente a que el Estado deba optar por la condición señalada en la norma reglamentaria, en el sentido de efectuar los estudios económicos, de costo beneficio, donde se demuestre la optimización de los recursos en términos de eficiencia y eficacia, así como manejo del riesgo, lo que en últimas no permitiría aplicar la ley 80 y sus decretos reglamentarios, que dejaría de ser prima facie, la normativa a aplicar, para dejarla como residual, es más, se haría nugatoria su aplicación, en la medida en que con las alternativas reglamentarias, nunca se llegaría a los “demás casos” que se reservan a la norma general.

De otra parte, la normativa reglamentaria establece en los incisos siguientes que la Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal debe justificar la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro, a través del estudio en términos de

eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo, por lo que este requisito se torna obligatorio para este tipo de contratación y sólo en caso que del estudio se advierta su inconveniencia en términos económicos, se podrá optar por la ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

El estudio económico base para justificar este tipo de contratación, como se evidencia por el vacío de la norma y la falta de claridad por parte de CCE, a quien el Gobierno asignó la tarea de expedir una guía como complemento de la normativa reglamentaria, que no solo resulta desacertado por la concepción misma de ella, sino también por la deficiencia en los criterios y parámetros que en ella se consignan, v.gr. los relacionados con la aplicación del estudio de “mayor valor por dinero”, como un elemento comparativo que debe realizar la entidad estatal, para demostrar las ventajas de las entidades privadas sin ánimo de lucro, sobre los particulares con ánimo de lucro, quienes debido a la competencia, pueden ofrecer menor precio, empero no significa que esto represente un mayor valor por dinero, reflejado en términos de beneficio a la comunidad, que de acuerdo con lo planteado por CCE, se optimiza con la entidad privada sin ánimo de lucro, sin tener en cuenta medición o criterio alguno para cuantificar los conceptos de beneficio y/o satisfacción social, que resultan intangibles, no solo para entidades con ánimo de lucro, sino también con las sin ánimo de lucro, dado que intervienen innumerables variables que impiden la cuantificación real y objetiva, tan solo aproximaciones y que en últimas se torna subjetivo<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Estudios científicos que presentan métodos o aproximaciones para la medición del impacto social en los servicios de interés público de las entidades de economía solidaria o entidades privadas sin ánimo de lucro, que coinciden en afirmar que dada la intangibilidad de los factores que inciden en la medición del impacto o beneficio social, que impiden una valoración objetiva y real, en términos de eficiencia, eficacia y economía. Díaz Foncea, Millán; Marcuello, Carmen; Marcuello, Chaime. “Empresas sociales y evaluación del impacto social”, CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, núm. 75, agosto, 2012, pp. 178-198, y Andrea Pérez Ruiz, María del Mar García de los Salmones Sánchez, Ignacio Rodríguez del Bosque, Universidad de Cantabria, “Las dimensiones de la responsabilidad social de las empresas como determinantes de las intenciones de comportamiento del consumidor”, Revista asturiana de economía - RAE N° 41 2008.

Adicionalmente, se impone a la Entidad Estatal como presupuesto para llevar a cabo este tipo de contratación, la autorización expresa del representante legal para cada contrato en particular, que planea suscribir bajo esta modalidad, actuación que es indelegable, aún si se delega la facultad de contratar. La autorización deberá acreditarse en los Documentos del Proceso.

Con este requisito, la nueva reglamentación pretende que el ordenador del gasto, aún al delegar la facultad de contratar, tenga una intervención directa frente al uso de esta modalidad contractual, lo que le permite ejercer de manera puntual la función de control y vigilancia a que está obligado en su calidad de delegante de la actividad negocial.

Ahora bien, es preciso señalar, que en tratándose de responsabilidad en materia contractual, la normativa es clara en establecerla en cabeza de quien ostenta la representación legal y la ordenación del gasto de la entidad pública, permitiendo su delegación, sin que por ello se exima de responsabilidad el delegante, por lo que le corresponde en su función de vigilancia y control sobre la actuación del delegado.

### **1.5. Elemento esencial -reconocida idoneidad.**

La nueva reglamentación puntualiza la condición *sine quanon* de reconocida idoneidad, que se predica de la entidad privada sin ánimo de lucro, señalando que se presenta “cuando es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades inherentes al contrato y cuenta con experiencia en el objeto a contratar”, mientras que la reglamentación anterior, la definió como “la experiencia con resultados satisfactorios que acrediten la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato”.

Como se observa, la nueva reglamentación al igual que la anterior, omite determinar factores o criterios medibles tendientes a calificar objetivamente los elementos que definen la

idoneidad, esto es, criterios que permitan a la entidad estatal verificar de manera real e inequívoca, el reconocimiento y trayectoria de la entidad sin ánimo de lucro que la hace merecedora de la actividad de fomento del Estado, el beneficio o grado de satisfacción que haya logrado ante la sociedad, el impacto frente a la población vulnerable.

Si bien en la guía, CCE, como ente rector en materia contractual, hace un esfuerzo por establecer parámetros para calificar y determinar la reconocida idoneidad, como elemento esencial de este tipo de contratación, no resultan suficientes, en la medida que no cuentan con el carácter coercitivo que tendrían, si se hubiesen incluido en el texto reglamentario.

Así las cosas, las pautas consagradas en la guía, se constituyen como una simple herramienta para que la Administración pueda evaluar la condición de idoneidad y certificarla por escrito, como lo exige la norma reglamentaria.

En la verificación del requisito de reconocida idoneidad deberá constatarse que la misión o actividad consagrada en los estatutos de la entidad sin ánimo de lucro, evidencien su capacidad y experiencia para desarrollar el objeto contractual, lo que se traduce en que el objeto social de la entidad privada sin ánimo de lucro debe estar acorde con el objeto a contratar y por ende con los planes y programas nacional, seccional y local.

Finalmente, se exige a la Entidad Estatal, definir en los Documentos del Proceso, las características que debe acreditar la entidad sin ánimo de lucro, debiendo para el efecto tomar en consideración las pautas y criterios establecidos en la guía que expida Colombia Compra Eficiente, con observancia de las normas de transparencia y acceso a la información aplicable a las entidades privadas sin ánimo de lucro que contratan con cargo a recursos de origen público y las mejores prácticas en materia de régimen de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y conflicto de intereses.

Como se observa, la normativa reglamentaria se limita a enunciar la necesidad de aplicar unos criterios, que en manera alguna establece, sino que deja al arbitrio de la Entidad Estatal la definición y concreción de los mismos sin limitación alguna, generando que la contratación se haga con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, propios de la contratación estatal y aun violentando los de la función pública, a los que están compelidos.

#### **1.6. Aplicación de procesos competitivos.**

El Gobierno contempló en esta nueva reglamentación el adelantamiento de un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista, en caso de evidenciarse en la etapa de planeación, que el programa o actividad de interés público que se requiere desarrollar es ofrecido por más de una entidad de esta naturaleza.

Se establecen unas etapas o fases para el proceso de selección, la primera de definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas, etapa que indica que la entidad estatal debe partir de una etapa de planeación, conformada por la elaboración de estudios previos, estudios de sector, esto es, estructurar el proceso de tal suerte, que le permita establecer si existe más de una entidad en el mercado que desarrolle el programa o actividad, pero sobre todo que sólo la entidad sin ánimo de lucro puede ser oferente en el proceso contractual.

Nótese que en la etapa citada en forma precedente, si bien, la norma exige la definición y publicación de unos indicadores en diferentes aspectos, así como de unos criterios de ponderación, no establece cuáles son esos parámetros a tener en cuenta o que le permitirá a la entidad estatal, determinar a través de un juicioso estudio las ofertas en el mercado para llevar a cabo el proceso únicamente con entidades privadas sin ánimo de lucro. Así mismo, debe evidenciar en los estudios las razones por las cuáles es procedente la contratación prevista en el

artículo 355 constitucional y no el previsto en el Estatuto General de la Contratación Pública, es decir, justificar la utilización del mecanismo excepcional de contratación de entidades privadas sin ánimo de lucro.

Es preciso señalar, que si bien CCE, establece las pautas a tener en cuenta por la entidad estatal, en la etapa de planeación en cuanto a la estructuración del proceso competitivo, éstas sólo se constituyen en orientaciones generales que al igual que la reglamentación anterior, dejan a la entidad estatal la determinación y definición de los mismos, lo que en manera alguna contribuye a garantizar que la selección de la entidad privada sin ánimo de lucro se realice de manera objetiva y con el cumplimiento de los fines perseguidos con los recursos destinados por el Estado al apoyo a actividades de beneficencia en el campo de la solidaridad humana, por cuanto debieron definirse de manera concreta en el texto reglamentario.

Los parámetros de eficiencia, eficacia y manejo del riesgo, están dados en la guía expedida por CCE, es así como en el de eficiencia precisa que está relacionado o muestra el grado de madurez de la entidad privada sin ánimo de lucro y su dedicación a proyectos misionales, empero, que la utilización de indicadores dependerá de la complejidad del objetivo del plan que se pretenda desarrollar o cumplir, lo que indica que han de aplicarse sólo en los casos que revistan complejidad, aspecto que le corresponde definir de manera subjetiva a la entidad estatal.

Frente a dicha circunstancia, es dable y necesario señalar, que en tratándose del manejo de recursos públicos en la gestión estatal, los principios que rigen la función pública imponen la obligación que la misma se lleve a cabo con eficiencia y eficacia, esto es, con optimización de los recursos, independientemente de la complejidad del objetivo propuesto, razón por la que los indicadores de eficiencia, eficacia y manejo del riesgo deben ser tenidos en cuenta y analizados

en todo proceso que implique utilización de estos recursos en materia de contratación, a lo que no escapa la realizada con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.

La segunda etapa, es la definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la Entidad Estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad, se evidencia claramente, que no se estableció o definió cuál es ese plazo razonable, lo deja a CCE, quién en últimas termina indicando que le corresponde a la entidad estatal determinarlo. En todo proceso de contratación, deben estar definidos los tiempos en que deben desarrollarse cada una de las etapas, tanto para la entidad como para los participantes en el proceso, en esa medida la reglamentación debió establecerlos, en pro de garantizar transparencia en el proceso de selección de las entidades privadas sin ánimo de lucro.

La tercera etapa es la evaluación de las ofertas por parte de la Entidad Estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto.

Se establece como excepción a este proceso competitivo los objetos del proceso de contratación que corresponden a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que sólo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos, empero no se establecen cuáles son esas actividades, así como las personas naturales y jurídicas, máxime si no van a estar sometidas a un proceso de selección que permita con criterios objetivos su escogencia, además es en esa clase de objetos donde más se orienta la utilización de los recursos públicos, destinados a la actividad de fomento, lo que haría necesario un verdadero proceso competitivo que permita racionalizar el gasto bajo los criterios de libre concurrencia de las ESAL, bajo unos parámetros objetivos y claros de escogencia.



### **1.7. Asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir actividades propias de las Entidades Estatales.**

Esta nueva reglamentación incluye la contratación establecida en el artículo 96 de la Ley 489 de 1996, relacionada con los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para el desarrollo conjunto de actividades concernientes con los cometidos y funciones que a estas les asigna la Constitución y la ley, es decir para actividades que corresponden a la misión de la entidad estatal.

Establece que no se someterá a un proceso competitivo, siempre y cuando la entidad privada sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de las actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, recursos que pueden ser propios o provenir de cooperación internacional.

Ahora bien, consagra que en caso de existir más de una entidad privada sin ánimo de lucro que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con las funciones misionales que le están dadas a la entidad, en una proporción no inferior al porcentaje señalado en forma precedente, deberá la Entidad Estatal seleccionar de forma objetiva a dicha entidad y justificar los criterios de selección.

Se evidencia de la forma como está redactado este requisito, que en lo que respecta a la contratación del artículo 96 de la ley 489 de 1998, las entidades estatales sólo están obligadas a efectuar la selección objetiva de la entidad privada sin ánimo de lucro, en los eventos en que existan varias que comprometan recursos en un porcentaje no inferior al 30% del valor del contrato, como si en el primer evento, cuando no haya pluralidad ni proceso de escogencia, no existiera también la obligación de realizar una selección objetiva de la entidad privada sin ánimo

de lucro de reconocida idoneidad, lo que no guarda concordancia con los postulados y principios que deben observarse en todas las modalidades de la contratación pública.

La normatividad para este evento, reduce la naturaleza del aporte que debe hacer la entidad sin ánimo de lucro, solo a dinero, lo que no abre la posibilidad de contabilizar en especie o bienes o servicios, por lo que la interpretación que hace CCE, en el sentido que al no estar prohibido, se permitiría el aporte en especie, por cuanto lo importante es generar un proceso competitivo; no corresponde al sentido literal de la norma, ni a la finalidad que se busca, cual es corregir la consabida retribución en especie de las ESAL, que en últimas era asumida con los mismos dineros aportados por la entidad estatal.

La posición jurídica de CCE, abre la posibilidad que las entidades estatales al celebrar este tipo de contratos, permitan a las ESAL que hagan aportes en especie y no exclusivamente en dinero, desdibujando el propósito de la norma reglamentaria, la cual se orienta a que el esfuerzo no provenga cien por ciento del estado, sino que la entidad sin ánimo de lucro contribuya con sus propios recursos al logro de los fines contractuales.

Por último, precisa que estos convenios de asociación son distintos a los contratos a que hace referencia el artículo segundo del decreto reglamentario, es decir a los contratos de apoyo y se rigen por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y los artículos 5,6,7 y 8 del decreto 092 de 2017.

### **1.8. Régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades.**

Consagra que para la contratación reglamentada a través del nuevo decreto, se deberá dar aplicación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, establecidas en la Constitución y en las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011 y en las que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial.

