



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

**LOS CONVENIOS DE ASOCIACIÓN - UNA MIRADA DESDE EL ESTATUTO
CONTRACTUAL Y EL DISTRITO CAPITAL**

**AUTOR
OSCAR JAVIER FONSECA GÓMEZ**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BOGOTÁ D.C. – COLOMBIA
2012**

**LOS CONVENIOS DE ASOCIACIÓN - UNA MIRADA DESDE EL ESTATUTO
CONTRACTUAL Y EL DISTRITO CAPITAL**

**AUTOR
OSCAR JAVIER FONSECA GÓMEZ**

**Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al
título de:**

**MAGISTER EN DERECHO CON PROFUNDIZACIÓN EN DERECHO
ADMINISTRATIVO**

**Director:
DR. FELIX HOYOS LEMUS**

**Codirector:
Dr. FERNANDO ALEXEI PARDO FLOREZ**

**Línea de Investigación:
CONTRATACION ESTATAL**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BOGOTÁ D.C. – COLOMBIA
2012**

*A mis padres José Angel y María Gladys,
A mi tía Anita, a mis hermanos Marce y Alex,
a mi querida esposa Luz Dary y a mi
mayor adoración mi hija Danna Camila,
las personas más importantes en mi vida,
a quienes les agradezco
por su entrega, paciencia y amor incondicional.*

RESUMEN

La contratación de las entidades sin ánimo de lucro con el Estado Colombiano es un tema con varios antecedentes históricos y con una regulación normativa precaria que parte del Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991, pasando por los decretos 777 de 1992 y 1403 de 1992, por lo que tales normas nacieron a la vida jurídica antes de la ley 80 de 1993, asemejándose a una contratación directa, sin ser una causal taxativa, con un régimen propio, que abrió la puerta a la contratación con particulares sin agotar las etapas propias de la escogencia de contratistas y no se ha creado un procedimiento claro que permita entender su aplicación, razón por la cual este trabajo busca analizar el alcance de los convenios de asociación y sus características desde el estatuto contractual, pasando por la selección objetiva, evidenciando las posibles controversias en el ejercicio de tal modalidad y llegando a un caso particular de contratación en una Alcaldía Local del Distrito Capital (Kennedy).

Palabras Clave: Entidad sin ánimo de lucro, estatuto contractual, selección objetiva y convenios de asociación.

ABSTRACT

The contracting of non-profit entities with the Colombian Estate is a topic with any historical antecedents and a poor law, the law begins with the Constitution in its article 355, after the decrees 777 of 1992 and 1403 of 1992, so that such rules were born to legal life before the law 80 of 1993, it is like a direct contracting, without to be, it has a own status, it open the door to private contracting without to use the contracting estate`stages to choose the contractors and the Colombian Estate hasn`t created a clear process to the people understand the application, for this reason this written looks for to analyze the extent of the association agreement and their characteristics since contractual status through objective selection. I will look at the potential controversy in the association agreement. Finally I want to arrive to a particular case of contracting in a District Capital` mayoralty (Kennedy)

Keywords: non-profit entities, contractual status, objective selection and association agreement

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

OBJETIVOS

- I. Generales
- II. Específicos

CAPÍTULO PRIMERO **1-16**

DESARROLLO NORMATIVO NACIONAL Y DISTRITAL – ANTECEDENTES ART. 355 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

1. Primeros antecedentes **2-4**
2. Auxilios parlamentarios y Art. 355 de la Constitución Nacional **4-8**
3. Desarrollo jurisprudencial del Art. 355 de la Constitución Nacional **8-11**
4. Normativa Nacional y Distrital a propósito del Art. 355 de la Constitución Nacional. **11-16**

CAPÍTULO SEGUNDO **17-36**

DECRETO 777 DE 1992 A LA LUZ DE LA LEY 80 DE 1993 – LEY 1150 DE 2007 Y DECRETOS REGLAMENTARIOS

1. Características principales de los contratos celebrados por Entidades públicas con entidades sin ánimo de lucro **17-25**
 - 1.1 Reconocida Idoneidad **17-20**
 - 1.2 Con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público. **20-21**
 - 1.3 Que conste por escrito **22**
 - 1.4 Se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares. **22-24**
 - 1.5 Sin perjuicios que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el decreto 222 de 1983. **24-25**
2. Exclusiones de la aplicación del Decreto 777 de 1992 – Contraprestación Directa. **25-26**
3. Autorización para celebrar los contratos del Decreto 777 de 1992. **26-28**
4. Garantías **28-30**
5. Interventoría **30-31**
6. Disponibilidad Presupuestal **31-32**
7. Incompatibilidades **32**
8. Constitución y vigencia **33-34**
9. Terminación Unilateral **34-35**
10. Sanciones **35-36**

CAPÍTULO TERCERO **37-52**

CONTRATACIÓN DIRECTA, SELECCIÓN OBJETIVA,

CONCEPTOS DE CONTRATOS Y CONVENIOS Y DIFERENCIA ENTRE CONTRATO DE APOYO Y CONVENIO DE ASOCIACIÓN	
1. Contratación Directa, naturaleza y Alcance.	37-42
2. De la Selección Objetiva.	42-45
3. El contrato interadministrativo	45-48
4. De los convenios	48-50
4.1 Convenios especiales de cooperación.	49
4.2 Convenios de asociación	49-50
5. Diferencias entre contratos de apoyo (Decreto 777 de 1992) y convenio de asociación (Art. 96 ley 489 de 1998)	50-52
CAPÍTULO CUARTO	53-70
CASOS CONTROVERSIALES ENTRE LA APLICACIÓN DEL ESTATUTO CONTRACTUAL Y LA REGULACIÓN DEL DECRETO 777 DE 1992	
1. Anticipo y pago anticipado	53-56
2. Garantía única de cumplimiento	56-59
3. Publicación del contrato	59-60
4. Liquidación	61-63
5. Multas – Cláusula penal	64-65
6. Debido proceso – para hacer efectivas multas y cláusula penal	66-68
6.1 Caso Fortuito- Fuerza mayor y hecho de un tercero	68-70
7. Indemnidad	70
CAPÍTULO QUINTO	71-85
ANÁLISIS DE UN CASO EN PARTICULAR – ALCALDÍA LOCAL DE KENNEDY	
1. Procedimiento y análisis en el año 2009	71-78
2. Procedimiento y análisis en el año 2010	78-85
CONCLUSIONES	86-88
BIBLIOGRAFÍA	89-93
ANEXOS	94-108

INTRODUCCIÓN

Los convenios de asociación hacen parte de un régimen especial de contratación del Estado, sin embargo no se encuentran definidos en ninguna de las modalidades de selección de contratistas que se conocen y tampoco están definidas en el Estatuto contractual, parten del Art. 355 de la Constitución Nacional y de sus decretos reglamentarios, Decreto 777 de 1992 y Decreto 1403 de 1992.

La reglamentación antes referida, sin dudas está conectada con la lógica del Decreto 222 de 1983, anterior estatuto contractual, sin embargo la norma aún naciendo en otra vigencia, no ha tenido ninguna modificación desde el año de 1992. Ha pasado por varias reglamentaciones y no se han derogado las disposiciones normativas que regulan la materia.

Si bien es cierto, aparentemente son pocas las normas que regulan el tema, en la actualidad existe un gran cumulo de normas que deben ser revisadas en su totalidad, para hacer el recorrido legal desde los antecedentes de las normas, tanto en la constitución, como en la ley y en sus decretos reglamentarios, hasta la reglamentación que se tiene hoy día, con el ánimo de entregar herramientas a los ordenadores de gasto especialmente en el Distrito Capital, para pactar las cláusulas en los convenios de asociación, evitando la comisión de posibles errores que traigan consecuencias de carácter disciplinario, fiscal o penal y aportando a la interiorización del concepto de convenio.

El Art. 355 de la Constitución Nacional al unísono señala: *“Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El gobierno, en los niveles nacionales, departamentales, 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 secciones de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentara la materia”.*

Este Artículo Constitucional es el punto de partida, del mismo, se desprende todo el análisis, por lo cual es pertinente entender cuales fueron sus orígenes, estudiando los argumentos del Constituyente de 1991 para eliminar los auxilios parlamentarios, prohibir las donaciones y abrir la puerta a un régimen especial que aún hoy día sigue siendo utilizado.

No se puede perder de vista que se trata de la contratación de recursos públicos con entidades de derecho privado, en los cuales no median procesos de selección, no hay una causal establecida en el estatuto contractual, tiene sus propias normas, que se quedan cortas con las dinámicas contractuales actuales, y por tal razón no existe un procedimiento cierto para su celebración, aunque podría decirse a priori que tendría que ver estrechamente con la contratación directa, como quiera que no existe regulación al respecto, se trata de una régimen excepcional que debe ser analizado en detalle.