Se observa cómo, sin ambages, el Gobierno nacional, decide señalar de manera expresa la normatividad que comporta el Estatuto general de la contratación de la Administración pública, para la aplicación del régimen de inhabilidad, incompatibilidad y prohibiciones, lo que resulta acertado, toda vez que en esta materia se interpreta de manera restrictiva y al mencionarla inequívocamente, no da lugar a dudas frente a su aplicación.

Si bien esto no constituye una novedad, por cuanto la fórmula general es que se aplican las restricciones contempladas tanto en la Constitución, como en la ley, entendida esta en su sentido material, no obstante, resulta útil su especificidad, dado el carácter exceptivo frente al estatuto contractual de la administración pública, que se ha dado a los contratos de apoyo y/o convenios de asociación, que se aduciría en tratándose de aplicar esas limitaciones que comportan el régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades.

### **1.9. Aplicación de los principios de la contratación estatal.**

El Gobierno nacional, sujeta la contratación objeto de reglamentación a la aplicación de los principios de la contratación estatal y normas presupuestales aplicables, por lo que en esa medida son de obligatorio cumplimiento las relativas a la publicidad, implicando entonces, que la actividad contractual y los Documentos del Proceso deben ser publicados en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP).

Adicionalmente, establece que la entidad privada sin ánimo de lucro, contratista ejecutora, deberá entregar a la Entidad Estatal, la información relativa a los subcontratos que suscriba para desarrollar el programa o actividad de interés público, previsto en el Plan Nacional de Desarrollo, lo que incluye la referente a la existencia y representación legal de la entidad con quien subcontrató y la información de pagos, generándose la obligación para la entidad estatal de publicarla en el SECOP.

Es de resaltar que esta nueva reglamentación permite la subcontratación por parte de las entidades privadas sin ánimo de lucro para desarrollar el programa o actividad, lo que conlleva a cuestionar el requisito sine quanon de la reconocida idoneidad y los factores de eficiencia, eficacia y manejo del riesgo que deben ser tenidos en cuenta al momento de contratar bajo este mecanismo excepcional, tendiente a que la ESAL escogida sea apta y esté en capacidad de desarrollar el objeto.

Se considera este elemento como violatorio de la naturaleza propia del contrato estatal que en principio es *intuitu personae*, de ahí los mecanismos de selección que privilegian la participación en igualdad de condiciones de los actores del mercado, por lo que no es de recibo, que determinándose procesos competitivos e incluyéndose la aplicación de los principios de la contratación estatal, se permita la subcontratación en este tipo de contratos, cuando lo que se busca es el desarrollo de la actividad de fomento del Estado respecto de las entidades que siendo particulares, tienen como objeto social acciones de interés público en beneficio colectivo y sin ánimo de lucro.

#### **1.10. Aplicación de normas generales del Sistema de contratación pública.**

Establece que la contratación reglamentada en el nuevo decreto está sujeta a la aplicación de las normas generales sobre contratación pública, sin perjuicio de la aplicación de las normas especiales contenidas en la reglamentación, es decir, la norma general se aplica de manera subsidiaria, para llenar los vacíos de la norma específica y particular.

#### **1.11. Registro Secop.**

Las entidades privadas sin ánimo de lucro que contraten con las entidades estatales en desarrollo del artículo 355 constitucional, deberán registrarse en el Sistema Electrónico de

Contratación Pública, el cual será el medio para acreditar los indicadores de idoneidad, experiencia, eficiencia, economía y manejo del riesgo.

Esta exigencia, pese a contar con parámetros descriptivos previamente establecidos para el registro y verificación de la información aportada por las entidades privadas sin ánimo de lucro, en el SECOP 2, resulta menos eficaz para el control que ofrece el registro en el RUP, a través de las Cámaras de Comercio, que como se evidencia en el punto siguiente, no fue incluido por el Gobierno nacional, como un mecanismo de control y verificación de la idoneidad de las entidades de esta naturaleza.

#### **1.12. Exclusión del RUP.**

La nueva reglamentación excluye la inscripción de las entidades privadas sin ánimo de lucro en el Registro Único de Proponentes -RUP, para toda la contratación consagrada en la misma, aspecto que debió contemplarse en la medida que permite la verificación y control de las condiciones de idoneidad en los aspectos de carácter administrativos, jurídicos, financieros, económicos, técnicos y de experiencia, así como de la capacidad residual para ejecutar el objeto contractual.

Lo anterior, permitiría contar con una información completa y veraz para garantizar la escogencia de la ESAL más idónea para desarrollar el objeto contractual, tanto para actividades contempladas en el artículo 355 constitucional, como para las de naturaleza misional, artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

#### **1.13. Vigencia y derogatorias.**

El decreto 092 de 2017, derogó el decreto 777 de 1992, el decreto 1403 de 1992 y 2459 de 1993, con la salvedad que los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia del mismo, continuarán ejecutándose de acuerdo a las normas vigentes al momento que fueron suscritos.

Así mismo, la norma reglamentaria, si bien se expidió el 23 de enero de 2017, difirió su aplicación al primero (1º) de junio de la misma anualidad, siendo importante señalar que en este primer año de aplicación, se encuentra pendiente el resultado de la demanda presentada el 8 de junio de 2017, por un grupo de ciudadanos en ejercicio del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad de algunos apartes del Decreto 092 de 2017, solicitando conjuntamente se dictara medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de las normas objeto de control jurisdiccional de dicho acto reglamentario expedido por el Gobierno Nacional.

Correspondió a la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección C del Consejo de Estado, Consejero ponente, JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, resolver la admisibilidad de la demanda, así como pronunciarse de la medida cautelar, como efectivamente lo hizo mediante Auto del 5 de julio de 2017, dentro de la Radicación: 11001-03-26-000-2017-00083-00 (59493), que resolvió admitir la demanda de nulidad por inconstitucionalidad de apartes contenidos en los artículos 1º, 2º, 3º, y la totalidad de los artículos 4º y 8º del decreto 092 de 2017, así como negar la medida cautelar de suspensión provisional de efectos jurídicos de dichos apartes demandados, luego del análisis particular y concreto que el órgano jurisdiccional hizo de cada uno de ellos, por considerar que en principio, a partir del examen inicial que se surte en esa instancia cautelar no concurren razones fundadas para que dicha judicatura decreta tal medida.

También resulta de interés, hacer mención de la Directiva No. 003 de agosto 24 de 2017, emitida por la Secretaría jurídica distrital, dirigida a: “Secretarios (as) de despacho, directores (as) de departamentos administrativos, gerentes (as) presidentes (as) y directores (as) de establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales y comerciales del distrito, sociedades de economía mixta, sociedades públicas, empresas de

servicios públicos mixtas, empresas sociales del estado, alcaldes y alcaldesas locales y rector del ente universitario autónomo”, cuyo asunto fue: Contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro, en la que se dan los lineamientos a tener en cuenta, conforme lo señalado en el decreto 092 de 2017 "Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política", y la "Guía Para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad", expedida por Colombia Compra Eficiente.

En esta, se hace una presentación de la norma reglamentaria en sus aspectos generales y específicos frente a los procesos competitivos que se presentan tanto en los contratos de apoyo (artículo 355 Constitucional) y convenios de asociación (artículo 96 de la ley 489 de 1998), la autorización expresa e indelegable por parte del representante legal de la entidad, para cada uno de los contratos de apoyo (artículo 2º del decreto 092), que se realicen, prohibiendo una autorización general, que se fundamenta en que "El representante legal de la Entidad Estatal es responsable de entregar el cumplimiento de un programa del plan de desarrollo a una entidad sin ánimo de lucro y por esto debe autorizar cada contrato en particular". De otra parte, informa que para la suscripción de los convenios de asociación (artículo 5º de decreto 092), la norma reglamentaria no previó la exigencia de la autorización.

Aduce que el proceso de suscripción de este tipo de contratos exige el desarrollo de una etapa de planeación seria y completa. Por lo cual se requiere motivar en forma amplia y suficiente en los Documentos del proceso la procedencia de la contratación, siendo necesario el estudio del sector y que los estudios previos establezcan de manera clara y precisa, la conveniencia y favorabilidad de firmar el contrato con la ESAL escogida.

Respecto al tema de los aportes de que tratan los convenios de asociación, la Secretaría jurídica distrital señala que la contratación con ESAL exige que dentro de los documentos contractuales se establezca el aporte real, es decir, debe tasarse y cuantificarse así el mismo sea en especie, para lo cual presenta casos prácticos, como discriminar el costo de los honorarios o salarios del personal que la ESAL aporta al contrato, el valor de los equipos, conectividad, capacitación, etc<sup>64</sup>.

Argumenta y describe la necesidad del registro en Secop de las ESAL, así como de la publicación del proceso contractual y de manera específica la obligación de la ESAL, con la que se haya suscrito el convenio de entregar a la entidad estatal la información relativa a la contratación derivada y subcontratos que celebre para desarrollar el programa, proyecto o actividad de interés público en el Plan Distrital de Desarrollo, aportando los datos sobre la existencia y representación legal del subcontratista y la información de pagos, debiendo incluir esta obligación en las minutas respectivas de los contratos.

Tres elementos importantes e innovadores que contiene la directiva, hacen referencia el primero, al control y seguimiento a la ejecución del programa o actividad por parte de las ESAL, incluyendo herramientas prácticas que permitan la medición y verificación del cumplimiento de las metas del plan de desarrollo que se pretenda cumplir con la suscripción del contrato, así como al finalizar la ejecución, el segundo que hace referencia a la evaluación de la efectividad de la ESAL en la ejecución, teniéndose presente los resultados de la intervención y las dificultades

---

<sup>64</sup> Tal como se advirtió frente a la interpretación que CCE hizo frente a la naturaleza del aporte, donde a pesar de que la norma es clara en su tenor literal sobre la exclusividad del aporte en dinero, el ente rector, señaló la posibilidad del aporte en especie, dada la no prohibición expresa de la norma, nótese como en la circular de la Secretaría jurídica distrital, se imparte la directriz con fundamento en la interpretación aludida en contravía de lo regulado por el decreto que establece que los mismos deben ser única y exclusivamente en dinero.



encontradas en el desarrollo del mismo, así como la práctica y el ejercicio de los mecanismos de verificación que fueron utilizados.

Finalmente, el tercer elemento se constituye en un avance en la democratización del control de gestión, construcción de conciencia social y responsabilidad ciudadana frente a la inversión social, es el deber que impone a las entidades, de vincular a la comunidad beneficiaria para que valide las gestiones hechas, recomendando la aplicación de encuestas con el objeto de que los beneficiarios de la actividad manifiesten su opinión sobre cómo se desarrolló el proyecto, con el fin de identificar la reputación de la ESAL, evaluación que debe publicarse en el Secop y ser consultada y considerada por las demás entidades estatales cuando contraten con ESAL.

## **2. Aplicación de los principios de la contratación administrativa a la luz de los decretos reglamentarios del artículo 355 de la Constitución Política.**

Si bien como se ha venido señalando los principios de la contratación constituyen la columna vertebral de la actividad contractual del Estado, lo que forzosamente conlleva a inferir que sin excepción alguna deben ser aplicados en todas y cada una de las modalidades de selección dispuestas en la norma que regula la materia para el cumplimiento de los fines perseguidos con la contratación.

No obstante lo expuesto, en tratándose de los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, regulado por el artículo 355 constitucional, como quiera, que su reglamentación inicial se hizo en vigencia del decreto ley 222 de 1983, anterior régimen contractual del Estado, norma que no estableció principios rectores para el desarrollo de la contratación estatal, como lo hizo la ley 80 de 1993, sino que le dio a las cláusulas exorbitantes,

dicho carácter<sup>65</sup>, debiendo incluirse en el clausulado de los contratos administrativos, que se listaron en el artículo 16 del decreto 222 de 1983 y en los contratos privados de la administración con cláusula de caducidad.

Ahora bien, del análisis de los decretos 777 y 1403 de 1992, reglamentarios del artículo 355 constitucional, se colige que el Gobierno nacional, acorde con la relación negocial concebida por el constituyente primario, adoptó como regla general el régimen para la contratación entre particulares, salvo lo previsto en dichos decretos y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas en el decreto 222 de 1983, en el entendido que las mismas, constituían los principios aplicables en materia contractual, para la época, además de la aplicación del régimen sancionatorio y de inhabilidades e incompatibilidades previstos en la normativa aludida.

Con la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993, Estatuto general de la contratación estatal, que unificó el régimen negocial público, con unos principios rectores que enmarcan el desarrollo de la actividad del estado en colaboración con los particulares, para la consecución de los fines, a través del acuerdo de voluntades, el régimen de los convenios de asociación, quedó ajeno a la nueva normatividad contractual, sin que el ejecutivo armonizara la reglamentación con los nuevos postulados de la ley de principios en materia contractual.

Sólo, veinticinco años después, con la crisis en la aplicación de la figura, que evidenció el abuso y los problemas de corrupción que generaron sanciones penales, disciplinarias y de carácter fiscal, a servidores públicos del orden nacional, distrital, departamental y municipal, el

---

<sup>65</sup>“Decreto 222 de 1993, artículo 18: Aplicación de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales - derogado por el artículo 81 de la ley 80 de 1993. Los contratos administrativos que se celebren con posterioridad a este estatuto, se rigen por los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales por parte de las entidades públicas que los suscriban, conforme a las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

Gobierno nacional adopta una reglamentación en procura de armonizar la actividad contractual con las entidades privadas sin ánimo de lucro, ESAL, con el régimen contractual vigente, empero de manera tímida, que no permite la garantía y aplicación eficaz de los principios de la contratación pública, al estipular una especie de proceso de selección, sin criterios objetivos.

Es claro entonces, que el Gobierno se demoró en armonizar la reglamentación de los convenios de asociación, con el Estatuto general de la contratación estatal, por cuanto, si bien, fueron creados y reglamentados con anterioridad a su promulgación, teniendo como marco la normativa del decreto ley 222 de 1983, que a pesar de no contar con un desarrollo técnico, ni unificador en materia contractual, así como con principios rectores de la actividad negocial, como sí, lo concibió y consagró la ley 80 de 1993, a la que debió ajustarse desde el mismo momento de su promulgación, sin embargo, tan solo se ajustó la reglamentación de la contratación pública con la tipología de las ESAL, y de manera precaria, a través del decreto 092 de 2017, cuando desde la Constitución de 1991, se previó el desarrollo de la función administrativa, con la observancia de unos principios, que indefectiblemente debían aplicarse en la actividad contractual, por lo que a ellos, no podía ser ajena la contratación con ESAL.

Previo a determinar los criterios que permitan la estructuración de un proceso de selección que garantice la escogencia de los mejores, se hace necesario definir la aplicación y alcance de los principios que gobiernan la actividad contractual del estado.

### **2.1. De los principios que gobiernan la actividad contractual del estado.**

La ley 80 de 1993, en su artículo 23, establece como principios de la contratación estatal, la transparencia, economía y responsabilidad. De igual forma, extiende la aplicación en materia contractual de los postulados que rigen la función administrativa regulada en el artículo 209 constitucional, que son: igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad. A

su vez, otros principios que gobiernan la actividad contractual del Estado, conforme al Estatuto general de la contratación estatal, son los que regulan la conducta de los servidores públicos<sup>66</sup>, las reglas de interpretación de la contratación, previstas en el artículo 28 *ibídem* (buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos propios de los contratos conmutativos) los principios generales del derecho<sup>67</sup> y los particulares del derecho administrativo<sup>68</sup>.

Los principios enunciados constituyen la columna vertebral sobre los que se cierne la actividad contractual del Estado, de ahí que sea imperativa la observancia de los mismos, en todas y cada una de las modalidades<sup>69</sup> que se utilicen, para el cumplimiento de los fines que se persiguen con la contratación.

Ahora bien, para entender la importancia de los principios de la contratación administrativa, se hace necesario definirlos, empezando con los consagrados en el Estatuto contractual.

### **2.1.1. Principio de Transparencia.**

Se encuentra previsto en el artículo 24 de la ley 80 de 1993, es uno de los principios con mayor relevancia en materia contractual, porque propende o busca la confiabilidad, seguridad, tanto para los particulares que colaboran con el Estado, como para la misma administración y los ciudadanos en general, en la medida en que la selección del contratista se realiza conforme factores objetivos que garantizan la escogencia de la mejor oferta para el Estado, favoreciendo la libre y pública concurrencia de los particulares en igualdad de oportunidades, lo que permite el

---

<sup>66</sup> “Ley 734 de 2002, artículos 4 (Legalidad), 6 (Debido proceso), 8 *Reconocimiento de la dignidad humana*, 9 *Presunción de inocencia*, 12 (Celeridad), 15 (Igualdad), 17 (Derecho a la defensa), 18 (Proporcionalidad)”.

<sup>67</sup> “Ley 57 y 153 de 1887, incorporados al Código Civil Colombiano”.

<sup>68</sup> “Ley 1437 de 2011, artículo 3º: debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad”.

<sup>69</sup> “Ley 1150 de 2007, artículo 2º : de las modalidades de selección: Licitación como regla general, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa”.

cumplimiento de los fines estatales, la satisfacción de las necesidades de la comunidad y la legitimación de la actividad negocial pública.

El término transparencia, según el Diccionario de la Real Academia Española –RAE-, se refiere a lo transparente, que en su cuarta acepción, lo define como: adjetivo de claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad, sinónimo de traslúcido, diáfano, límpido, cristalino, nítido. De ahí, que esta característica debe estar presente en todo el desarrollo de las etapas del proceso contractual.

Este principio involucra el deber de selección objetiva y los demás principios que gobiernan la actividad contractual, especialmente el de buena fe, publicidad, igualdad, imparcialidad, participación y moralidad, predicables de todos aquellos que desempeñen función pública y cuyo comportamiento debe ajustarse a la ética y la justicia.

En este sentido, la Corte Constitucional se ha pronunciado, respecto de las implicaciones que comporta la aplicación del principio de transparencia en el trámite contractual, como se advierte en este aparte:

“La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. La libre concurrencia, entraña, la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación. Consecuencia de este principio es el deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se

encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la más amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato. Sin embargo, la libertad de concurrencia, admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal” (C.C., Sentencia C-713/09, Colom.).

Para el tratadista Espósito Vélez, según se cita en el libro “La falta disciplinaria en la contratación estatal”, de Roa Salguero & Ferrer Leal, el principio de transparencia se define como:

“Es el postulado más importante dentro de la etapa de selección de los contratistas y, en consecuencia, de la celebración de lo que en un futuro se denominará contrato del Estado o administrativo, por cuanto dentro de su gran concepto se encuentran inmersos otros principios, necesarios para la buena ejecución de la actividad precontractual” (2009, págs. 134-135).

### **2.1.2. Principio de economía.**

Se encuentra consagrado en el artículo 25 de la ley 80 de 1993, se define como la capacidad de obtener el máximo de beneficios con el menor costo, lo que se traduce en la estricta observancia y aplicación de cada una de las etapas en los tiempos necesarios y sin dilaciones,

que impidan que la actividad contractual se lleve a cabo con la mayor eficiencia y optimización de recursos.

Lo anterior significa, que los funcionarios que tienen a cargo la dirección de la actividad contractual del Estado, deben tener en cuenta que tanto las reglas como los procedimientos establecidos para el efecto, constituyen mecanismos de dicha actividad que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados<sup>70</sup>. En esa medida, los trámites deberán adelantarse con austeridad del tiempo, medios y gastos<sup>71</sup>.

### **2.1.3. Principio de Responsabilidad.**

Se encuentra consagrado legalmente en el artículo 26 de la ley 80 de 1993, implica que los funcionarios públicos a cargo del manejo de la actividad contractual, están obligados a desarrollarla de manera responsable, diligente, recta y transparente, es decir, orientada en primer lugar, a buscar siempre el cumplimiento de los fines del Estado, en segundo lugar, que se garantice la correcta ejecución del objeto contratado y en tercer lugar a la protección de los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros<sup>72</sup>, fijando para el efecto, responsabilidades tanto para los servidores públicos como para los contratistas que participan en dicha actividad, de tal suerte que, deberán no sólo responder por las actuaciones y omisiones antijurídicas en que incurran, sino que además deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.<sup>73</sup>

El término responsabilidad, de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española (RAE), significa en sus diferentes acepciones, las cuales aplican al caso:

---

<sup>70</sup> “Ley 80 de 1993, artículo 25. Del Principio de Responsabilidad, nral.3”.

<sup>71</sup> “Ley 80 de 1993, artículo 25. Del Principio de Responsabilidad, nral.4”.

<sup>72</sup> “Ley 80 de 1993, artículo 26 del principio de Responsabilidad. nral. 1º”.

<sup>73</sup> “Ley 80 de 1993, artículo 26. Del principio de Responsabilidad. nral 2”.

“Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal, 3. f. Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado. Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente. (...)”.

Ahora bien, es preciso señalar, que el principio de responsabilidad de todos los servidores públicos se encuentra consagrado constitucionalmente, en el artículo 6º, el cual los limita a que sólo les está permitido hacer, todo aquello que la ley la Constitución les permite, so pena de extralimitarse en el ejercicio de sus funciones.

El anterior principio, se traduce en que los servidores públicos no sólo están obligados al cumplimiento de los deberes que le impone el ejercicio del cargo, sino que entrándose del desarrollo de la actividad contractual, va más allá, en la medida que debe garantizar o procurar el cumplimiento de los fines que se persiguen con la contratación, responsabilidad que no sólo encierra la suscripción del contrato, sino la etapa precontractual y de ejecución del mismo.

El Consejo de Estado ha sostenido que los principios de economía y responsabilidad tienen como finalidad la siguiente:

“El principio de economía pretende que la actividad contractual *no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad (...)*. Este principio exige al administrador público el cumplimiento de *procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable (...)*. En efecto, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 especifica que dichos requisitos deben cumplirse con anterioridad a la apertura de los procesos licitatorios o invitaciones a proponer, y en todo caso, nunca después de la suscripción de los contratos. (...) El principio de responsabilidad, impone al servidor público la rigurosa vigilancia de la ejecución del contrato, incluida la



etapa precontractual, por cuanto atribuye la obligación de realizar evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de acuerdo con los pliegos de condiciones efectuados con anterioridad. El principio de responsabilidad, sic, se encuentra el principio de selección objetiva en virtud del cual *la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa*". (C.E., Sentencia del 31 de enero de 2011, Colom., págs. 3-4).

De lo anterior se colige, que los principios de la contratación administrativa no pueden ser observados de manera aislada o separada, puesto que están íntimamente relacionados, de tal manera, que los principios de economía y responsabilidad dependen en gran medida del principio de transparencia, por cuanto si la administración tiene clara la necesidad a satisfacer, ello permitirá que hayan procesos producto de una correcta planeación y no de la improvisación.

Igualmente, implica que las entidades públicas deben previamente a la iniciación del proceso de contratación, realizar los estudios tendientes a establecer la oportunidad y conveniencia del contrato, así como la adecuación a los fines de la entidad contratante, a su plan de inversiones y a su presupuesto, de ahí que no puede desconocerse la relación entre el contrato y los demás instrumentos de la planeación como lo son el presupuesto y el plan de inversiones, además de su incidencia en la adecuada y eficiente inversión de los recursos públicos. Así mismo, con la realización de dichos principios se garantizan el deber de selección objetiva<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup>Ley 1150 de 2007. "Artículo 5°. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que con ella busca, sin tener en cuenta factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. (...)"

Habiendo definido como están los principios de la contratación estatal, no podemos dejar de lado, los principios que rigen la función administrativa, por cuanto la actividad contractual hace parte de la administración, en la consecución de los fines de la comunidad.

El principio de la moralidad administrativa ha sido definido por la jurisprudencia como el *ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares.*

Principio que va de la mano con el principio de eficiencia y eficacia, es decir, lograr la satisfacción del interés general, con la maximización de los recursos a un menor costo, así lo ha señalado la Corte Constitucional, al precisar:

“En cuanto a los principios de eficacia y eficiencia, la Corte ha afirmado en relación con el primero, que la eficacia está soportada en varios conceptos que se hallan dentro de la Constitución Política, especialmente *en el artículo 2º, al prever como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución; en el 209 como principio de obligatorio acatamiento por quienes ejercen la función administrativa; en el 365 como uno de los objetivos en la prestación de los servicios públicos; en los artículos 256 numeral 4o., 268 numeral 2º, 277 numeral 5º y 343, relativos al control de gestión y resultados.* En este sentido, la Sala ha señalado que la eficacia constituye *una cualidad de la acción administrativa... en la que se expresa la vigencia del estado social en el ámbito jurídico-administrativo.* Así mismo añade que *en definitiva, la eficacia es la traducción (...), de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de socialidad del Estado.* Por su parte, en lo que atañe al principio de eficiencia la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de

maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público. Lo anterior significa, que la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos – beneficios (...). En este orden de ideas, es evidente para esta Corporación que el principio de eficacia impide que las autoridades administrativas permanezcan inertes ante situaciones que involucren a los ciudadanos de manera negativa para sus derechos e intereses. Igualmente, que la eficacia de las medidas adoptadas por las autoridades debe ser un fin para las mismas, es decir, que existe la obligación de actuar por parte de la administración y hacer una real y efectiva ejecución de las medidas que se deban tomar en el caso que sea necesario, en armonía y de conformidad con el debido proceso administrativo (...).” (C.C., Sentencia C-826/13, Colom.).

Así mismo, dicha actividad debe garantizar el principio de igualdad, celeridad, buena fe e imparcialidad, lo que implica que la entidad contratante establecerá requisitos y condiciones que no vayan en contravía de sus propios intereses ni de los particulares que colaboran con el Estado en la consecución de sus fines.

#### **2.1.4. Deber de Selección objetiva.**

Si bien no se consagra por la ley contractual como un principio, sino como el deber de selección objetiva, que desde la ley 80 de 1993 se contempló como tal, pero en realidad fue desarrollado y materializado mediante la ley 1150 de 2007, en su artículo 5º, que lo define y determina los criterios objetivos que las entidades al momento de estructurar los procesos de

selección deben aplicar, proscribiendo toda consideración subjetiva basada en factores de afecto o de interés.

La jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>75</sup>, al considerar que la escogencia de la propuesta más favorable debe hacerse para satisfacer las necesidades o finalidades estatales, la selección objetiva se constituye como un principio que guarda estrecha relación con el principio del interés general y de la libre concurrencia de los interesados, lo que se traduce en que estos puedan acceder e intervenir en el proceso de selección y para la entidad estatal, la prohibición de consagrar sin ninguna justificación exigencias que limiten la libre y colectiva participación de potenciales oferentes.

#### **2.1.5. Principio de planeación.**

Si bien este principio no cuenta con una consagración expresa en la ley 80 de 1993, se encuentra inmerso en de los artículos que la conforman, de ahí que jurisprudencialmente se le haya dado la connotación y relevancia en el desarrollo de la actividad contractual, en la medida que garantiza la legalidad de la contratación estatal, que exige que toda actuación de la administración pública esté precedida de una serie de unos procedimientos y etapas estrictamente necesarios, lo que implica que deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos en aras de que la gestión negocial del Estado sea transparente, objetiva, eficiente, eficaz y responda al interés general y la consecución de los fines del Estado.

---

<sup>75</sup> “Consejo de Estado, Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, del 27 de enero de 2016, Radicación número: 760012331000200502371 00 (49.847)”.