La regla general de tal contratación convencional es la licitación, sin embargo en la práctica a nivel Distrital es la modalidad menos utilizada, en atención a que es dispendiosa en el trámite, demorada en los tiempos obligatorios y demanda un mayor número de requisitos formales que hacen que las entidades desestimen tal opción y se abra la puerta a mecanismos legales que lleven menos tiempo y así aparecen los convenios de asociación, como otra modalidad de contratación, con el objeto de ejecutar los recursos entregados.

Las diferentes modalidades de contratación están descritas y señaladas en el Art. 2 de la Ley 1150 de 2007 (reforma de la ley 80 de 1993), donde se establece la licitación, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa, son las formas o procedimientos mediante la administración escoge sus contratistas. Tales modalidades de selección se encuentran debidamente reglamentadas en la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, decreto 2474 de 2008, decreto 4828 de 2008, decreto 2025 de 2009, decreto 2493 de 2009, decreto 2374 de 2010 y demás normas concordantes.

Las anteriores normas deben ponerse al lado de la reglamentación del Decreto 777 de 1992, detallando las características principales de la naturaleza de los convenios de asociación, colocándolas a la luz del Estatuto contractual, definiendo las materias que no se encuentran reglamentadas y que necesariamente deben tener cabida las normas contractuales, con el fin de que no se presenten vacíos normativos y que las administraciones puedan prever los posibles riesgos en la contratación con los convenios de asociación.

Teniendo en cuenta que a nivel Distrital se han elaborado diferentes decretos que regulan la materia, que parten de análisis subjetivos de algunos de los funcionarios de la oficina jurídica de la Secretaría de Gobierno, quienes sustentaban los mismos, debe estudiarse la razón de ser de los mismos y su impacto en la celebración de los convenios de asociación, y teniendo en cuenta que la misma oficina planteo diferentes tesis respecto de la naturaleza del convenio de asociación, su regulación y sus cláusulas, será pertinente estudiar la causal de contratación directa, las diferencias entre convenio y contrato y si en verdad existe alguna diferencia entre los convenios consagrados en el Art. 96 de la ley 489 de 1998 y los contratos celebrados en virtud del Decreto 777 de 1992.

Como quiera que el interés sobre el tema nace en el trabajo desarrollado por el autor dentro de una de las localidades del Distrito, y teniendo en cuenta las vicisitudes vividas durante las vigencias 2009 y 2010, se analizará el caso particular en la localidad de Kennedy, analizando las características propias de la contratación en cada vigencia, estudiando las normas que rodearon las contrataciones y estudiando el giro que se da en el ámbito local, desde la expedición del Decreto 101 de 2010.

OBJETIVOS

I. GENERAL

Analizar el desarrollo normativo que rige los convenios de asociación a nivel Distrital y Nacional desde la Constitución hasta la fecha, evidenciando las principales características de los convenios de asociación, colocándolas a la luz del estatuto contractual vigente, determinando así en que casos puntuales debe darse aplicación no al régimen especial sino al general de contratación y llegar a un caso específico en una localidad del Distrito Capital, para evidenciar y analizar con detalle los procedimientos aplicados a los convenios de asociación en dos vigencias fiscales diferentes.

II. ESPECÍFICOS

1. Realizar un recorrido normativo del convenio de asociación, evidenciando las principales normas de contenido Nacional y Distrital.
2. Analizar las principales características del convenio de asociación a la luz de la ley 80 de 1993 y su decretos reglamentarios.
3. Analizar el convenio de asociación desde la contratación directa, pasando por la selección objetiva.
4. Determinar si existe diferencia entre el contrato de apoyo y el convenio de asociación.
5. Analizar aquellas situaciones que no fueron reguladas en el Decreto 777 de 1992 y que en consecuencia es necesario acudir al estatuto contractual con el fin de solventar las situaciones que pueden presentar vacío o diversas interpretaciones.
6. Estudiar un caso particular de contratación en el Distrito Capital y hacer un estudio descriptivo y detallado de la contratación mediante convenios de asociación en las vigencias 2009 y 2010 en la Alcaldía Local de Kennedy.

CAPITULO I

DESARROLLO NORMATIVO NACIONAL Y DISTRITAL – ANTECEDENTES ART. 355 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

La entidad sin ánimo de lucro es una persona jurídica, que nace de la voluntad de una o varias personas naturales o jurídicas y cuyo objetivo es propender por el bienestar común, bien sea de un sector determinado de la sociedad o de toda la población en general, es diferente de las personas naturales que las conforman, la misma puede ejercer derecho y contraer obligaciones, así como estar representada tanto para actuaciones judiciales como extrajudiciales.

Como su nombre lo indica, no persigue ánimo de lucro, es decir, no pretende el reparto, entre los asociados, de las utilidades que se generen, razón por la cual dista de la sociedad de derecho comercial, regladas por el derecho mercantil, sin decir que no puedan ser empresas, teniendo en cuenta la libertad de empresa¹ las entidades sin ánimo de lucro pueden desarrollar actividades empresariales, lo que se ha denominado según algunos autores españoles como “fundación empresa”², donde sin tener la intención de lucro generan actividades empresariales, tributando como aquellas y hasta generando empleo.

Las entidades sin ánimo de lucro, se pueden clasificar en fundaciones, asociaciones y corporaciones y entidades del sector solidario y pueden ser: entidades gremiales, entidades de beneficencia, entidades de profesionales, entidades juveniles, entidades sociales, de bienestar social, democráticas y participativas, cívicas y comunitarias, de egresados, de ayuda a indigentes, drogadictos e incapacitados, entidades agropecuarias y campesinos entre otros³.

La asociación o corporación es un ente jurídico sin ánimo de lucro que nace de la voluntad de varios asociados o corporados, los cuales pueden ser personas naturales o jurídicas y que tienen como finalidad ofrecer bienestar físico, intelectual o moral a sus asociados o la comunidad en general. Para la creación de una asociación o corporación se requiere de la presencia de mínimo dos constituyentes o asociados fundadores, ya sean personas naturales o jurídicas.

Las entidades del sector solidario son entidades sin ánimo de lucro que se constituyen para realizar actividades que se caracterizan por la cooperación, ayuda mutua, solidaria y

¹ Art. 333 de la Constitución Nacional de Colombia

² EMBID IRUJO, José Miguel - ensayo Notas sobre el régimen jurídico de las Entidades Sin Ánimo de lucro, estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores – Universidad de Valencia, donde cita a DE PRADA GONZALEZ, J Ma, Actividades Mercantiles de las fundaciones, en derecho de sociedades, libro homenaje a Fernando Sanchez Calero, I, Mc Graw – Hill, Madrid 2002, págs. 53 y ss.

³ Oscar Manuel Gaitán Sánchez – Cámara de Comercio de Bogotá, Guía Práctica de las Entidades sin Ánimo de lucro y del sector solidario. Paginas 12-16.

autogestión de sus asociados, que pueden ser actividades democráticas y humanísticas, beneficio particular y general.

La solidaridad se plantea como la responsabilidad compartida para ofrecer bienes y servicios, que ofrezcan bienestar común a sus asociados, a sus familias y a los miembros de la comunidad en general.

Para el presente caso se analizará La entidad sin ánimo de lucro denominada FUNDACIÓN, la cual es una persona jurídica que nace de la voluntad de una o varias personas naturales o jurídicas denominados fundadores y cuyo objetivo es proponer por el bienestar común, bien sea de un sector determinado de la sociedad o de toda la población en general. La fundación surge de la destinación que haga su fundador o sus fundadores, de unos bienes o dineros preexistentes para la realización de unas actividades.

El Tratadista Arturo Valencia Zea respecto de las fundaciones ha dicho que: *“las fundaciones son independientes de todo grupo de personas físicas en el sentido de que las personas encargadas de la dirección de una fundación no son en la mayoría de los casos las que crearon esa persona moral, no los beneficios que se obtengan van a ser repartidos entre ellas”... “la existencia de la fundación es independiente de los miembros que la dirigen, en la mayoría de los casos ha sido fundada por una persona distinta que quiso perpetuar su memoria en obras imperecederas de caridad o beneficencia, destinado para ello un capital...”*.

La contratación de estas entidades sin ánimo de lucro con el Estado y específicamente con el Distrito Capital de Bogotá, son el interés de análisis en el presente trabajo de grado, para lo cual deberá hacerse un recorrido legal y jurisprudencial de las normas que han girado en torno a las contratación con tales entidades a nivel nacional y específicamente en el Distrito Capital, para determinar a la fecha cuales son las normas que se tienen para la suscripción de los convenios de asociación.

1. Primeros antecedentes

Bajo la tutela de la Constitución de 1886, en su Artículo 79 se indicaba que: *“El Ejecutivo sólo podrán dictar o reformar leyes en materia económica, tales como las que decretaran inversiones públicas o privadas, ordenaran participaciones en las rentas o transferencias de las mismas, decretaran exenciones o contribuciones o se refirieran a normas orgánicas del presupuesto nacional”*.