**3. Criterios para la estructuración de un procedimiento contractual en los convenios de asociación que permita la aplicación de los principios de transparencia y selección objetiva, bajo una modalidad propia.**

Como se evidenció en el desarrollo del presente estudio, la falla recurrente en el uso de la figura de los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, radicó en la vulneración de los principios de transparencia y selección objetiva, como consecuencia de la inobservancia de las excepciones previstas en la reglamentación contenida en los decretos 777 y 1403 de 1992, en la medida en que se obviaron los procesos de selección previstos en el Estatuto general de la contratación pública.

Con la reglamentación actual de los contratos de interés público y de los convenios de asociación, si bien, consagró el texto normativo el deber de someter esta tipología contractual a los principios del estatuto general de la contratación estatal y por ende a los de la función pública, gran avance, pero desafortunadamente el Gobierno nacional fue tímido en establecer y desarrollar criterios objetivos y propios de la naturaleza misma de esta tipología contractual, para garantizar la escogencia de la ESAL más idónea para el cumplimiento del fin propuesto con la inversión presupuestal en beneficio del interés social y público, lo que hace que se carezca de parámetros objetivos y claros, en su definición y alcance, lo que no permite contar con factores de escogencia que aseguren la selección de la ESAL más favorable a la entidad y a los fines que ella busca.

Lo anterior significa, que como se concibieron los criterios en el decreto 092 de 2017, la selección de la ESAL, estará permeada por factores subjetivos, que premiarán el interés y afecto particular en detrimento del interés general, finalidad de la actividad contractual, máxime en

tratándose de contratos de interés público, que impulsan la colaboración de los particulares en la consecución del beneficio social.

Se advierte este efecto, en primer lugar, en la falta de desarrollo normativo de los criterios, por cuanto remite a las pautas y parámetros que establezca la guía que elaboró la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, que corresponde más a sugerencias o indicaciones que no gozan de fuerza coercitiva, de aplicación general y abstracta, de efectos erga omnes, como sería con una estipulación de carácter legal, circunstancia que genera un retroceso, más que un avance en la búsqueda de una adecuada estructuración de la figura jurídica de los convenios de asociación.

En segundo lugar, las pautas o criterios de la guía propuesta por Colombia Compra Eficiente, no proporcionan elementos objetivos que permitan definir de manera técnica los factores para un concurso en igualdad de condiciones y que genere una sana competencia entre las distintas ESAL, que garanticen el cumplimiento idóneo del objeto contractual y la racionalidad u optimización de los recursos estatales destinados al impulso de la actividad de fomento, por el contrario, continúa con los vicios de la construcción de unas exigencias y factores de escogencia subjetivos y amañados, que no contribuyen a la estructuración de unos requisitos que permitan optimizar con eficiencia y eficacia, la colaboración de los particulares con las funcionalidades estatales en procura del bien común.

En tercer lugar, se consagran requisitos o aspectos en cuanto a la procedencia de la contratación con ESAL, irrealizables, innecesarios o inocuos, que en lugar de facilitar la aplicación de la figura jurídica, hace más confuso y complejo el cumplimiento de las exigencias legales, como limitar la naturaleza del servicio a realizar, exigir total correspondencia entre el objeto social de la ESAL y el programa o proyecto de la entidad pública, cuando la norma

constitucional prevé que sean acordes, lo que permite el direccionamiento que tanto daño le ha hecho a la contratación estatal y tratándose de la actividad de fomento, desvía y desdibuja el interés público y social que la inspira.

Bajo este panorama, se hace evidente la necesidad de establecer unos criterios que dentro del marco de los principios de la actuación contractual, permitan contar con elementos objetivos que garanticen que la actividad de fomento por parte del Estado, a través del impulso a entidades privadas sin ánimo de lucro, para satisfacer el interés general y la optimización de los recursos en beneficio de la población vulnerable, se realice con entidades idóneas y con la mayor eficiencia y eficacia en la inversión del presupuesto asignado para el efecto.

Para la optimización de los recursos públicos en la gestión estatal en interés general, se hace necesario la observancia y aplicación de los principios de la contratación administrativa, precedido de unos criterios objetivos de selección, que permitan una participación efectiva, igualitaria y equitativa de los particulares en la actividad negocial, para la consecución de los fines del estado, que no son otros que la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

Los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, mediante los cuales, el Estado garantiza la actividad de fomento, a través del impulso de programas de interés público, no puede ser ajena a la aplicación de criterios que permitan una escogencia basada en factores de optimización del gasto público, eficiencia y eficacia de la inversión social, así como el máximo beneficio de sectores vulnerables, en procura de una distribución equitativa y justa de los recursos públicos, que incentive a los particulares a contribuir en la consecución de los fines

comunes con la concurrencia de los actores precedida de una competencia sana, con estándares de calidad y eficiencia en el gasto.<sup>76</sup>

Así las cosas, a continuación se concretará la propuesta de inclusión de una quinta modalidad de selección para los contratos de interés público y convenios de asociación con la determinación de unos criterios y reglas claras que permitan la escogencia de la entidad sin ánimo de lucro, acorde con la naturaleza y tipología especial que reviste esta clase de relación contractual.

### **3.1. Determinación de la reconocida idoneidad de la entidad privada sin ánimo de lucro.**

Este requisito se constituye como el eje central y determinante para la escogencia de la ESAL más favorable para el cumplimiento de la finalidad que persigue la actividad de fomento, es así, que el mismo constituyente lo erigió como característica inherente para esta tipología contractual. De ahí que los criterios e indicadores para calificar este requisito deben contener elementos objetivos que permitan la selección en igualdad de condiciones, pluralidad de potenciales oferentes (ESAL) y buscando sólo el interés general y el beneficio social que se persigue.

---

<sup>76</sup> “En cuanto a los principios de eficacia y eficiencia, la Corte ha afirmado en relación con el primero, que la eficacia está soportada en varios conceptos que se hallan dentro de la Constitución Política, especialmente en el artículo 2º, al prever como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución; en el 209 como principio de obligatorio acatamiento por quienes ejercen la función administrativa; en el 365 como uno de los objetivos en la prestación de los servicios públicos; en los artículos 256 numeral 4o., 268 numeral 2º, 277 numeral 5º y 343, relativos al control de gestión y resultados. En este sentido, la Sala ha señalado que la eficacia constituye *una cualidad de la acción administrativa... en la que se expresa la vigencia del estado social en el ámbito jurídico-administrativo. Así mismo añade que* en definitiva, la eficacia es la traducción (...) de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de socialidad del Estado. Por su parte, en lo que atañe al principio de eficiencia la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público. Lo anterior significa, que la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos – beneficios. (...) En este orden de ideas, es evidente para esta Corporación que el principio de eficacia impide que las autoridades administrativas permanezcan inertes ante situaciones que involucren a los ciudadanos de manera negativa para sus derechos e intereses. Igualmente, que la eficacia de las medidas adoptadas por las autoridades debe ser un fin para las mismas, es decir, que existe la obligación de actuar por parte de la administración y hacer una real y efectiva ejecución de las medidas que se deban tomar en el caso que sea necesario, en armonía y de conformidad con el debido proceso administrativo. (...). Sentencia C-826/13, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva”.



### **3.1.1. Concordancia del objeto misional de la ESAL con el objeto a contratar.**

En primer lugar, se requiere que el objeto de la entidad sin ánimo de lucro esté acorde con los programas y planes de desarrollo de las entidades del orden nacional, seccional y local, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 355 constitucional.

Para cumplir con este parámetro, no solo basta con que se revise la concordancia del objeto a contratar con el objeto misional de la ESAL, sino que ésta, debe contar con los soportes correspondientes que acrediten los resultados frente a la actividad misional acorde con el objeto a contratar llevada a cabo durante mínimo dos (2) años, lo que garantiza que no se utilicen ESAL de bolsillo, esto es que se crean únicamente para ser adjudicatarias de un contrato o convenio de una administración de turno, además que cuenten con una trayectoria que permita valorar el beneficio social que su actividad haya generado y la experiencia en la actividad acorde con las metas de los planes de desarrollo, si se tiene en cuenta que los objetos sociales contienen un amplio margen de actividades a veces disímiles entre sí.

Los soportes de la trayectoria mínima exigida, deberán constar en certificaciones de proyectos, eventos, contratos, convenios o actividades desarrolladas en el marco de su objeto social, acorde con el objeto a contratar y que contengan la calificación satisfactoria producto del éxito en la ejecución del proyecto, así como el valor, número de beneficiarios, objeto, metodología, programa o plan de actividades, informe final de ejecución física y presupuestal, plazo o duración.

En segundo lugar, es fundamental que la entidad privada sin ánimo de lucro cuente con el personal e infraestructura, que garantice el desarrollo y cumplimiento idóneo del objeto del contrato, es decir, la capacidad administrativa, técnica y financiera. Para el cumplimiento de este requisito, se deberá realizar un modelo de ficha técnica que determine los parámetros requeridos

para el desarrollo de unos servicios estándares que sirvan de base para la parametrización de este factor decisivo en la escogencia y que deberá complementarse con visitas para confrontar y verificar la existencia física y funcional de dichos factores.

### **3.1.2. Experiencia.**

La entidad estatal independientemente de la complejidad del proyecto y el valor del convenio o contrato, evaluará que la entidad privada sin ánimo de lucro cumpla con la trayectoria mínima exigida (2 años) en el desarrollo del objeto acorde con el que se pretende contratar<sup>77</sup>, durante el período de existencia de la ESAL.

### **3.1.3. Capacidad jurídica.**

La ESAL deberá demostrar su capacidad jurídica con los siguientes documentos:

.- Acta de constitución y estatutos debidamente aprobados e inscritos ante la autoridad correspondiente.

.- Certificado de inscripción en el Registro Único de Proponentes –RUP-.

Este requisito como puede observarse, fue excluido para este tipo de contratos o convenios en la nueva reglamentación, pese a establecerse un proceso competitivo para su selección, en algunos eventos, que contempla las etapas precontractuales, contractuales, de ejecución y liquidación, acordes con los principios de la contratación estatal.

Al proponer la inclusión de la contratación con las entidades privadas sin ánimo de lucro, como una quinta modalidad de los procesos de selección en el Estatuto general de la contratación estatal, se hace necesario contar con esta herramienta técnica de registro y verificación por parte

---

<sup>77</sup> En la guía elaborada por CCE, la experiencia se evalúa teniendo en cuenta la complejidad del proyecto, la cantidad de recursos que se comprometen y los riesgos a los que está sometido el desarrollo del mismo, dejando a la Entidad estatal que determine la aplicación de esos factores y con ellos la exigencia a requerir, circunstancia que rompe con la objetividad que se busca y, precisamente los tres índices que enuncia, pueden ser valorados a través de los otros factores objeto de verificación o evaluación.

de la Cámara de comercio de las condiciones de los proponentes en los aspectos jurídico, de experiencia, capacidad financiera, organizacional y los bienes, obras y servicios para los cuales está inscrito el proponente de acuerdo con el clasificador de bienes y servicios, información relativa a los contratos, multas, sanciones e inhabilidades y la información histórica de experiencia que el proponente ha inscrito en el RUP.

Lo anterior, en razón a la naturaleza pública de dicho registro y la valoración de la verificación hecha por las Cámaras de comercio, que tiene plena validez para acreditar los requisitos del proponente, sin perjuicio de que las entidades públicas puedan pedir información adicional, a la que fuere sido objeto de verificación por las Cámaras, de acuerdo con la naturaleza del objeto a contratar y su valor.

Para la verificación de las condiciones de las entidades privadas sin ánimo de lucro que pretendan celebrar contratos con las entidades públicas, en los diferentes ámbitos, se inscribirán en el registro único de proponentes del Registro único empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal. Dicho registro hará constar la información referente a la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización de la ESAL, que se determinará de conformidad con los factores de calificación y clasificación que defina el reglamento interno de la entidad sin ánimo de lucro.

De igual forma, las entidades estatales que celebren convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, a efectos de mantener actualizada la información de las ESAL inscritas en la Cámara de Comercio, deberán enviar mensualmente a la Cámara de Comercio de su domicilio, la información relativa a los convenios, consignando la cuantía, cumplimiento, multas y sanciones concernientes con los convenios que hayan sido adjudicados, así como, los que se encuentren en ejecución y ejecutados.

.- Inscripción en SECOP II.

Exigir y mantener la inscripción en SECOP II, que se constituye en un registro público que sirve de herramienta para la interacción, trazabilidad y trámites virtuales durante el proceso contractual, como presentar las observaciones en las etapas correspondientes, mantener actualizado el registro de las entidades públicas, para el caso que nos ocupa de las ESAL, en cuanto a la experiencia y demás datos que requieran actualización.

El formulario incluye la lista obligatoria de documentos que el Proveedor debe adjuntar; como por ejemplo, “existencia y representación legal de las personas jurídicas, Estados financieros auditados, indicadores de capacidad financiera y organizacional, lista de contratos que acreditan la experiencia, indicación de los bienes y servicios que el proveedor puede ofrecer. Si el proveedor a registrar es una empresa o sociedad extranjera, debe verificar por su cuenta los documentos con los que puede acreditar la información requerida de acuerdo a su país de origen”<sup>78</sup>.

Si bien en la nueva reglamentación, tan solo se concibió la inscripción en el SECOP II de las ESAL, excluyendo el Registro Único de Proponentes –RUP- en las Cámaras de Comercio, resulta conveniente mantener esta exigencia para esta tipología contractual, dada la propuesta de inclusión como quinta modalidad de selección de las ESAL, a través de un proceso competitivo entre entidades de este sector.

#### **3.1.4. Capacidad organizacional.**

Se entiende como la capacidad o aptitud de un proponente para cumplir oportuna y eficazmente el objeto del contrato en virtud de su organización interna, de su eficiencia

---

<sup>78</sup> Tomado de la página web <https://www.colombiacompra.gov.co/secop-ii>, consultada mayo 25 de 2018.

administrativa y su capacidad de mantenerse bajo niveles de óptimo funcionamiento, solidez financiera y eficaz prestación de las actividades misionales en beneficio social.

La Entidad Estatal solicitará evidencias a efectos de constatar que la entidad privada sin ánimo de lucro cuenta con el equipo de trabajo que responda por actividades misionales, técnicas y administrativas necesarias para dar cumplimiento al programa o actividad del plan de desarrollo y de adaptarse rápidamente, a través de la vinculación y entrenamiento de personal nuevo, que se requiera. Indicadores que reflejen la permanencia de los colaboradores permanentes o eventuales pueden ayudar a medir esta capacidad, así como los perfiles del personal misional con que cuenta.

La ESAL presentará el organigrama de la entidad a efectos de determinar la estructura organizacional con que cuenta y el personal que la integra, tanto administrativamente, como misional y técnico, vinculados a la entidad, señalando la forma de vinculación, aportando los contratos de trabajo o de prestación de servicios junto con los certificados de idoneidad y experiencia.

Igualmente, se solicitará se aporte el reglamento interno y de procedimientos de la ESAL, con el fin de verificar el engranaje operativo y organizacional de la entidad en el desarrollo de su objeto misional. También deberá allegar el documento que contenga la política de manejo de riesgos operativos y archivo de documentos.

Este requisito se complementará con la verificación a través del informe de una visita a la sede de la ESAL, con participación de un grupo interdisciplinario que elaborará el acta donde se calificará cada uno de los aspectos antes enunciados.

Así mismo, deberá allegar los soportes normativos y reglamentarios tanto de los órganos de dirección ya sea Asamblea General o de Consejo de Fundadores y de Administración, sea

Junta directiva, Consejo Directivo o Comité Ejecutivo, elementos que permiten calificar el grado de organización corporativa de la misma.

### **3.1.5. Capacidad Técnica.**

Este factor se encuentra asociado a la experiencia específica en el desarrollo del objeto misional concordante con el objeto contractual requerido por la Entidad pública. Con la presentación de contratos, convenios y/o proyectos o eventos, en donde consten las actividades desarrolladas, el presupuesto, el número de beneficiarios, la actividad administrativa, operativa y misional desplegadas por la ESAL, para desarrollar el objeto, así como la calificación del grado de eficiencia y eficacia en la administración de recursos físicos, personales y presupuestales para la consecución del éxito social de su actividad y el grado de satisfacción de los beneficiarios.

### **3.1.6. Indicadores de eficiencia de las ESAL.**

En este factor, resulta procedente aplicar los índices planteados en la Guía de CCE, que muestran los indicadores financieros asociados a la eficiencia de la entidad sin ánimo de lucro, demostrando su grado de madurez, dedicación y eficiencia en la gestión de proyectos misionales.

La utilización de los indicadores, debe depender de la complejidad o el grado de dificultad del objetivo del plan de desarrollo que se pretende satisfacer: “Calificación de régimen tributario especial al que se refieren el artículo 356-2 del Estatuto Tributario”.

“Las entidades privadas sin ánimo de lucro no tienen como propósito generar utilidades. Los ingresos de las entidades privadas sin ánimo de lucro están destinados a cumplir su función social. La administración de la entidad privada sin ánimo de lucro debe mostrar eficiencia en el gasto para lo cual el siguiente indicador sobre la eficiencia en la administración de la totalidad de sus proyectos es útil:

*Gastos de implementación de los proyectos en el año x*

---

*Total gastos de funcionamiento de la ESAL en el año x*

Entre mayor sea este porcentaje, más recursos debe utilizar la entidad privada sin ánimo de lucro para satisfacer las necesidades de la comunidad y menos en su propia administración, siendo un factor que permite valorar y calificar la adecuada administración de los recursos con que cuenta la ESAL, reflejando el grado de liquidez con que cuenta. Dado que las contribuciones estatales a las entidades privadas sin ánimo de lucro pueden desplazar las donaciones provenientes del sector privado y reducir los incentivos para buscar financiación privada;<sup>79</sup> un indicador de eficacia a tener en cuenta del esfuerzo de la entidad sin ánimo de lucro para conseguir contribuciones del sector privado es recomendable, por lo que deberá medirse el grado de eficiencia en la obtención de recursos del sector privado, que se puede medir con esta operación:

*Total gastos de funcionamiento de la ESAL en el año x*

---

*Total de contribuciones del sector privado en el año x*

El resultado mostrará las evidencias de la efectividad del desarrollo de las actividades misionales de la ESAL y del cumplimiento de sus objetos contractuales, lo que permitirá la medición y verificación del grado de satisfacción obtenido en el desarrollo o ejecución de cada uno de los proyectos, eventos, actividades que realice en beneficio social” (Colombia Compra Eficiente, 2017)

Estos índices deberán estar contenidos en el RUP, mediante el aplicativo que utilice para su verificación, pudiendo la entidad contratante, solicitar los documentos contables, balance

---

<sup>79</sup> En la Guía de Colombia compra eficiente, para determinar este factor de eficiencia, se tomó la obra de: “Nikolova, M. de 2015. Government Funding of Private Voluntary Organizations Is There a Crowding-Out Effect? Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly, 44, 487-509 y Andreoni, J., & Payne, A. A. de 2011. Is crowding out due entirely to fundraising? Evidence from a panel of charities. Journal of Public Economics, 95, 334-343”.

general, estados financieros de los dos (2) años inmediatamente anteriores al proceso contractual, debidamente avalados por el Contador público o revisor fiscal, según corresponda.

### **3.1.7. Resultados meritorios.**

Este factor corresponde al llamado reconocimiento o reputación de la entidad, inherente al elemento de reconocida idoneidad, que es la trayectoria en el desarrollo de su objeto misional, con resultados satisfactorios, visibles y medibles, que reflejen el beneficio social que prestan.

La entidad estatal, hará uso de instrumentos que faciliten el control y seguimiento a la ejecución del programa o actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de las metas y actividades del plan desarrollo que pretende cumplirse con la celebración del contrato, buscando garantizar que no se extravíen los recursos y que se alcance el beneficio de la población y los resultados que se espera obtener con la ejecución de las actividades contractuales.

Lo anterior, hace necesario que la entidad estatal al terminar la ejecución o desarrollo del proyecto, evalúe la efectividad de la ESAL en la ejecución, para lo cual se tendrán en cuenta los resultados de la ejecución y los inconvenientes encontrados en el desarrollo del mismo, así como la eficacia de los mecanismos de verificación que fueron empleados.

Así mismo, se debe vincular a la comunidad beneficiaria, con la finalidad que valide las gestiones realizadas por la ESAL, a través de la aplicación de encuestas a fin de que los beneficiarios de las actividades manifiesten su opinión sobre cómo se desarrolló el proyecto para medir o determinar el grado de satisfacción obtenido.

El documento en donde constará la evaluación, que para el efecto se elabore, debe publicarse en el SECOP y ser consultado y considerado por las demás entidades estatales, al momento de contratar con las ESAL.



### **3.1.8. Régimen tributario.**

En razón a la proliferación de las entidades sin ánimo de lucro por la falta de control en el aspecto tributario, dado el régimen especial que contempla beneficios de carácter tributario, el gobierno nacional expidió el nuevo régimen tributario especial, al cual deben acogerse tanto las fundaciones, organizaciones, corporaciones y entidades sin ánimo de lucro ESAL, para lo cual deberán reportar toda su información financiera a la DIAN, imponiendo límites en la redistribución de recursos para evitar que las mismas sean utilizadas como figuras para la evasión de impuestos.

### **3.1.9. Riesgos del proyecto.**

La entidad contratante deberá efectuar una matriz de riesgos en la ejecución del contrato, estableciendo la responsabilidad que corresponda en porcentaje a las partes contratantes, la cual deberá concertarse con la ESAL, a través de una audiencia de estimación y asignación de riesgos obligatoria. Para la elaboración de esa matriz se debe tener en cuenta la naturaleza y complejidad del objeto a contratar, el presupuesto, el plazo y el grado de vulnerabilidad de la población beneficiada.

### **3.1.10. Del control ciudadano.**

Las veedurías ciudadanas como las ha definido el legislador, son un verdadero:

“Mecanismo democrático de representación que permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público” (Ley 850 de 2003, artículo 1o, Colom.).

La vigilancia aludida, deviene de lo dispuesto en el artículo 270 de la Constitución Política<sup>80</sup> y se reglamenta por la ley 850 de 2003, sobre veedurías ciudadanas, con los siguientes objetivos:

“Fortalecer los mecanismos de control contra la corrupción en la gestión pública y la contratación estatal; fortalecer los procesos de participación ciudadana y comunitaria en la toma de decisiones, en la gestión de los asuntos que les atañen y en el seguimiento y control de los proyectos de inversión; apoyar las labores de las personerías municipales en la promoción y fortalecimiento de los procesos de participación ciudadana y comunitaria; velar por los intereses de las comunidades como beneficiarios de la acción pública; propender por el cumplimiento de los principios constitucionales que rigen la función pública; entablar una relación constante entre los particulares y la administración por ser este un elemento esencial para evitar los abusos de poder y la parcialización excluyente de los gobernantes; democratizar la administración pública; promocionar el liderazgo y la participación ciudadana, bajo los principios de democratización, autonomía y transparencia” (Ley 850 de 2003, artículo 6o, Colom.).

Así las cosas, la misma normativa que reglamenta la organización social, obliga a las entidades estatales, a través de los directores de la actividad contractual y bajo los principios que orientan la participación democrática, sujetarse a lo siguiente:

“Los representantes legales de las entidades públicas o privadas encargadas de la ejecución de un programa, proyecto o de la prestación de un servicio público deberán por iniciativa propia, u obligatoriamente a solicitud de un ciudadano o de una organización civil informar a los ciudadanos y a las organizaciones civiles, a través de un medio de amplia difusión en el respectivo nivel territorial, para que ejerza la vigilancia correspondiente” (Ley 850 de 2003, artículo 1o, Colom.).

---

<sup>80</sup> “Constitución Política, artículo 270. La ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados”.

En cuanto a la participación comunitaria, el Estatuto General de la Contratación Pública, establece que todo contrato que celebren las entidades estatales, estará sujeto a la vigilancia y control ciudadano<sup>81</sup>.

Conforme a lo anterior, en los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, dado que los recursos que se manejan son de carácter público, deben estar sometidos a la vigilancia y control ciudadano, por lo que se hace necesario que:

- El proceso de selección de una ESAL, deberá contar con la participación de las veedurías ciudadanas *ley 850 de 2003*, en los términos contemplados en el Estatuto de la contratación, artículo 66, frente a lo cual la entidad estatal deberá elaborar un aviso de convocatoria pública a las veedurías ciudadanas, invitando tanto a las personas naturales y jurídicas, como organizaciones interesadas en hacer veeduría sobre la gestión pública. Estas deben haberse conformado de acuerdo a la ley, respetando la finalidad que persiguen con su creación y constitución, a efectos de realizar el control social a los procesos contractuales, entre ellos los convenios de asociación que celebren las entidades estatales, como un derecho, deber, facultad y responsabilidad de hacerse presente con la dinámica social.
- El aviso de convocatoria, deberá contener, los datos de mayor relevancia tales como:
  - Identificación del proceso y modalidad de selección
  - Objeto del convenio de asociación

---

<sup>81</sup> “Artículo 66 de la Ley 80 de 1993”.

- Presupuesto oficial para el convenio de asociación
- Estudios de conveniencia y justificación de la contratación
- Convocatoria a las veedurías ciudadanas.

#### **4. De la inclusión como quinta modalidad en el Estatuto general de la contratación estatal.**

La ley 1150 de 2007, modificatoria de la ley 80 de 1993, estableció en su artículo 2º las modalidades de selección a través de los cuales el Estado puede contratar los bienes y servicios necesarios para el cumplimiento de los fines y garantía del interés general como principio fundamental que debe orientar la gestión pública y el adecuado y correcto manejo del presupuesto estatal.

Así mismo, la ley 80 y la ley 1150 se ocupó de integrar en el Estatuto general de la contratación estatal, todas las tipologías tanto comunes o generales o propias del Estado, así como las especiales, que tienen su propia regulación, sin que pueda aplicárseles el estatuto, pero que en últimas deben sujetarse a los principios de la función administrativa contemplados en la Constitución en los artículos 209 y 267 y la ley.

El Gobierno nacional, conforme la facultad otorgada por el constituyente primario en el inciso segundo del artículo 355, adquiere la competencia para dictar un reglamento autónomo, atendiendo el criterio de especificidad y con interpretación restrictiva para regular todo lo concerniente a la modalidad contractual prevista en dicha norma, sin desconocer la reserva legal general que corresponde al Congreso de la República, lo que indica que no se necesita ningún otro mecanismo legal, para integrar como una quinta modalidad, los contratos o convenios de asociación al Estatuto general de la contratación estatal.

Con la nueva reglamentación, fue claro que para el Gobierno la institución de los contratos o convenios de asociación, si bien corresponden a una tipología especial, no podían seguir celebrándose por parte de las entidades estatales sin el cumplimiento de las etapas y procedimientos propios de los procesos de selección, diferentes a la contratación directa y que por el contrario, se generan bajo la libre competencia y competencia sana en igualdad de condiciones de las entidades del sector sin ánimo de lucro, ESAL, bajo los principios de la contratación estatal.

No obstante lo anterior, el Gobierno mantuvo al margen de la normatividad contractual, la contratación de los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, por ello resulta oportuno y adecuado insistir en su inclusión como una quinta modalidad de contratación, sin que pierda su carácter especial, como se concibió constitucionalmente y teniendo en cuenta la naturaleza propia de esta clase de entidades del sector sin ánimo de lucro, que cumplen una colaboración especial con el Estado en la satisfacción del beneficio social en pro de la actividad de fomento por parte del Estado.