La ley 93 de 1938 en su Art. 5 indicaba que: *“las instituciones de utilidad común organizadas en virtud de un acto administrativo del poder público, que reciban auxilios del tesoro nacional, estarán sujetas a la vigilancia e inspección del gobierno, par el efecto de que tales auxilios se inviertan efectivamente en los fines para que fueron decretados...”*, tal ley como el decreto 685 de 1934 establecieron el concepto amplio de institución de utilidad común, previendo la posibilidad de creación por acto de particulares, o bien por uno estatal, orientación que se reiteró en el decreto legislativo 260 de 1957: *“...El estado debe asumir las instituciones de utilidad común, especialmente aquellas que se han organizado u organicen en virtud de acto o poder público”*.

Como quiera que la Constitución se reforma mediante Actos Legislativos, en 1945, a través de un acto legislativo se incluyó dentro del ámbito de competencias del Congreso de la República en el artículo 76 la facultad de “[...] *fomentar empresas útiles y benéficas dignas de estímulo y apoyo*. Extendiendo esta atribución también para las Asambleas Departamentales, Concejos (arts. 76 y 187). Por lo que la Constitución de 1886 no hablaba de entidades sin ánimo de lucro sino de Instituciones de utilidad común.

En 1968, en virtud del Acto Legislativo No. 1 se crearon los denominados AUXILIOS PARLAMENTARIOS⁴, los cuales eran atribuciones exclusivas del Ejecutivo en materia de hacienda pública. Esta atribución respondía en principio a la coyuntura de atender pequeñas necesidades regionales que aparentemente pasaban inadvertidas al nivel nacional conforme planes y programas sectoriales, nacionales o seccionales. En esa misma anualidad a través del decreto ley 3130 de 1968 Art. 5, se precisó: “*son instituciones de utilidad común o fundaciones, las personas jurídicas creadas por la iniciativa particular para atender sin ánimo de lucro servicios de interés social conforme a la voluntad de los asociados*”. En el Art. 7 ibidem se dispuso que: “*las fundaciones o instituciones de utilidad común existentes, creadas por la ley o con autorización de la misma, son establecimientos públicos y se sujetarán a las normas para éstos previstos...*”.

Los auxilios parlamentarios en un inicio fueron bien llevados toda vez que los legisladores con fines electorales trataban de satisfacer el mayor número de comunidades, no obstante, según la indica el constituyente Nieto Roa: “*Por desgracia, un día alguien descubrió que se podía utilizar personas sin ánimo de lucro, especialmente fundaciones, para presentarlas como supuestas ejecutoras de obras locales en lugar de organismos oficiales correspondientes... tales entidades sin ánimo de lucro entregaron a los congresistas el manejo directo de los recursos públicos*”⁵

El decreto 054 de 1974, el cual se expidió como consecuencia de la inexequibilidad de los artículos de la ley 93 de 1938, que regulaba las instituciones de utilidad común, en su Art. 3 dispuso que: “*todas las instituciones de utilidad común que hubieren tenido origen en un acto de voluntad de los particulares estarán sujetas a la inspección y vigilancia del Presidente de la República en orden al cumplimiento del propósito de los fundadores, aunque no reciban aportes o auxilios del tesoro público*”.

La Ley 25 de 1977, en su articulado determinó que entidades útiles y benéficas serían destinatarias del fomento autorizado por el artículo 76 de la Constitución de 1886. Autorizó al Congreso a realizar apropiaciones en los presupuestos de la Nación y de los establecimientos descentralizados, para programas de fomento regional y de empresas útiles y benéficas, siempre que las mismas fuesen dirigidas a entidades sin ánimo de lucro, hasta esta fecha se inició a hablar las denominadas entidades sin ánimo de lucro.

La Ley 30 de 1978. Encargó a los congresistas conforme circunscripción electoral a la que pertenecieran determinar las entidades y proyectos merecedores de la ayuda financiera de la Nación a fin de establecer la forma de reparto de las apropiaciones respectivas; labor de las comisiones Cuartas Constitucionales Permanentes.

⁴ El constituyente de 1991 Luis Guillermo Nieto roa, los define como partidas presupuestales que la Constitución autorizaba para destinar en obras locales o regionales a iniciativa de los legisladores.

⁵ NIETO ROA, Luis Guillermo, prólogo libro Contratación de las entidades Privadas sin ánimo de lucro, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997, pág 16 - 30

La inspección y vigilancia de las entidades sin ánimo de lucro, siempre fue tema inquietante para el gobierno nacional, de suerte que a través del Art. 1 de la ley 22 de 1987 se dispuso que correspondía al Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, reconocer y cancelar la personería jurídica a las asociaciones, corporaciones y fundaciones que tengan domicilio en Bogotá. Dicha ley fue reglamentada por el decreto 1318 de 1988, el cual a su vez fue modificado por el Art. 2 del Decreto Nacional 1093 de 1989 el cual disponía: “el representante legal de la institución, presentará a estudio y consideración de los gobernadores y del Alcalde Mayor, los estatutos de la entidad, los proyectos de presupuesto, los balances de cada ejercicio, los actos y contratos de cuantía superior a \$100.000, con arreglo a los normas vigentes sobre la materia”⁶.

La vigilancia y control de tales entidades tuvo varios decretos a saber: 432 de 1988, 868 de 1989 Decreto 525 de 1990, donde se delegaba la competencia de inspección y vigilancia, con el ánimo de garantizar que los recursos entregados a entidades sin ánimo de lucro se invirtieran realmente para lo que fueron concebidos.

A través del Decreto 1529 de 1990 se reglamentó el reconocimiento y cancelación de personerías jurídicas de asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, en los departamentos, lo cual fue ratificado mediante el decreto distrital 059 de 1991.

2. Auxilios parlamentarios y Art. 355 de la Constitución Nacional

Toda la legislación anterior era un intento por reglar las entidades sin ánimo de lucro, que estaban siendo utilizadas como fachadas de los auxilios parlamentarios y como lo señaló el Procurador General de la Nación: “...buscó el constituyente para evitar las prácticas abusivas realizadas a través de éstas instituciones, desvirtuar su carácter humanitario y mostrar que muchas de ellas de ellas eran escudos de corrupción, tráfico de prebendas y proselitismo político”.⁷

El tema de los auxilios parlamentarios en su aplicación efectiva produjo desequilibrios regionales en razón a las diferencias en los porcentajes asignados, terminó convirtiéndose en una modalidad en que se repartía a pedazos un porcentaje importante del presupuesto, sin que la asignación tuviese una coherencia dirigida a priorizar el gasto público en *causas altruistas y/o solución de necesidades de pequeñas comunidades*. Además que por este medio se deslizaron recursos *hacia el patrimonio personal del congresista y/o hacia la financiación de campañas electorales*.

Los siguientes son los motivos del Proyecto de Acto Constituyente de Vigencia Inmediata, que reposan en las gacetas de la Asamblea Nacional Constituyente con el fin de eliminar los auxilios parlamentarios, y la razón de ser del Art. 355 de La Constitución Nacional en ese momento se dijo:

"Inicialmente todos los auxilios se destinaban para ejecución directa por los municipios, juntas de acción comunal o agencias gubernamentales. A la vuelta de pocos años, sin embargo, alguien se inventó la figura de las fundaciones o

⁶ Nótese que antes de la Constitución de 1991 ya se advertía sobre la necesidad de requisitos para las entidades sin ánimo de lucro y de los documentos que las mismas debían presentar.

⁷ Concepto del Procurador General de la Nación en Sentencia C-372 de 1994, M.P: Vladimiro Naranjo Mesa.

corporaciones privadas como destinatarias de los recursos y se las ingenió para, a través de ellas, manejar autónomamente fondos públicos, prácticamente sin control fiscal; lo que permitió inclusive atender con ellos gastos o inversiones personales del congresista que decretaba el auxilio o el pago de activistas electorales y el directo soborno a jefes municipales o comunales.

Ensayado el sistema con éxito por unos pocos, rápidamente cundió, al punto que de las partidas decretadas para la vigencia fiscal de 1991, según el presupuesto aprobado por el Congreso en el segundo semestre de 1990, algo más del NOVENTA POR CIENTO (90%), se destina a personas jurídicas privadas, con fines tan generales que equivalen a cualquier cosa y sólo el nueve y medio por ciento (9.5%) se lleva a ejecución directa por los municipios, agencias del gobierno y juntas de acción comunal.

Lo anterior, pese a que el artículo 76, numeral 20 de la constitución obliga a sujetar estrictamente tales recursos a los planes y programas de fomento regional. La desviación sucede porque, como dice el señor Contralor General, la norma que reglamenta dicho artículo, dictada por el mismo congreso, la ley 25 de 1977, 'es lo suficientemente amplia y en la práctica autoriza cualquier tipo de gasto con ellos'.