Lo anterior, obedece a que desde su concepción el Estado fue enfático en prohibir cualquier tipo de donación o auxilios en favor de particulares, que empañaban la actividad de fomento, que debe obedecer solo a la aplicación del principio del interés general y el beneficio a la comunidad, circunstancia que durante estos 27 años de vigencia de la Constitución, no pudo cumplirse por la falta de regulación de un proceso competitivo inmerso en el estatuto contractual y con ello sujeto a los principios de la contratación del Estado, que garantizara la equitativa y sana redistribución de los recursos destinados a estimular el fomento en el país.

Resulta conveniente entonces, que la contratación con las entidades privadas sin ánimo de lucro, se haga conforme los parámetros de una quinta modalidad de contratación, acorde con la

naturaleza misma de las entidades participantes y el objeto contractual propio de esta tipología que busca el beneficio de la comunidad en condiciones de vulnerabilidad, que materialice los objetivos, planes y metas de la inversión social contenida en el Plan nacional y seccionales de desarrollo.

La quinta modalidad deberá hacer referencia a la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro, tanto para el impulso de programas de interés social que estén acordes con los planes y programas de desarrollo de las entidades de orden nacional, seccionales y locales, como para los convenios de asociación para desarrollar actividades propias de las entidades públicas, bajo la normativa constitucional del artículo 355 y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, respectivamente, definiendo para el efecto, cada una de las reglas y criterios para la escogencia de la entidad ejecutora, eliminando la remisión a pautas o sugerencias contenidas en una guía de contratación que no tiene el carácter coercitivo, evitando con ello a la larga, que sean las entidades las que en últimas definan los aspectos no concretos o específicos, es decir, terminen siendo criterios subjetivos, en vez de criterios objetivos, que son los que garantizan la aplicación de los principios de transparencia y selección objetiva.

Conforme a lo anterior, esta propuesta se orienta a que el Gobierno nacional en su competencia reglamentaria por mandato constitucional frente a la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro, la incluya como quinta modalidad de selección, estableciendo los criterios que permitan la escogencia objetiva de la ESAL más favorable para la satisfacción del beneficio social que se persigue con la actividad de fomento estatal, como los que se han definido y determinado en el presente estudio, con el objetivo que se cumpla con los principios de transparencia y selección objetiva en esta tipología contractual, superando con ello, el abuso

de la figura, que ha conllevado al despilfarro de los dineros estatales y lo más ignominioso, la burla a la población más desprotegida y vulnerable de la sociedad.

De otra parte, se llenarían los vacíos evidenciados en el análisis que se hizo respecto de la nueva reglamentación, que no obstante establecer ciertos factores objetivos, dejó al arbitrio de las entidades estatales su fijación y determinación, lo que en últimas privilegia la aplicación de aspectos subjetivos que impiden que la escogencia se haga libre de todo afecto o interés en contravía de la aplicación de los principios de transparencia y selección objetiva, pilares para depurar esta figura jurídica del foco de la corrupción en que se ha sumido a lo largo de su existencia.

Con la práctica de una sana competencia entre estas entidades sin ánimo de lucro, se puede llegar a construir una verdadera conciencia de la utilidad que estas prestan en la consecución de los fines del Estado y promover al interior de las mismas, una real contribución del sector sin ánimo de lucro, sin que implique la sola búsqueda de la financiación estatal, sino que sean actores orientados a la función social, a servir de mediadores entre las personas en condición de desventaja social y la administración pública, reivindicando y denunciando las situaciones de exclusión social, sensibilizando a la población en general, detectando y alertando de las nuevas necesidades y problemas sociales, con una estructura dinámica que dé respuesta con mayor rapidez que la propia administración. (Joera Sozialak eta gizarteratzea, 2010, págs. 137-144).

## **Conclusión**

El manejo de los recursos públicos, a través de la actividad contractual del Estado, reviste vital importancia en la gestión pública, en la medida que de ella depende la realización de los fines del Estado.

La actividad contractual, no puede ser ajena a los principios de la función administrativa contemplados en el Artículo 209 de la Constitución Política, los cuales se erigen como postulados fundamentales de la gestión pública, con el propósito de que los fines del Estado se cumplan, de manera eficiente, responsable, transparente y eficaz.

Nuestra legislación en aras de lograr la correcta inversión de los recursos públicos consagró procedimientos que enmarcados dentro de unos principios de rango constitucional y legal, cuyo propósito es garantizar la distribución justa y equitativa de los mismos, a través, de la colaboración de los particulares que en condiciones de igualdad e imparcialidad participan en la actividad contractual del Estado.

No obstante, en el desarrollo normativo de la actividad contractual para el manejo de los recursos estatales y la búsqueda de la eficiencia de la gestión pública, escapó por más de 25 años la figura de los Convenios de Asociación, habida cuenta de que su origen se remonta a la Constitución Política que los consagra en su Artículo 355<sup>82</sup>, reglamentado en su primera etapa

---

<sup>82</sup>Constitución Política, Art. 355. "Ninguna de las ramas y órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, 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. El Gobierno Nacional reglamentará la materia".



por los Decretos 777, 1403 de 1.992 y 2459 de 1993 y en la actualidad por el Decreto 092 de 2017.

Si bien el Gobierno nacional, al expedir el decreto 092 de 2017, hizo un intento por armonizar los convenios de asociación al Estatuto general de la contratación pública y a los principios que lo rigen, fue tímido en la estructuración de un proceso de selección propio y autónomo para esta tipología contractual y en determinar de manera específica unos criterios que garantizaran la selección objetiva de la ESAL, más idónea y conveniente para el cumplimiento del objeto contractual en beneficio social de la población más vulnerable con un eficiente y eficaz gasto público en desarrollo de su actividad de fomento o impulso de las organizaciones no lucrativas, para el cabal cumplimiento de su misión de servicio comunitario.

No obstante, los altos fines que comportan la actividad del tercer sector o sector no gubernamental solidario, la aplicación de la figura de los convenios de asociación, ha estado permeada por prácticas corruptas que devienen no sólo del sector estatal, sino también de las mismas entidades privadas sin ánimo de lucro, que han proliferado no por los fines altruistas que las deben caracterizar, sino como un mecanismo para defraudar y despilfarrar el erario.

Resulta recurrente que el uso desbordante de esta figura sea por la falta de una reglamentación armónica con los postulados y principios que gobiernan la gestión negocial del Estado, justificable en la regulación inicial, en la medida que fue expedida en vigencia del régimen contractual del decreto 222 de 1983, que no contaba con una normatividad unificada, ni tenía consagrados principios rectores como los concibió la ley 80 de 1993, Estatuto general de la contratación estatal vigente.

Por lo anterior, es inexplicable y por demás cuestionable y reprochable al Gobierno nacional, que después de dos décadas y media de promulgarse el régimen actual de contratación

pública, expidiera el Decreto reglamentario 092 de 2017, que consagró para los convenios de asociación la aplicación de los principios de la contratación estatal, exigencia que desde la Asamblea nacional constituyente de 1991, se previó como mecanismo para erradicar de una vez por todas las donaciones o auxilios parlamentarios, realizar la actividad de fomento del Estado, mediante contratos, lo que implicaba desarrollar una actividad reglada, participativa y con eficiencia y eficacia en la inversión de los recursos estatales.

Es así, que con el análisis normativo a la luz del desarrollo histórico del uso de la figura, las concepciones jurisprudenciales y doctrinarias, así como la experiencia laboral obtenida como operadoras disciplinarias en la Personería de Bogotá, ente rector en materia disciplinaria en el ámbito distrital, se pudo evidenciar que la reglamentación inicial, consagró como una forma de control en el uso de la tipología de los convenios de asociación, las exclusiones previstas en el artículo 2° del decreto 777 y 3° del 1403 de 1992, lo que significó que dicha figura fuera de aplicación restrictiva y exceptiva.

En ese sentido, las autoridades administrativas debían abstenerse de celebrar mediante convenios de asociación, objetos que implicaran una contraprestación directa a favor de la entidad pública y que por lo tanto debían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, aplicando el régimen general contractual, o cuando se tratara de desarrollar funciones públicas o suministrar servicios públicos cuya prestación estuviese por mandato constitucional y legal a cargo del Estado y finalmente, en los que debía desarrollarse un proyecto específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con las precisas instrucciones que esta última les impartiera.

No obstante, con la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993 y la consagración de los principios rectores de la gestión contractual del Estado, en especial la introducción de medidas

para el logro de la eficiencia y la transparencia en la contratación con recursos públicos, a través de la ley 1150 de 2007, que en su artículo segundo estableció las modalidades de selección objetiva para la escogencia del contratista, contemplando como regla general la licitación, es decir, la convocatoria pública de los actores del mercado en igualdad de condiciones y con reglas claras y justas que permitan una real y sana competencia y como exceptivas la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa, esta última con casos específicos señalados puntualmente por la norma y que obedecían a una escogencia sin pluralidad de oferentes, en razón a la naturaleza misma del contratista o del objeto a contratar, empero con la observancia de los principios de la contratación administrativa y de la función pública.

Esta última modalidad de contratación directa, fue la que se constituyó como guía de la administración pública para desarrollar y celebrar los convenios de asociación del artículo 355, que en su práctica resultó violatoria de las exclusiones y transgresora de los principios de transparencia y selección objetiva de la contratación pública, que desbordaron el uso indebido de esta figura exceptiva, generando nuevamente crisis en su aplicación y alcance.

Mediante el estudio de casos, al analizar cinco (5) procesos disciplinarios adelantados por la Personería de Bogotá, por la indebida aplicación de la figura jurídica de los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, durante la vigencia de los decretos reglamentarios 777 y 1403 de 1992, se constató que el uso indebido de esta tipología, obedeció a la violación de los principios de transparencia y selección objetiva del Estatuto general de la contratación pública, al obviar las modalidades propias del régimen contractual, por desconocimiento de las exclusiones contempladas en la reglamentación, lo que se presentó como una constante en los casos escogidos para demostrar la existencia de las falencias en la aplicación de la normativa citada.

De otra parte y subsumidos en aquel, se presentó falta de idoneidad para la ejecución del objeto contractual por parte de la entidad privada sin ánimo de lucro, circunstancia que no solo devino de la falta de verificación por parte de la entidad pública, del elemento característico de idoneidad requerido a las entidades ejecutoras, sino por la deficiencia normativa al establecer un término mínimo de existencia de seis (6) meses, que resultaba insuficiente para que pudiera contar con la trayectoria que comportaba el requisito de idoneidad, que exigía una experiencia con resultados satisfactorios que garantizara la capacidad técnica y administrativa para realizar el objeto convenido.

Esta deficiencia, generó consecuentemente que las ESAL subcontrataran los bienes y servicios a proveer, desnaturalizando la finalidad de esta clase de contratación, en primer lugar porque el propósito del fomento va dirigido a impulsar la actividad misional de las ESAL, lo que se traduce en su indiscutible capacidad para desarrollar todos los componentes necesarios para cumplir a cabalidad el objeto contractual, en segundo lugar, porque al requerir los servicios de un tercero como ejecutor, se disminuye la eficacia del recurso público invertido, por cuanto la financiación del Estado no llegaba en un 100% al beneficio social proyectado.

La inejecución o deficiente ejecución del objeto contractual, evidenció el alto grado de corrupción, por cuanto la inversión social no beneficiaba a los destinatarios de los programas, convirtiéndose en una forma de favorecimiento económico a entidades fachada o de papel.

Así lo reflejó el informe de seguimiento a los convenios de asociación celebrados por las entidades y localidades distritales en la vigencia 2014, elaborado por la Veeduría Distrital, al analizar el avance a 31 de diciembre de dicha anualidad, el cual arrojó que de los 847 suscritos por el sector central del distrito, por un monto de \$338.949.790.117, millones de pesos, 149 de

ellos presentaron un adelanto en su ejecución entre el 0% y el 50%, que equivalió al 17,6% del total y entre 51% y el 100%, 698, representó el 82,4% restante. (2014, pág. 21).

Otras deficiencias producto de la práctica de contratación directa de las ESAL, sin criterios objetivos, que desviaron la finalidad de esta tipología, se concretan en la deficiente actividad de supervisión técnica, administrativa y financiera, dado que no se previó la manera de hacer efectiva dicha prerrogativa y porque al Estado no le interesó incentivar la participación y el control de la ciudadanía, en razón a la práctica corrupta en la aplicación de la figura.

También, la ineficiencia del gasto público de inversión social, por ausencia de un estudio financiero y económico serio, que permitiera la optimización de la inversión traducida en la maximización de los resultados con el menor costo, la medición del beneficio social, cuantificación de los porcentajes de aporte estatal y del ejecutor y la justificación de la administración y ejecución de los recursos estatales, circunstancias que evidenciaron la carencia de la normatividad reglamentaria en estos aspectos, dado que no contempló a cargo de las entidades públicas realizar una planeación que incluyera la elaboración de estudios técnicos, económicos y financieros para determinar o constatar el costo financiero de la propuesta o proyecto presentado o a cargo de la ESAL.

La falta de unos criterios objetivos en la reglamentación para la escogencia de la entidad sin ánimo de lucro, permitió un amplio margen de discrecionalidad por parte de las entidades estatales, lo que conllevó a concentrar la contratación o reducirla a ciertas entidades sin ánimo de lucro, como se reflejó en el informe de veeduría vigencia 2014, en el que de los 847 suscritos en el año 2014, 468 se contrataron con ESAL, lo que significó que en promedio, cada una firmó el 1,8 convenios, conformando el ranking de las diez (10) ESAL que durante dicha vigencia tuvieron mayor concentración por la cantidad de convenios suscritos, en el siguiente orden:

Corporación construyendo amor, Fundación social castillo san lucas, Fundación Pepaso, Caja de compensación familiar COMPENSAR, Fundación nacional para ancianos y niños desamparados, Asociación generadora de bienestar shows kids, Fundación ONG programa tejiendo logros, Comité cívico femenino de los barrios estrella del sur y Bogotá, Fundación social semillas de esperanza y Caja colombiana de subsidio familiar-Colsubsidio, que a través de 33 convenios, sumaron \$147.876.623.286, del total invertido \$338.949.790.117, concentrando con ello el 43,6% de los recursos que se invirtieron a través de la figura jurídica de los convenios de asociación.