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'. (Informe Financiero del Contralor, Enero de 1991).

El artículo 355 busca tener un impacto en materia de gasto público, limitando aquellas erogaciones que por su naturaleza, antes de perseguir el bienestar general, crean privilegios ineficaces y aislados. Desplaza al ejecutivo tal función de fomento a través de un mecanismo contractual que permita que ciertos sujetos de derecho privado que desarrollan actividades beneméritas en el campo científico, cultural, educativo o de solidaridad social y humana, puedan recibir apoyo estatal, pero sometidos a mecanismos de verificación del destino dado a los recursos y a las modalidades de su ejecución, inherentes a la contratación pública.

Para acceder a tales recursos oficiales las instituciones deben pasar los controles y filtros que la norma impone, con el fin de evitar eventuales abusos y corruptelas. De allí que se exige la celebración de un contrato previo de las entidades privadas con el Gobierno en cualquiera de los niveles nacional, departamental, distrital o municipal. Además, deberán acreditar que se trata de entidades sin ánimo de

lucro, probar su idoneidad y que realizan programas y actividades de interés público en consonancia con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. A la luz de esos términos de referencia, la norma citada autoriza al Gobierno para reglamentar la materia, en el entendimiento de que a esas solicitudes, cuando procedan, se les dará satisfacción con los recursos de los presupuestos nacional, departamental, distrital o municipal, según el caso.”

En 1991 las entidades de fomento fueron noticia a raíz de los hechos suscitados por las denuncias sobre el uso de las entidades sin ánimo de lucro sólo con el fin de captar recursos del Estado, en la prensa Colombiana se veían artículos del siguientes tenor: *“las medidas adoptadas por un juez de instrucción criminal relativas a la privación de la libertad del Alcalde Mayor de la ciudad y sus secretaria de hacienda han creado naturalmente, mucho revuelo político y jurídico.”*

Por eso La intención de la reforma de la Constitución de 1991 respecto de los auxilios parlamentarios fue prohibir las donaciones a las entidades de derecho privado, teniendo en cuenta que era una forma de clientelismo utilizado por los políticos de turno para garantizar votos en las diferentes regiones del país, razón por la cual dentro de la Asamblea Nacional Constituyente se pensó en cortar de raíz el problema y en consecuencia el Art. 355 de la Constitución Nacional prohibió expresamente las donaciones a entidades de derecho público.

En ese momento, el país estaba en crisis, causada por el fenómeno del narcotráfico y de la violencia, que permeaba las instituciones, por tal razón en virtud de un artículo constitucional debían eliminarse los auxilios parlamentarios que propiciaban la corrupción.

Así nació el Art. 355 de la Constitución Nacional de Colombia, prohibiendo las donaciones y se dispuso que: *“Ninguna de las ramas u órganos del Poder Público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”*, no obstante teniendo en cuenta que para el momento existían entidades sin ánimo de lucro que no eran solo de papel sino que de alguna manera beneficiaban a las comunidades, en el mismo Art. 355 se crea un régimen de contratación especial.

Para tal fin se dispuso en el mismo Art. 355 de la Constitución Política: *“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 reglamentará la materia”*.

En la Carta Política de 1991. Con la consagración del art. 355, se consideró como una forma de hacer frente a esta práctica reiterada de desviación de dineros oficiales, prohibir a "las ramas u órganos del poder público" el decreto de "auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado".

Al propio tiempo, la norma citada autorizó al Gobierno, así como a las autoridades departamentales, distritales y municipales la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para impulsar "programas y

actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo, contratos en cuya ejecución se utilizarán, en cada caso, "recursos de los respectivos presupuestos", todo sujeto a la reglamentación que sobre el particular expida el Gobierno Nacional.

En esos términos, la prohibición prevista en el artículo 355 constitucional permite esbozar unas primeras conclusiones de carácter general:

La facultad de fomento en la Constitución de 1886, estaba atribuida al Congreso y, sólo en favor de entidades útiles y benéficas, esto es, entidades sin ánimo de lucro.

No obstante, la prohibición de decretar auxilios o donaciones se extendió, por virtud del artículo 355 de la Constitución de 1991, a todas las ramas u órganos del poder público, es decir, no se circunscribió a proscribir la facultad otorgada al Congreso por la Constitución de 1886, sino que amplió el radio de la restricción a los poderes ejecutivo y judicial.

Este aspecto resulta interesante, si se tiene en cuenta, como lo anota la doctrina, que en la práctica hubiese bastado con la restricción contenida en el artículo 136-4 de la Carta de 1991, según el cual, se prohíbe al Congreso "*Decretar a favor de personas o entidades, donaciones, gratificaciones, auxilios, indemnizaciones, pensiones u otras erogaciones que no estén destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a leyes preexistentes*".

La restricción de fomento no se circunscribió únicamente a las "*empresas útiles y benéficas*" a que hacía alusión el artículo 76-20 de la Constitución de 1886, esto es, a las personas jurídicas que por definición legal corresponden a "*entidades sin ánimo de lucro*" reguladas por el artículo 663 del Código Civil con fines altruistas o de beneficio comunitario, sino que la amplió, en general, a todas "*las personas naturales o jurídicas de derecho privado*".

A través del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución de 1991, se trasladó la facultad altruista que autorizaba la Constitución de 1886 a favor de las entidades sin ánimo de lucro del Congreso al Gobierno Nacional, en todo sus niveles, sujetándola a la previa celebración de un contrato y, siempre que: (i) La entidad sin ánimo de lucro sea de reconocida idoneidad. (ii) Se busque impulsar programas o actividades de interés público. (iii) Estos programas o actividades se encuentren acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. (iv) La contratación se realice en los términos previstos en el reglamento expedido por el Gobierno Nacional con tal propósito.

Al respecto, conviene señalar que el inciso segundo del mencionado artículo constitucional no distingue entre entidades sin ánimo de lucro de carácter privado u oficial, de manera que ha de entenderse que el deber de suscribir un contrato se predica de las entidades sin ánimo de lucro, en general, sin atender al origen de sus recursos.

A más de las anteriores conclusiones parciales, se advierte como, el inciso primero del artículo 355 superior puede encontrar contradicciones con la facultad del Estado de crear y aplicar instrumentos económicos de fomento a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado o con los deberes propios de un Estado social de derecho. De la misma manera se puede anticipar, que el inciso segundo del mismo artículo restringe de

manera absoluta cualquier apoyo de carácter benéfico o altruista que pueda otorgar el Estado a entidades sin ánimo de lucro sin que medie la celebración de un contrato.

3. Desarrollo jurisprudencial del Art. 355 de la Constitución:

El desarrollo jurisprudencial del Art. 355 de la Constitución Nacional, ha sido el siguiente:

- a. *Sentencia C-372 de 25 de agosto de 1994, (Magistrado ponente, doctor Vladimiro Naranjo Mesa), "la asignación de un capital público a una fundación que cuente también con aportes privados, se enmarca dentro de los criterios de donación o auxilio sancionados por el artículo 355 superior", por lo que "esa liberalidad desconoce el espíritu del constituyente por tratarse de una facultad sin control fiscal alguno", lo que podría conducir a que "se destinen los recursos del Estado a fines censurables que desconozcan de paso la vigencia del Estado Social de Derecho, la prevalencia del interés general y la búsqueda constante y necesaria de un orden social justo". Indica como camino ajustado a derecho el de la celebración de contratos con personas jurídicas "privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad", acorde con los planes nacional o seccionales de desarrollo. El concepto del Procurador General de la Nación en esta providencia indicaba que: "el Estado puede estimular y fomentar la creación y funcionamiento de corporaciones y fundaciones sin ánimo de lucro y apoyar las actividades de estas, pero mediante la celebración de contratos para la realización de programas y actividades de interés público, en ejecución del plan nacional y los planes seccionales de desarrollo".*
- b. *Sentencia C-506 de 24 de noviembre de 1994, (Magistrado ponente, doctor Fabio Morón Díaz), los denominados "auxilios" con dineros públicos a personas privadas, ciertamente se encuentran "prohibidos por el artículo 355 de la Carta", cuando ellos son "decretados sin fundamento en programas y actividades de interés público acorde con los planes nacional y seccional de desarrollo y por fuera de los contratos que se deben celebrar exclusivamente con dichos fines", empero "de existir fundamento constitucional expreso" como ocurre con la "actividad de fomento de la investigación y de la actividad científica y tecnológica" a las cuales se refiere el artículo 71 de la Carta, razón ésta por la cual se manifestó por la Corte que "mediando así disposición concreta y específica sobre el objeto de la entidad y el régimen al cual estarán sometidas y el tipo de aporte, lo procedente es la declaratoria de constitucionalidad de la disposición que autorice la creación de las personas jurídicas". La prohibición no resulta absoluta, admite "excepciones" que se legitiman dentro del marco de un Estado Social de Derecho, tales como la asignación de recursos a sectores especialmente protegidos por la Constitución Política. La finalidad de dicha prohibición fue la de erradicar la práctica de los denominados "auxilios parlamentarios" por pervertir las instituciones democráticas y alimentar ilegítimas destinaciones de los fondos del erario.*
- c. *Sentencia C-230 de 25 de mayo de 1995, (Magistrado ponente, doctor Antonio Barrera Carbonell), ésta Corporación dejó establecido que "por no ser de creación legal las asociaciones y fundaciones de participación mixta, se las considera bajo la denominación genérica de entidades descentralizadas indirectas de segundo grado, y están sometidas al mismo régimen jurídico aplicable a las corporaciones y fundaciones privadas, esto es, a las prescripciones del Código Civil y demás*

normas complementarias", es decir, con ellas se realizan actividades que "constituyen modalidades de la descentralización por servicios..."

- d. *Sentencia C-316 de 19 de julio de 1995 (Magistrado ponente, doctor Antonio Barrera Carbonell) Reitera la Corte que en el desarrollo y promoción de la investigación, la ciencia y la tecnología, resultan legítimos "los incentivos y estímulos" que se encuentren "dirigidos de manera especial a las personas y entidades particulares", conforme a lo dispuesto en los artículos 65, inciso segundo 69 inciso tercero, 70 aparte final del inciso dos, 71 y 67 de la Carta. Se constituye en una excepción a la norma del artículo 355 de la Constitución" . La jurisprudencia se abrió y admitió que muchas de las erogaciones a título gratuito por parte del Estado a favor de particulares, sin contraprestación alguna, surgían de todos aquéllos supuestos que la misma Constitución autorizaba, como desarrollo de los deberes y finalidades sociales del Estado con el fin de conseguir el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país, al tenerlos como criterios que responden a la concepción del Estado Social de Derecho. La Carta autorizaba este tipo de subvenciones en materia de subsidios de servicios públicos domiciliarios (art. 368 C.P.); el fomento de la investigación y transferencia de la tecnología (art. 71 C.P.); el fomento a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras (art. 65 C.P.); la adquisición de predios para los trabajadores agrarios (art. 64 C.P.); la ejecución de proyectos de vivienda social y servicios públicos de salud y educación (Art. 49, 51 y 67)*
- e. *Sentencia C-152 de 1999 la Corte reconoció expresamente que la Carta autorizó al Estado para conceder subvenciones, estímulos económicos o subsidios a particulares, tratándose de actividades que aquella considerara dignas y merecedoras de apoyo y, lo más importante, precisó que su desarrollo era materia reservada a la libre configuración normativa del Legislador, en tanto la Carta aparte de permitir la concesión de incentivos o estímulos omitió determinar la forma en que estos podrían decretarse.*
- f. *Frente a este reconocimiento la Corte señaló como imperativo el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno en punto a señalar el procedimiento que debía ser observado a fin de entregar los incentivos económicos dispuestos por la ley, de modo que los mismos fuesen asignados a las personas que tuviesen mayores méritos y necesidades.*
- g. *Sentencia C-1168 de 2001, Analiza los artículos 2 y 3 de la Ley 628 de 2000, proyectos de inversión para el apoyo regional que forman parte del Banco Nacional de Programas y Proyectos y, por la cual se crearon los denominados "cupos indicativos. Concluye la Corte asignando un doble alcance: de un lado, prohibir la transferencia gratuita, sin razones constitucionales que la justifiquen, de recursos públicos a los particulares; del otro, impedir que los dineros del presupuesto fuesen utilizados con fines desviados, aún por entidades oficiales, de manera que se limite la independencia del Congreso o se favorezca a determinados grupos políticos, lo cual afecta la transparencia e imparcialidad del proceso político.*

A propósito de la prohibición de los auxilios, encontró esencial que erogaciones sin contrapartida a particulares cumplierse de manera estricta con los principios de planeación y legalidad del gasto

h. Sentencia C-712 de 2002:

“(1) La prohibición de los auxilios y donaciones, es la respuesta al abuso derivado de la antigua práctica de los "auxilios parlamentarios", y en buena medida explica su alcance. (2) La prohibición de los auxilios y donaciones, no significa la extinción de la función benéfica del Estado, la cual puede cumplirse a través de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad (3) El auxilio o donación, materia de la prohibición, se caracterizan por la existencia de una erogación fiscal en favor de un particular sin que ella tenga sustento en ninguna contraprestación a su cargo. Igualmente, corresponden a estas categorías, las transferencias a particulares, que no estén precedidas de un control sobre los recursos o que éste no pueda realizarse con posterioridad a la asignación. Finalmente, se califican de esta manera, las prácticas que por los elementos que incorporen, puedan tener la virtualidad de revivir la proscrita figura de los auxilios. (4) Por vía negativa, no se consideran auxilios o donaciones, las transferencias presupuestales que se hacen a entidades descentralizadas. (5) No se estima que se viole el artículo 355 de la C.P., cuando el Estado otorga subsidios, estímulos económicos, ayudas o incentivos, en razón del cumplimiento de deberes o principios de origen constitucional que describen actividades públicas irrenunciables.” (subrayado fuera de texto)

Reconoce la Corte expresamente que las exclusiones que hasta entonces había encontrado en relación con la prohibición contenida en el artículo 355, planteadas como excepción, en realidad descubrían la faz más característica del Estado social de derecho puesto que suponía asumir como función propia la puesta en marcha de un sistema prestacional enderezado a asegurar el mínimo vital, al cual resultaba connatural la intervención en la vida económica y social (C.P. art. 334), de donde encontró necesario distinguir el campo de la prohibición de otorgar auxilios y donaciones, propia de la esfera presupuestal, del concierto de acciones propias del Estado social de derecho imputables al cumplimiento de deberes y principios constitucionales que necesariamente implican gasto público, o articularse en bienes o servicios, a veces entregados gratuitamente, sin que por ello se ingrese en el campo de la anotada prohibición.

i. Sentencia C-042-06. Analizó la constitucionalidad de los artículos 10 y 11 de la ley 681 de 2001, mediante los cuales se creó un estímulo económico dirigido a fomentar la industria del transporte aéreo, permitiendo que ECOPETROL, decidiese sí concedía o no un determinado descuento en la venta del combustible tipo JET A1. Concluyó la Corte que tales subvenciones no se inscribían en la órbita de los auxilios o donaciones proscritos por el constituyente, sino que correspondían a un instrumento económico habilitado por la facultad de intervención del Estado en la economía de conformidad con los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, dirigido a fomentar actividades que por su grado de afectación para el sistema macroeconómico, requería del control y la regulación permanentes por parte de las autoridades públicas.

- j. Sentencia C-507 de 2008, Estudió la constitucionalidad del art.10 del Plan Nacional de Desarrollo -Ley 1151 de 2007-. Por el cual se estableció la creación indeterminada de apoyos económicos, en relación con los cuales se otorgaba al Gobierno Nacional la facultad de establecer el sector beneficiario, el valor del apoyo o incentivo económico, así como los requisitos y condiciones necesarios en cada caso. Si bien el artículo fue declarado inexecutable en razón a su generalidad y a la indeterminación de la ley, merece especial atención el que en tal providencia se señaló como requisitos generales para autorizar cualquier excepción al artículo 355 superior, los siguientes: 1. Toda asignación de recursos públicos debe respetar el principio de legalidad del gasto. 2. Toda política pública del sector central, cuya ejecución suponga la asignación de recursos o bienes públicos, debe encontrarse reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el correspondiente Plan de Inversión. 3. Toda disposición que autorice una asignación de recursos públicos, sin contraprestación por parte del beneficiario, tiene que encontrarse fundada en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice. 4. Debe respetar el principio de igualdad.

4. Normativa Nacional y Distrital a propósito del Art. 355 de la Constitución Nacional.

La reglamentación del Art. 355 Constitucional se hizo a través de los Decretos 777 de 1992 y 1403 de 1992, decretos que fueron establecidos por el legislador con el anterior estatuto contractual decreto 222 de 1983⁸ y a través de decreto reglamentario se reguló la materia con el fin de determinar la naturaleza y las condiciones que debía cumplir el futuro contratista.

En el Distrito Capital, Mediante el Decreto 1421 de 1993 – por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá (ESTATUO ORGÁNICO DE BOGOTÁ) - se crearon los Fondos de Desarrollo Local del Distrito Capital⁹, una apuesta por la descentralización administrativa, con la intención de lograr mayor autonomía en las localidades y a través del Art. 94 de dicho Estatuto se definió que la celebración de contratos y se indicó que: *“Los 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. También se podrá contratar con las entidades distritales u otros organismos públicos, con los que se celebrará para estos efectos el respectivo acuerdo o convenio interadministrativo. La interventoría de los contratos que se celebren en desarrollo del presente artículo estará a cargo del interventor que para cada caso contrate el Alcalde Mayor con cargo a los recursos del respectivo Fondo de Desarrollo Local”*.