La falta de control jurídico y tributario de los dineros estatales que son entregados a las ESAL, sumado al régimen especial de que gozan esta clase de entidades en razón al objeto social encaminado al servicio comunitario, hasta el punto de ser consideradas como una extensión del Estado, lo que les otorgaba amplios beneficios en el ámbito legal y tributario, facilitando la evasión o elusión de impuestos al simular u ocultar verdaderas actividades comerciales o de lucro, circunstancias que evidentemente generaron un cambio normativo tendiente a que en dicho régimen tan solo permanezcan las que desarrollen actividades de beneficio para la comunidad, para lo cual deberán cumplir con los requisitos exigidos y contemplados por la normatividad, so pena de tener que acogerse al régimen ordinario.

Adicionalmente, la dificultad o imposibilidad de medir el beneficio social en la actividad de las ESAL, para determinar la racionalidad del gasto público de inversión social, dado que no existen mecanismos o sistemas de medición que cuantifiquen los factores como la sensibilidad social, de satisfacción y de impacto que genere el desarrollo y ejecución de los proyectos por medio de los cuales se impulsa al sector sin ánimo de lucro, los cuales no han sido abordados por

el Gobierno nacional a través de ninguna de las reglamentaciones expedidas para esta tipología de convenios.

Las falencias en la aplicación de la figura jurídica de los convenios de asociación que se evidenciaron a través del análisis teórico-práctico, mostraron un nuevo impacto negativo en la aplicación de los convenios, que hicieron evidente la necesidad de una nueva reglamentación que de manera real y efectiva armonizara esta tipología con el Estatuto general de la contratación pública y la aplicación de los principios que la rigen, en especial los de transparencia y selección objetiva, que eran desconocidos y violentados de manera reiterada con el uso indebido y exagerado de esta figura exceptiva, a fin de obviar los mecanismos de selección contemplados en la ley contractual.

Lo anterior, mostró que los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, no podían seguir siendo ajenos al Estatuto contractual, de ahí la necesidad de su inclusión como una modalidad autónoma e independiente, con unas reglas que respondieran a su naturaleza y garantizaran los principios de transparencia, selección objetiva y cumplimiento de los fines de interés social con la participación efectiva de la sociedad en su control y vigilancia.

Para el cumplimiento de este propósito, era necesario determinar unos criterios objetivos tendientes a establecer factores de escogencia y calificación ajenos a cualquier clase de motivación subjetiva, que permitieran el cumplimiento del fin primordial del estado de servir a la comunidad, garantizando la aplicación de los principios de transparencia y selección objetiva con los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro.

El alto grado de corrupción que generó el abuso en la aplicación de la figura de los convenios de asociación, motivó que el Gobierno nacional expidiera la nueva y actual reglamentación decreto 092 del 23 de enero de 2017, que entró en vigencia a partir del 1º de

junio de 2017, que si bien contiene cambios significativos, los mismos no superan la visión y el alcance de la propuesta plasmada en este trabajo investigativo.

Se destaca en la nueva y actual reglamentación, que abordó el tema de los convenios de asociación en sus dos dimensiones normativas, la que concierne a su creación constitucional, que en su artículo 355, lo denomina como Contratos de interés público y la que deviene del propio legislador, en la ley 489 de 1998, artículo 96, que lo denominó Convenios de Asociación, como una categoría especial regida a su vez por el artículo 355 y su respectiva reglamentación.

Consagró la aplicación de los principios de la contratación administrativa en la celebración de los convenios de asociación y contempló un proceso competitivo con convocatoria pública, en casos específicos y eventuales, tanto para la celebración de los contratos de interés público del 355 constitucional, en caso de evidenciarse en la etapa de planeación, que el programa o actividad de interés público que se requiere desarrollar es ofrecido por más de una ESAL; y también un proceso competitivo en los convenios de asociación propiamente dichos del artículo 96 de la ley 489 de 1998, cuando varias de las ESAL manifiesten su intención de realizar un aporte correspondiente al 30% del valor del contrato.

Si bien se presenta un avance al contemplar la aplicación de los principios de la contratación estatal y consagrar unos procesos competitivos para la escogencia de las ESAL, presenta una deficiencia al no consagrar en el texto reglamentario unos criterios o parámetros para determinar la capacidad jurídica, administrativa, técnica, organizacional y económica o financiera, que permitiera una selección objetiva de la ESAL más idónea para la ejecución del objeto contractual, dado que encargó a la Agencia nacional de contratación pública, Colombia Compra Eficiente, como órgano rector en esta materia, la elaboración de pautas o sugerencias, a través de una guía tendiente a proporcionar elementos que sirvan a las entidades públicas para



estructurar y determinar las condiciones necesarias para la participación y calificación en el proceso competitivo de escogencia, que al no estar inmersas en la norma reglamentaria, no tienen la capacidad de obligar a las autoridades administrativas, sino que se convierten en tan solo unas referencia o modelos a aplicar, que no contribuyen a erradicar los factores subjetivos y de afecto o interés que han permeado el uso de los convenios de asociación.

A pesar de consagrar un proceso competitivo, resulta paradójico que establezca a su vez, como excepción a este proceso de escogencia, objetos contractuales que corresponden a “actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que sólo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos”, empero no se establecen cuáles son esas actividades, así como las personas naturales y jurídicas, máxime si no van a estar sometidas a un proceso de selección que permita con criterios objetivos su escogencia, además es en esa clase de objetos donde más se orienta la utilización de los recursos públicos, destinados a la actividad de fomento, situación que abre la posibilidad de seguir desconociendo los principios de transparencia y selección objetiva como pilares para una escogencia basada en factores objetivos, que son precisamente de los que carece la reglamentación.

Una reglamentación que verdaderamente armonice esta tipología con el Estatuto general de contratación pública, debe contemplar un proceso competitivo general y reglado, con la determinación de etapas y criterios, que garanticen la participación igualitaria de las ESAL, que permita la optimización y/o racionalización del gasto público, sin embargo, el decreto 092 de 2017, refleja la falta de voluntad política del Gobierno nacional, de erradicar de forma tajante el uso inadecuado y la discrecionalidad en el manejo de los recursos de inversión en esta clase de contratación.

Otro aspecto en la normativa actual, es el que hace referencia a la celebración de convenios de asociación entre las entidades privadas sin ánimo de lucro y las entidades estatales, derivados de la aplicación del artículo 96 de la ley 498 de 1998, para el desarrollo conjunto de actividades concernientes con los cometidos y funciones que a estas les asigna la Constitución y la ley, es decir para actividades que corresponden a la misión de la entidad estatal, en el cual se contempla el proceso competitivo solo cuando exista más de una ESAL que ofrezca su compromiso de aportar recursos en dinero, ya sean propios o provenientes de cooperación internacional, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, caso en el cual, la Entidad Estatal deberá seleccionar de forma objetiva a dicha entidad y justificar los criterios de selección, circunstancia que hace visible el contrasentido que soslaya la normatividad reglamentaria, al establecer procesos competitivos, no como regla general, sino privilegiando las circunstancias exceptivas, lo que hace nugatoria la exigencia de los principios de transparencia y selección objetiva.

Frente a esta perspectiva, la norma actual reglamentaria resulta a todas luces contraria a los postulados de eficiencia y transparencia consagrados en la Ley 1150 de 2007, por cuanto se resiste a estar en consonancia con la regla general de escogencia objetiva a través de la licitación o convocatoria pública, manteniendo para esta tipología la contratación directa, que lo único que ha provocado es la crisis sistemática y recurrente por las prácticas corruptas para desviar los dineros público cuya destinación es la población en condición de vulnerabilidad, ampliando con ello la brecha de desigualdad e injusticia social.

En lugar de crear situaciones exceptivas para no aplicar procesos públicos de escogencia de las ESAL, lo que debe plasmarse en la norma reglamentaria es, como se hizo en la ley 1150 de 2007, al introducir las medidas tendientes para la eficiencia y la transparencia en la

contratación con recursos públicos, que consistieron en señalar con un grado superior de detalle los requisitos mínimos para la elaboración de los estudios y documentos previos, fijándolos en razón a la naturaleza de los objetos contractuales y a los procesos de selección como debe cumplirse con el deber de selección objetiva.

Es por ello, que resulta consistente y pertinente la propuesta que se planteó en este trabajo investigativo, a fin de lograr que los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, cumplan con el fin primordial del Estado, de servir a la comunidad, garantizando la aplicación de los principios de transparencia y selección objetiva, y no es otra que la inclusión de esta tipología contractual como una quinta modalidad de selección en el Estatuto general de la contratación pública, definiendo unas reglas que respondan a su naturaleza y garanticen los principios enunciados, así como el cumplimiento de los fines de interés social, con la participación efectiva de la sociedad en el control y vigilancia de los mismos.

Esta inclusión de los convenios de asociación como quinta modalidad, resulta viable por cuanto el Gobierno nacional, conforme la facultad reglamentaria otorgada por el constituyente primario en el inciso segundo del artículo 355, adquirió la competencia para dictar un reglamento autónomo, atendiendo el criterio de especificidad y con interpretación restrictiva para regular todo lo concerniente a la modalidad contractual prevista en dicha norma, sin desconocer la reserva legal general que corresponde al Congreso de la República, lo que indica que no se necesita ningún otro mecanismo legal, para integrar como una quinta modalidad, los contratos o convenios de asociación al Estatuto general de la contratación estatal.

Esta quinta modalidad de selección, debe estructurarse con los criterios que permitan la escogencia objetiva de la ESAL más favorable para la satisfacción del beneficio social que se persigue con la actividad de fomento estatal, con el objetivo que se cumpla con los principios de

transparencia y selección objetiva en esta tipología contractual, superando con ello, el abuso de la figura, que ha conllevado al despilfarro de los dineros estatales y lo más ignominioso, la burla a la población más desprotegida y vulnerable de la sociedad.

Siendo el requisito esencial y expreso en la norma constitucional el de la idoneidad de las Entidades privadas sin ánimo de lucro, los criterios e indicadores para calificar este requisito deben contener elementos objetivos que permitan la selección en igualdad de condiciones, pluralidad de potenciales oferentes (ESAL), buscando sólo el interés general y el beneficio social que se persigue, para lo cual deberá constatarse, en primer lugar la concordancia del objeto misional de la entidad sin fines lucrativos con los programas y planes de desarrollo de las entidades del orden nacional, seccional y local, conforme a lo dispuesto en el artículo 355 constitucional, para lo cual se hace necesario contar con una mínima trayectoria de la ESAL, no inferior a dos (2) años, término que sin ser limitante o discriminatorio, se constituye en un factor que garantiza que no se utilicen ESAL de bolsillo, esto es que se crean únicamente para ser adjudicatarias de un contrato o convenio de una administración de turno, además que cuenten con una trayectoria que permita calificar y evidenciar la eficacia y resultados de la actividad misional de la ESAL frente al trabajo social que realiza, que asegure que cuenta con la capacidad para desarrollar con éxito el objeto contractual.

Para esta tipología contractual y en razón a la dificultad de medir el beneficio social que genera en el desarrollo de su actividad, resulta de vital importancia la manera como deben las entidades estatales verificar y constatar la trayectoria de la ESAL, por lo que no es posible si no se aportan las evidencias donde conste la realización de los proyectos, eventos, contratos, convenios o actividades ejecutadas por éstas en el marco de su objeto social, acordes con el

programa o proyecto estatal que corresponde a la inversión y por supuesto con el objeto a contratar.

Dada la especial naturaleza de las entidades privadas sin ánimo de lucro, que no tienen como propósito generar utilidades, sino que sus ingresos están destinados a cumplir su función social, su solidez y capacidad organizativa, administrativa y técnica para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato, se mide en función de su organización interna, eficiencia administrativa y capacidad de mantenerse bajo niveles de óptimo funcionamiento, solidez financiera, por lo que la Entidad estatal exigirá evidencias a efectos de constatar que cuenta con el equipo misional, técnico y administrativo necesario para cumplir con el programa o actividad del plan de desarrollo y de adaptarse rápidamente, vinculando y entrenando nuevas personas.

Los indicadores de eficiencia de las ESAL, contenidos en la Guía de Colombia compra eficiente, resultan apropiados para medir la capacidad económica y financiera de las entidades no lucrativas, por cuanto permiten evaluar su grado de madurez y de dedicación a proyectos misionales, factores que se ajustan a la naturaleza de este tipo de entidades.

Para la constatación de los indicadores de eficiencia de las ESAL, resulta conveniente el uso del Registro Único de Proponentes- RUP, como herramienta eficaz de verificación y control de las condiciones de idoneidad en los aspectos de carácter administrativos, jurídicos, financieros, económicos, técnicos y de experiencia, así como de la capacidad residual para ejecutar el objeto contractual, aspecto que debió contemplarse en la actual reglamentación, que desafortunadamente la excluyó.

Un criterio que refleja no solo la idoneidad de la ESAL, sino también el grado de aceptación y reconocimiento de su actividad misional y la trayectoria, son los resultados meritorios, factor que mide el reconocimiento o reputación de la entidad, inherente al elemento

de capacidad y competencia, que refleja el desarrollo de su objeto misional, con resultados satisfactorios, visibles y medibles, que muestren el beneficio social que prestan.

Lo anterior, hace necesario que la entidad estatal al terminar la ejecución o desarrollo del proyecto, evalúe la efectividad de la ESAL en la ejecución, para lo cual se tendrán en cuenta, el grado de satisfacción de los beneficiarios, a través de encuestas que validen la gestión llevada a cabo, así como las dificultades encontradas en el desarrollo del objeto contractual y la eficacia de los mecanismos de verificación que fueron empleados.