⁸ El decreto 222 de 1983, fue reformado a través de la ley 80 de 1993, la cual fue reformada a través de la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, sin que el decreto 777 de 1992 haya sufrido ninguna modificación.

⁹ Un Fondo de Desarrollo Local para cada localidad con el nombre de la misma, de los Art. 87 a 95 del decreto 1421 de 1993 se encuentra el tema de la naturaleza, patrimonio, representación legal, apropiaciones, celebración de contratos, etc.

De lo anterior se desprende que el representante del Fondo u ordenador de gasto, podrá celebrar acuerdos o convenios interadministrativos con entidades distritales u otros organismos públicos para el cumplimiento de los fines de la contratación administrativa y de acuerdo con las normas que rijan esta actividad en el Distrito. Estas normas son según el artículo 144 del Decreto - Ley 1421 de 1993 las del Estatuto General de Contratación Pública (Ley 80 de 1993) y los artículos 147 a 152 del mismo Decreto - Ley 1421 de 1993.

En el Art. 152 ibidem se señala: *“de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 355 de la constitución política el Distrito podrá celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes distritales y locales de desarrollo, con sujeción a los reglamentos que expida el gobierno nacional”*.

En este punto es menester indicar que: *“el Estatuto de Bogotá hace referencia a la contratación de las entidades sin ánimo de lucro, solamente en relación con la finalidad del Art. 355 de la carta, y en cuanto a contratación de las localidades se refiere, sin que se mencione para nada la contratación de este tipo de entidades, en cuanto a otro tipo de contratación de servicios se refiere. Lo anterior no quiere decir que no se haya legislado sobre el tema, sino que este quedó comprendido dentro de los lineamientos generales establecidos en la ley 80 de 1993”*¹⁰.

En el mismo año de 1993, el Consejo de Bogotá expidió el Acuerdo 31 de 1993¹¹ señalando en su Art. 116, contratos especiales: *“las juntas de acción comunal, las asociaciones culturales, recreativas y deportivas, las juntas de usuarios de vecinos, de defensa civil y las demás organizaciones no gubernamentales, constituidas con arreglo a la ley y sin ánimo de lucro, que tengan sede en el Distrito Capital, podrán vincularse al desarrollo y mejoramiento de la ciudad mediante las funciones y la prestación de los servicios a cargo de las entidades oficiales. Con tal fin, la administración central sus organismos descentralizados y los fondos de desarrollo Local, podrán celebrar con las entidades mencionadas, los convenios, acuerdos o contratos a que hubiere lugar para el cumplimiento, la prestación y la ejecución de las funciones, servicios y obras a que se refieren los respectivos planes, programas y proyectos de desarrollo económico y social de obras públicas. Para la ejecución del respectivo contrato o convenio las entidades contratantes podrán aportar o prestar determinados bienes, los contratos que se celebren no estarán sujetos a las formalidades o requisitos diferentes de los que la ley exige para la contratación entre particulares, ni requerirán de la revisión que ordena el Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, contendrán las cláusulas de interpretación, modificación y terminación unilateral, multa, garantía, sujeción de los pagos a la apropiaciones presupuestales y caducidad”*.

¹⁰ SARMIENTO TORRES, Iziar Elisa – SARMIENTO TORRES, Maricel, Contratación de las Entidades privadas sin ánimo de lucro, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda, Bogotá, 1997, págs. 61 - 62

¹¹ Mediante el cual se adoptó el Plan de Desarrollo económico, social y de obras públicas del Distrito Capital para el período 1993 – 1995.

Del anterior acuerdo se desprende que en el mismo Distrito Capital entendió que la contratación a celebrar en virtud del Art. 355 de la Constitución se realizaría con los decretos reglamentarios y no con la ley 80 de 1993.

La ley 22 del 17 de marzo de 1987, decretó que: “corresponde al gobernador del departamento de Cundinamarca y al Alcalde Mayor del Distrito Capital de Bogotá, reconocer y cancelar la personería jurídica a las asociaciones, corporaciones, fundaciones e instituciones de utilidad común, que tengan domicilio en dichas jurisdicciones, cuya tramitación venía siendo realizada por el Ministerio de Justicia”¹². En 1995, a través del Decreto ley 2150 de 1995, se suprimieron trámites innecesarios, en su Art. 40 suprimió el acto de reconocimiento de personería jurídica de las organizaciones civiles, las corporaciones, las fundaciones, las juntas de acción comunal y de las demás entidades privadas sin ánimo de lucro.

En el mismo Decreto 2150 de 1995, para la obtención de su personalidad, dichas entidades se constituirán por escritura pública o documento privado reconocido en el cual se expresará, cuando menos, lo siguiente:

1. El nombre, identificación y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes.
2. El nombre.
3. La clase de persona jurídica.
4. El objeto.
5. El patrimonio y la forma de hacer los aportes.
6. La forma de administración con indicación de las atribuciones y facultades de quien tenga a su cargo la administración y representación legal.
7. La periodicidad de las reuniones ordinarias y los casos en los cuales habrá de convocarse a reuniones extraordinarias.
8. La duración precisa de la entidad y las causales de disolución.
9. La forma de hacer la liquidación una vez disuelta la Corporación o Fundación.
10. Las facultades y obligaciones del Revisor Fiscal, si es del caso.
11. Nombre e identificación de los administradores y representantes legales.

Las entidades a que se refiere este artículo, formarán una persona distinta de sus miembros o fundadores individualmente considerados, a partir de su registro ante la cámara de comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la persona jurídica que se constituye.

Mediante decreto 427 de 1996, en su Art. 1. - Registro de las personas jurídicas sin ánimo de lucro. Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que trata los artículos 40 a 45 y 143 a 148 del Decreto 2150 de 1995 se inscribirán en las respectivas Cámaras de Comercio en los mismos términos, con las mismas tarifas y condiciones previstas para el registro mercantil de los actos de las sociedades comerciales, lo cual ha sido definido en la legislación española como la mercantilización de las fundaciones¹³, expresión que indias

¹² SARMIENTO TORRES, Iziar Elisa – SARMIENTO TORRES, Maricel, Op. Cit. págs. 61 - 62

¹³ EMBID IRUJO, José Miguel - ensayo Notas sobre el régimen jurídico de las Entidades Sin Ánimo de lucro, estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores – Universidad de Valencia, donde cita a Paz

la influencia del derecho mercantil en el régimen jurídico de las fundaciones y el tratamiento que el Derecho Mercantil proporciona a los empresarios y dentro de ellos las sociedades.

Para inscribir la fundación en la Cámara de Comercio deberá entregar el documento de constitución y cuando menos, los requisitos establecidos por el artículo 40 del citado Decreto y nombre de la persona o entidades que desempeña la función de fiscalización, si es del caso. Así mismo, al momento del registro se suministrará a las Cámaras de Comercio la dirección, teléfono y fax de la persona jurídica

En el año de 1998, con la ley 489, Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se trató nuevamente el tema de los contratos celebrados como régimen especial en virtud del Art. 355 ibidem. La disposición normativa que regula dicho tema es el art. 96.

El Artículo ibídem, fue declarado exequible en virtud de la Sentencia C-671 de 1999, en la cual se llevó a cabo el siguiente análisis: *“De la misma manera, 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”.*

El artículo 36 del Decreto Distrital 1139 de 2000 establece que los ordenadores del gasto tendrán capacidad de contratar y comprometer a nombre del Fondo de Desarrollo Local correspondiente y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en su presupuesto, de acuerdo con la delegación que haga el Alcalde Mayor de Bogotá D.C.

El Decreto Distrital 854 de 2001, en sus Art. 35, 36 y 37 dispusieron las facultades de contratar a los ordenadores de gasto de cada una de las localidad, a través de delegación efectuada por el Alcalde Mayor, dichos artículos fueron modificados por el decreto Distrital 612 de 2006, a través de éste, radicó en cabeza de las alcaldesas y alcaldes locales la facultad para contratar, ordenar los gastos y pagos con cargo al presupuesto de los Fondos de Desarrollo Local, entre otros, en el tema de Desarrollo Económico, Industria y Turismo, entendido como el desarrollo de habilidades para generación y consolidación de iniciativas locales de empleo y aumento de la productividad local. Este decreto fue derogado por el decreto 101 de 2010.

Ares C, Ànimo de lucro y concepto de sociedad en Derecho Mercantil de la comunidad económica Europea, Estudios en homenaje a José Girón Tena, Civitas, Madrid, 1991, pag 731 y ss.

El Decreto 055 de 2007 asignó en las Secretarías de Despacho del Distrito Capital la función de autorizar a las entidades adscritas y vinculadas a su respectivo sector, la celebración de contratos de apoyo, convenios de asociación y la enajenación de Bienes Fiscales a entidades sin ánimo de lucro.

Mediante el Art. 1 del Decreto Distrital No. 375 de 2007, se suprimió la autorización a los Fondos de Desarrollo para celebrar contratos o convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Nacional, sin que requieran obtener autorización previa.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en cumplimiento del artículo 48 del Acuerdo 257 de 2006 coloca a disposición de las Secretarías de Despacho los formatos de verificación de requisitos y resoluciones de autorización para la celebración de contratos de apoyo, convenios de asociación y la enajenación de Bienes Fiscales a entidades sin ánimo de lucro, formatos que debían ser diligenciados por la entidad que iba a contratar.

En el año 2009 las Alcaldías locales no contaban con un procedimiento claro de contratación con las entidades sin ánimo de lucro, y como quiera que no era necesario el concepto previo, hizo que cada administración e inclusive las Unidades Ejecutivas Locales, tomaran la iniciativa de sus procedimientos, lo cual será analizado en el capítulo del caso en específico.

Mediante el Art. 8 del decreto distrital 101 de 2010¹⁴ se dispuso: *“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 establecida en el Plan de Desarrollo Local que esté vigente”*.

Que el Art 8 del decreto 101 fue complementado por el Art. 1 del decreto 341 de 2010, y se dispuso que: *“Los/as Alcaldes o Alcaldesas Locales solicitarán al/a Secretario/a 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 007 de 2007 expedida por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor”*.

Como quiera que el decreto 101 de 2010 tuvo una falla técnica respecto de la transición del decreto, toda vez que el decreto se expidió el día 11 de marzo de 2011, y el párrafo primero del Art. 8 indicaba que se asumían las competencias de contratar, pagar y ordenar el presupuesto cuatro (4) meses después de la entrada en vigencia de 101, dejando sin competencia a los ordenadores de gasto del Distrito entre el 11 de marzo de 2010 y el 11 de julio de 2010, razón por la cual fue menester aclarar la situación mediante el decreto 153 de 2010, donde se dispuso que: *“Los compromisos contractuales*

¹⁴ Mediante este Decreto se buscaba la territorialización de la inversión.

adquiridos a la entrada en vigencia del Decreto 101 del 11 de marzo de 2010 y los procesos de selección y contratos que se hayan iniciado, se inicien o que suscriban los Secretarios de Despacho, los Directores de Departamentos Administrativos y de Establecimientos Públicos con cargo a los presupuestos de los Fondos de Desarrollo Local, durante el período de transición contenido en el artículo 8º ibídem y de acuerdo con las facultades antes señaladas, continuarán en cabeza de cada una de estas entidades hasta su liquidación, la cual deberá efectuarse dentro del término pactado en los respectivos contratos”.

En el Distrito Capital, luego de varios escándalos en el Consejo de la Ciudad, fue necesario volver a la autorización para la celebración de los convenios de asociación, lo cual se hizo a través del Decreto Distrital 341 de 2010, que dispuso en su Art. 1: *“Los/as Alcaldes o Alcaldesas Locales solicitarán al/a Secretario/a 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 007 de 2007 expedida por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor”.*

En el año 2011, luego de varios intentos de formalizar el tema del trámite de los permisos para la celebración de convenios de asociación, la Secretaría de Gobierno emitió la circular 007 de 2011, en la cual se disponen tiempos de entrega de las solicitudes y se establece una lista de documentos que a criterio de la Secretaría de Gobierno son los necesarios para la suscripción de convenios.

No obstante luego de haberse examinado el tema por parte de la Alcaldía Mayor se decidió derogar expresamente el Decreto 341 de 2010, lo cual se logró mediante el Art. 1 del Decreto 579 de fecha 14 de diciembre de 2011, en su lugar se ordena fomentar mecanismos de asistencia y acompañamiento técnico de dicha Secretaría al proceso de viabilización, elegibilidad y ejecución de proyectos de inversión de las localidades.

Lo anterior responde a la dinámica en la contratación de los convenios de asociación, donde no ha existido una política procedimental clara que permita que los recursos no se pierdan en el camino o que no lleguen a las comunidades.

II CAPITULO
DECRETO 777 DE 1992 A LA LUZ DE LA LEY 80 DE 1993 – LEY 1150 DE 2007 Y DECRETOS
REGLAMENTARIOS

En el presente capítulo se pretende hacer un análisis de algunos de los artículos más importante del Decreto 777 de 1992, a la luz del Estatuto Contractual para interiorizar el génesis de los mismos y cuál es el panorama contractual de las entidades sin ánimo de lucro actualmente.

1. Características principales de los contratos celebrados por Entidades Públicas con Entidades sin ánimo de lucro.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el Art. 1 del decreto 777 de 1992, subrogado por el Art. 1 del decreto 1403 de 1992, que dispone que:

“Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983”.

1.1 Reconocida idoneidad

Es necesario adentrarse en su redacción para entender el alcance de tal disposición normativa, en primer lugar deberá hablarse de la reconocida idoneidad, partiendo de la base que en el capítulo inmediatamente anterior se trabajó el tema de las entidades sin ánimo de lucro, para lo cual en principio deberá enunciarse lo que dispone el Art. 1 del decreto 1403 de 1992, que subrogó los incisos 2 y 3 del Decreto 777 de 1992 y dispone:

“Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado”.

En tal norma se buscaba que las entidades sin ánimo de lucro tuviesen reconocimiento público de sus actividades, teniendo en cuenta su naturaleza y la labor que desempeñaban, se trataba de magnificar la labor de la entidad y darle una connotación no

solo de reconocida sino también de idónea¹⁵, adjetivo éste que en un primer momento identifica que hay una correspondencia entre el querer de la administración y lo que tiene para ofrecer la entidad sin ánimo de lucro.

Para lo anterior hubiese sido suficiente que teniendo en cuenta nuestra actual legislación comercial¹⁶, se prescribiera verificar que el objeto de la entidad sin ánimo de lucro tenga una relación directa con el proyecto a desarrollar.

No obstante lo anterior, el mismo precepto normativo da el alcance a la reconocida idoneidad indicando que es igual a la experiencia con resultados satisfactorios.

Se debe decir que la experiencia en la contratación estatal, ha sido un tema candente, teniendo en cuenta que a través de aquella se direccionaban pliegos de condiciones y se presentaban favorecimientos con puntajes altos en la forma de calificar, por esta razón en la ley 1150 de 2007 se trató de reformar el tema y se estableció que la experiencia era un requisito habilitante y por regla general no podía ser ponderable.

Con la solicitud de Registro Único de Proponentes (RUP), para aquellos contratistas que quieran contratar con el Estado, se buscaba que la Cámara de comercio certificara la experiencia del oferente, y dicho certificado bastara para realizar el correspondiente análisis.

Creemos que la norma que reglamenta el RUP¹⁷, es la que mejor recoge el tema de la experiencia y la clasifica en acreditada¹⁸, probable¹⁹, para clasificación²⁰, precisamente lo que se quería incentivar con la reforma a la ley 80 de 1993 a través de la ley 1150 de 2007, era que el contratista pequeño tuviese la oportunidad de participar en los procesos de selección y que no solamente se los ganara el contratista que siempre había

¹⁵ Definición de idóneo: Adecuación que existe entre las características de una persona o cosa y la función, la actividad o el trabajo que debe desempeñar

¹⁶ Artículo 99 Código de comercio: “La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.

Numeral 4. Art. 110 Código de Comercio: “El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél

¹⁷ Decreto 1464 de 2010

¹⁸ Experiencia acreditada: Es la experiencia del proponente que se relaciona directamente con el objeto contractual en un proceso de selección determinado, y la cual es verificada por la entidad contratante con base en la información adicional a aquella que consta en el RUP y que le solicite al proponente en el respectivo pliego de condiciones. Así mismo el parágrafo 1 del Art. 18 del Decreto 1464 de 2010 dispone que: En los procesos de selección, las entidades podrán solicitar a los proponentes información adicional sobre su experiencia, relacionada con asuntos no contemplados en el Registro Único de Proponentes

¹⁹ Experiencia Probable: Según el Art. 2 del Decreto 1464 de 2010, se define como: Es la experiencia del proponente derivada del tiempo en que ha podido ejercer la actividad, la cual se certifica de conformidad con el presente decreto, para efectos de la calificación

²⁰ Experiencia para clasificación: Según el Art. 2 del Decreto 1464 de 2010, se define como: Es la experiencia del proponente, que se toma en cuenta exclusivamente para efectos de su clasificación en el Registro Único de Proponentes

contratado y que tenía una amplia experiencia, se le abría la puerta a la verdadera competencia.