La matriz de riesgo, como elemento fundamental en la planeación contractual y el aseguramiento de la cabal ejecución de las obligaciones pactadas, así como la determinación de las responsabilidades a cargo de cada una de las partes, no puede estar ajena a esta tipología, dado que en razón a la especial condición de los beneficiarios de los programas de la actividad de fomento, que pertenecen a la población más vulnerable y por ello, se requiere el máximo de control y previsión en la intervención de un tercero, como extensión del Estado en la actividad que propende por la materialización de la inversión social.

De ahí, que la matriz de riesgos, no puede ser un simple formato, sino un verdadero estudio y análisis que refleje dentro de la estructura obligacional, los posibles factores que puedan afectar la ejecución contractual y en especial las que puedan menoscabar la condición de vulnerabilidad que reviste la comunidad a quienes va dirigido el proyecto, a fin de evitar re-victimizarlos, creando desconfianza, ausencia del Estado y con ello ilegitimidad, desigualdad e injusticia social.

La ley 80 de 1993, contempló como escenario de participación efectiva de la ciudadanía en la actividad contractual, la vigilancia y control de las etapas precontractual, contractual, de ejecución y liquidación del proceso de contratación, a través de organizaciones comunitarias,

como veedurías ciudadanas, asociaciones gremiales, juntas de acción comunal y cualquier estructura cívica que propenda por hacer dicho control efectivo.

Así mismo, la ley 850 de 2003, que reglamentó la veeduría ciudadana en la gestión estatal acorde a lo dispuesto en el artículo 270 constitucional, propende por la vigilancia y control de la gestión pública, la cual se ejerce en los distintos ámbitos y niveles administrativos o públicos en los que en forma total o parcial se empleen recursos estatales, por lo que no debe ser ajena a los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, por el contrario, se constituye en un aspecto fundamental, en la medida que siendo la ciudadanía la beneficiaria directa de los bienes o servicios, es la llamada a ejercer el control y vigilancia con el mayor rigor y firmeza en procura de reducir la corrupción, a través del impacto público que genere y que evidencie el resultado positivo o negativo en el manejo de la inversión social.

La propuesta de inclusión como quinta modalidad de selección en el estatuto general de contratación pública, de los convenios de asociación, acorde con su naturaleza y con unas reglas que permitan la escogencia bajo factores objetivos que garanticen los principios de transparencia y selección objetiva, es la manera de lograr que esta tipología se aplique dentro de parámetros claros y precisos, que permitan bajo un proceso público competitivo el cumplimiento del servicio a la comunidad, en especial a la población más vulnerable, contribuyendo a que esta práctica contractual sea una verdadera forma de distribución equitativa e igualitaria de los recursos públicos destinados a la inversión social y no una forma reiterada y constante de corrupción estatal.

## Referencias Bibliográficas

- Alvarez Trujillo, A. (Enero a Junio de 2011). Donaciones y subsidios en la Carta Política de 1991. *Revista CES Derecho*, 2 (1).
- Alvarez Trujillo, A. V. (Enero-junio de 2012). Donaciones y subsidios en la carta política de 1991. (I. 2145-7719, Ed.) *CES Derecho*, 3(1).
- Chávez Marín, A. R. (2008). *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Cohen, S. (junio 2001). Marco conceptual para delegar la responsabilidad y las funciones del gobierno al sector privado. *Revista económica institucional*, 13-31.
- Fernandez Rodriguez, R., & García de Enterría, E. (2011). *Curso de Derecho Administrativo* (Vol. Décima quinta edición). S.L.Civitas Ediciones.
- Fonseca Gómez, O. J. (2012). Los convenios de asociación, una mirada desde el estatuto contractual y el distrito capital. *Tesis de grado para optar al título de Magister en Derecho Administrativo, Universidad Nacional de Colombia*. Bogotá, D.C.
- González, F., & Rettemberg, A. (septiembre - diciembre de 2010). Pensando la fragilidad estatal en Colombia. *Revista de estudios sociales*, 37.
- Grau, L. (1998). *Entre el Estado y el Mercado: Lo público no estatal*. CLAD/Paidós.
- Grosso Rincón, C. (2013). La economía social desde tres perspectivas: tercer sector, organizaciones no gubernamentales y entidades sin ánimo de lucro.
- Henao Hidrón, J. (1992). *Panorama del derecho constitucional colombiano* (Octava edición ed.). Bogotá: Temis S.A.
- Jiménez, W. G., & Soler Pedroza, I. (2013). *Manual para el estudio y análisis de políticas públicas y la gobernabilidad*. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibañez.
- Joera Sozialak eta gizarteratzea. (2010). Tendencias sociales e inclusión social. Bilbao - España: Federación Sarto-Área de Consultoría Social.
- Ortega, J. R. (27 de Octubre de 2016). <http://www.dinero.com/edicion-impresia/opinion/articulo/fundaciones-caridad-una-quimera-por-juan-ricardo-ortega/237273>. Recuperado el 5 de Diciembre de 2017
- Perdomo Guerrero, C. (2014). *Los convenios de la administración y los contratos estatales: conceptos diferentes con regímenes jurídicos distintos*. Tesis de Grado, maestría Universidad Nacional.
- Pineda Duque, J. (enero a junio de 1999). Las organizaciones sin ánimo de lucro para el desarrollo. Una revisión de su inserción en el concepto de sociedad civil en Colombia. *Innovar. Revista de ciencias administrativas y sociales* (13), 121-130.
- Ribas Bonet, M. A. (2001). <http://www.redalyc.org/pdf/174/17403907.pdf>. Recuperado el 10 de diciembre de 2017
- Roa Salguero, D. A., & Ferrer Leal, H. (2009). *La falta disciplinaria en la contratación estatal*. Bogotá, D.C.: Ediciones nueva jurídica.
- Rodriguez Martínez, A. (20 de marzo de 2005). [file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-ElAnalisisEconomicofinancieroDeLasEntidadesNoLucra-1185131%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-ElAnalisisEconomicofinancieroDeLasEntidadesNoLucra-1185131%20(1).pdf). Recuperado el 10 de diciembre de 2017
- Rodriguez Rodriguez, L. (2011). El equilibrio económico en los contratos administrativos. (Unirioja, Ed.) *Revista Facultad de Derecho*(66), 56.



- Santofimio Gamboa, J. O. (s.f.). *El carácter conmutativo y sinalarmáctico del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo del mantenimiento de su equilibrio económico*.
- Santos Rodriguez, J. E. (2009). Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos. (U. E. Colombia, Ed.) *Revista digital Derecho*, 8.
- Tafur Galvis, A. (1993). *La constitución de 1991 y la modernización del estado colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Tafur Galvis, A. (2011). *Las personas jurídicas sin ánimo de lucro y el Estado*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Valdivieso Valdivieso, W. O. (s.f.). Contratos con entidades sin ánimo de lucro, previstos en el artículo 355 de la Constitución Política de 1991. Un estudio sobre las modalidades abusivas.
- Villamizar Shiller, E. A. (julio de 2006). El derecho colectivo "modalidad administrativa" en la contratación estatal. Fortalecimiento de los principios del derecho administrativo. (E. Socio-jurídica, Ed.) 173-205.
- Villar, R. (2001). La institucionalidad política y el tercer sector en Colombia: Notas para una reflexión. Ponencia en el Tercer encuentro del ISTR-LAC. 1-25.
- Acosta Suárez, N., & Guarnizo Rojas, M. L. (2017). Cuadro resumen de casos.
- Auditor General, F. C. (25 de Enero de 2017). Auditoría advierte irregularidades en contrataciones con entidades sin ánimo de lucro. (R. Radio, Entrevistador) Bogotá, D. Consultoría Social Federación Sartu. (Diciembre 2010). Tendencias sociales e inclusión social. *ABENDUA*, 137-144.
- Eficiente, C. C. (2017). Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro. Bogotá, Colombia.
- Marp, A. R. (s.f.).
- mprende, R. (24 de Febrero de 2017). <http://mprende.co/impacto-social/las-organizaciones-sin-%C3%A1nimo-de-lucro-deben-adecuarse-la-reforma-tributaria>. Recuperado el 10 de Diciembre de 2017
- Tributaria, C. d. (Diciembre de 2015). *Informe final para el Ministerio de Hacienda y Crédito Público*. Final, Bogotá.
- Veeduría Distrital. (2014). *Seguimiento a los convenios de asociación, celebrados por las entidades y localidades distritales, en la vigencia 2014, con fundamento en los decretos 777 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993*. Bogotá, D.C.
- Auto de cargos, 12270-2014 (Personería Delegada para Asuntos Disciplinarios IV 2014).
- Auto de cargos 352, 24 Mar. 2015, Personería delegada para asuntos disciplinarios IV .
- Auto de cargos 410, Personería delegada para asuntos disciplinarios IV (05 de 04 de 2016).
- Bogotá, A. M. (10 de marzo de 2010). Decreto 101 de 2010, artículo 8, Bogotá. *Por medio del cual se fortalece institucionalmente las alcaldías locales, se fortalece el esquema de gestión territorial de las entidades distritales en las localidades, se desarrollan instrumentos para una mejor gestión administrativa*. Bogotá, Colombia.
- Bogotá, A. M. (13 de agosto de 2010). Decreto 341 de 2010, artículo primero, Bogotá . *por el cual se adoptan medidas respecto del ejercicio por parte de los/as Alcaldes/as locales para la celebración de contratos de apoyo y/o convenios de asociación con cargo a los recursos de los Fondos de desarrollo local*. Bogotá, Colombia.

- Bogotá, A. M. (19 de diciembre de 2011). Decreto 579 de 2011, artículo 2o, Bogotá. *Por medio del cual se derogó el Decreto distrital 341 de 2010*. Bogotá, Colombia.
- C, C. (1994). *Sentencia C 372*. V. Naranjo.
- C.C., Sentencia C-713/09, Colom. (07 de 10 de 2009).
- C.C., Sentencia C-826/13, Colom. (Corte Constitucional 2013).
- C.E., Concepto 11001-03-06-000-2016-00221-00 (2319) de 2017, Colom. (30 de mayo de 2017).
- C.E., Sentencia del 31 de enero de 2011, Colom. (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo 31 de Enero de 2011).
- Cargos, 7509/2011 (Personería Delegada para Asuntos Disciplinarios IV 2011).
- CC., Sentencia C-618/02, Colom., C-618.
- CE (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera 23 de 02 de 1993).
- Concepto Consejo de Estado, Sala de Consulta y servicio civil (2017).
- Consejo de Estado, 1911 (25 de 09 de 2008).
- Consejo de Estado (Sala de Consulta y Servicio Civil 25 de septiembre de 2008).
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil (24 de 02 de 2005).
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil (23 de 02 de 2006).
- constituyente, A. n. (20 de julio de 1991). Constitución política de 1991, artículo 355, inciso 2o, Colom. *Constitución Política de Colombia(116)*. Bogotá, Colombia: Gaceta Constitucional.
- Corte Constitucional, C-316 (19 de 07 de 1995).
- Corte Constitucional C-618 (Corte Constitucional 08 de 08 de 2012).
- Corte, C. (1999). *Sentencia C 671*.
- Decreto 092. (23 de enero de 2017). (50125). Bogotá, Colombia: Diario Oficial.
- Decreto 1403. (27 de agosto de 1992). (40558). Bogotá, Colombia: Diario Oficial.
- Decreto 777. (18 de mayo de 1992). *Por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso 2o del artículo 355 de la Constitución Política*. Bogotá, Colombia.
- Decreto ley 1421 de 1993, art.87, Colom. (22 de julio de 1993). *Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Especial de Santa fe de Bogotá(49958)*. Colombia.
- Fallo primera instancia, 21335-2009 (Personería de Bogotá, Dirección de investigaciones especiales 03 de 09 de 2013).
- Fallo primera instancia, 7509-2011 (Personería delegada para asuntos disciplinarios IV 15 de 08 de 2014).
- Fallo segunda instancia, 21335-2009 (Personería para la Segunda Instancia 28 de enero de 2014).
- Gobierno, S. d. (2006). Resolución 303 de 2006, Bogotá. *Por medio del cual se adopta el manual de funciones*. Bogotá, Colombia.
- Ley 25. (27 de 10 de 1977). *CXIV(34897)*, 353. Bogotá, Colombia: Diario Oficial.
- Ley 25 de 1977. (27 de 10 de 1977). *Por la cual se reglamenta el numeral 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional y se conforman empresas útiles y benéficas(34897)*, *CXIV*, 353. Bogotá, Colombia: Diario Oficial.
- Ley 25 de 1977, art. 1o, Colombia. (s.f.).
- Ley 489. (1998). Colombia.
- Nacional, G. (23 de enero de 2017). Decreto 092 de 2017, artículo 2o, literal a), Colom. *Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro, a la cual*

- hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política.* Bogotá, Colombia.
- Rad. 1101-03-06-000-2008-000-49-00 (1911).
- República, A. G. (2014-2015). *Principales conclusiones de los informes sobre presupuesto, contratación y mallas empresariales nivel territorial.* Bogotá.
- República, C. d. (28 de octubre de 1993). Ley 80 de 1993, artículo 26, numral 5o, Colom. *Por la cual se expide el Estatuto general de contratación de la administración pública.* Bogotá, Colombia.
- República, C. d. (19 de noviembre de 2003). Ley 850 de 2003, artículo 1o, Colom. *Por medio de la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas(45.376).* Bogotá, Colombia: Diario Oficial .
- Sentencia C-372 (Corte Constitucional 1994).
- Sentencia C-713, D-7663 (Corte Constitucional 07 de 10 de 2009).
- Cadena Afanador. W.R. Guía para la elaboración de ensayos y citación. Manual APA y libro Azul, sexta versión, (febrero de 2018), Bogotá, Colombia.