No obstante, resulta extraño que si el mismo decreto 1464 de 2010, solicita que la experiencia de las entidades que contratan con el estado, bajo cualquier modalidad de selección, deba ser certificada por la Cámara de Comercio, aún se estén haciendo verificaciones manuales²¹ de la experiencia de las entidades sin ánimo de lucro, aún cuando es la misma Cámara, la que tiene la obligación de registrar la experiencia, expedir y actualizar el RUP.

Como bien lo señala el Art. 6 de la ley 1150 de 2007, en concordancia con el Art. 3 del decreto 1464 de 2010: “**Todas** las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro único de Proponentes del Registro Unico Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal...”, por lo que tal requerimiento en principio se extiende para todos aquellos interesados en contratar con el Estado.

No obstante lo anterior, en el mismo Art. 6 de la norma ibídem se tiene que no será necesario tal registro de proponentes en los casos de contratación directa, como se analizará más adelante, los contratos o convenios celebrados en virtud del Art. 355 de la Constitución Nacional no constituyen una causal taxativa de contratación directa, no encuentra legalidad sino en virtud del Art. 355 de la Constitución y sus decretos reglamentarios.

Teniendo en cuenta que no se configura tal causal de contratación directa, es menester que dentro de los requisitos para la suscripción de contratos en virtud de la Constitución, el posible contratista aporte tal documento, donde se encuentre detallada no solamente su experiencia, sino también su capacidad jurídica, financiera y de organización, lo que a la postre evitará que se contrate con entidades sin ánimo de lucro de papel o que no cuenten con la capacidad logística o financiera para la adecuada ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Frente a los resultados satisfactorios de las entidades sin ánimo de lucro; ni en el momento de expedición del decreto 777 de 1992 ni hoy 19 años después, se han definido cuales son, por lo que se puede decir que los mismos son establecidos por la entidad estatal que va a contratar de manera subjetiva, dependiendo de la necesidad y del perfil del asociado, lo cual no puede llevar de ninguna manera a establecer relaciones contractuales con cualquier entidad sin ánimo de lucro, ni mucho menos que se acomoden estudios previos o necesidades para que tales entidades cumplan.

²¹ En las Alcaldías locales se hace una verificación somera de las certificaciones aportadas por la entidad sin ánimo de lucro, la misma se consigna en un documento y hace las veces de la verificación técnica en un proceso de selección objetiva, en el año 2009, antes de la expedición del decreto 101 de 2010 y del decreto 153 de 2010, la administración local hacia una revisión de la certificaciones aportadas por la entidad y las evaluaba como cumple o no cumple.

Los resultados deben acreditar capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro, por lo cual se acude a las reglas de la experiencia para definir tales capacidades y en las invitaciones a contratar se dispone cuales son los requisitos de carácter técnico y administrativo que serán objeto de verificación por la administración, sin embargo se advierte que no existe un modelo estandarizado mediante el cual se realice el análisis, simplemente se establecen unos requisitos y una vez se entrega la propuesta, la administración procede a verificar.

Se puede decir que el concepto de resultados satisfactorios es subjetivo y podría acreditarse con la simple liquidación de un contrato anterior, o con la certificación de la suscripción y terminación del contrato, documentos aquellos que no contemplan cuales fueron los verdaderos resultados de gestión de la entidad sin ánimo de lucro, tales indicadores deberían ser creados por las administraciones y enmarcados y cuantificados por el beneficio real a las comunidades, por el impacto social que generan en las poblaciones.

Lo anterior ha generado grandes inconvenientes para los ordenadores de gasto, toda vez que no existe certeza respecto de los documentos que deben ser verificados para indicar que un oferente cumple con lo establecido en la invitación efectuada y que ostenta una capacidad técnica y administrativa. En los estudios previos y en la invitación a la entidad sin ánimo de lucro se ha tratado de establecer cuales son los documentos que tendrán la potestad de servir de soporte de los correspondientes resultados satisfactorios.

Cada administración Distrital ha entendido la norma de forma disímil y en cada periodo de gobierno ha existido un procedimiento diferente, en la última vigencia, a partir del año 2010 se ha buscado tener un único criterio que verdaderamente defina las características de capacidad técnica y administrativa, lo cual serán expuesto en el capítulo siguiente.

1.2 Con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público

Esta frase puede tener varias interpretaciones, toda vez que el deber ser de la administración pública son los proyectos y programas de interés público, los recursos de las entidades públicas están destinados a satisfacer necesidades de las comunidades.

En este punto será menester indicar que para el año 1992, se encontraba en vigencia el decreto 222 de 1983 (estatuto de contratación), en el cual existía una división marcada entre los contratos de derecho público y los acuerdos de voluntades que se enmarcan en el derecho privado²². Se indicaba hasta cuales eran los requisitos que debían tener los

²² El Art. 17 del Decreto 222 de 1983 disponía que: “La calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la justicia contencioso administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la justicia ordinaria. PARAGRAFO: No obstante, la justicia contencioso administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad. Igualmente, en los contratos de derecho privado de la administración, en cuya formación o adjudicación haya lugar a la expedición de actos administrativos, se aplicarán a éstos las normas del procedimiento gubernativo conforme

contratos de derecho privado²³. Dentro de las modalidades de selección se tenía la licitación²⁴ y esta a su vez se dividía en licitación pública y licitación privada²⁵, acepción ésta que no era utilizada en el marco del derecho privado, sino hacia alusión a un procedimiento interno parecido a la modalidad hoy conocida como contratación directa.

Tal dicotomía entre derecho privado y público, que permeaba las relaciones contractuales desde 1983 hasta 1992 fue erradicada a partir de la expedición de la ley 80 de 1993, donde se dispuso que el objeto de dicha ley era “*disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales*”²⁶, lo cual fue ratificado por lo dispuesto en los Arts. 1, 12 y 13 de la ley 1150 de 2007, donde se indica que su objeto es dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos.

Así que el interés público, dista en la actualidad de la diferencia entre derecho público y derecho privado, y debe analizarse bajo la premisa general, que los presupuestos de las entidades estatales están para beneficiar a las comunidades y tienen per se una actividad de derecho público.

Ahora bien, como quiera que el artículo en estudio se está refiriendo a las entidades sin ánimo de lucro, deberá tenerse en cuenta que según los orígenes de las mismas y en atención a algunos planteamientos teóricos, aquellas son las que colaboran con el Estado en el cumplimiento de las finalidades que a él se le atribuyen, el servicio a la comunidad es el propósito inspirador de estas organizaciones²⁷ y en consecuencia los programas y las actividades de interés público están directamente relacionados con los fines que persigue la contratación estatal, consagrados en el Art. 3 de la ley 80 de 1993 que dispone: “...*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...*”

a este estatuto, y las acciones administrativas que contra dichos actos sean viables, estarán sometidas a las reglas de la justicia contencioso administrativa

²³ El Art 25 del decreto 222 de 1983 disponía que: Salvo disposición legal en contrario, la celebración de contratos escritos, administrativos y de derecho privado de la administración, se someterá a los siguientes requisitos.

²⁴ Art. 27 decreto 222 de 1983 definición de licitación: “la Licitación es el procedimiento mediante el cual, previa invitación, la entidad contratante selecciona entre varias personas, en igualdad de oportunidades las que proponga mejores condiciones para contratar”

²⁵ Art. 28 Decreto 222 de 1983: clases de licitación: “La licitación puede ser pública o privada, según que la invitación a contratar se haga públicamente a un número indeterminado de personas, siempre que reúnan los requisitos que señalen la ley y los reglamentos, o en forma directa a los posibles contratistas

²⁶ Las Entidades Estatales están consagradas en los literales a y b del Art. 2 de la ley 80 de 1993.

²⁷ Jaramillo Díaz, Juan Carlos, Entidades sin ánimo de lucro características y aplicaciones del régimen tributario, Ed Legis, cuarta edición, 2007, página 2

1.3 Que conste por escrito

En cuanto a que el acuerdo de voluntades conste por escrito, responde a una tradición escrita, pensando que la informalidad y la oralidad no tiene el alcance jurídico, hasta que tal acuerdo de voluntades se vierta en un documento, donde se establezcan las cláusulas que regirán la relación contractual, esta solicitud que el contrato conste en documento escrito se estipulo en virtud del Art 26 del Decreto 222 de 1983, que disponía tal condición en razón a la cuantía del contrato.

Es deber anotar en este punto que con los avances en la tecnología y haciendo carrera el tema digital, las formalidades de los escritos tienden a reformarse, sin embargo los contratos estatales en su mayoría se suscriben por escrito, recientemente bajo el Art. 5 del decreto 2516 de 2011²⁸, se dispuso que la Entidad manifestará la aceptación expresa e incondicional de la oferta y con la publicación de la comunicación de aceptación en el Secop el proponente seleccionado quedará informado de la aceptación de su oferta, y para todos los efectos hará las veces del contrato, sin embargo continúa siendo por escrito.

1.4 Se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares

Esta es una expresión propia del estatuto contractual de la época, a saber Decreto 222 de 1983, donde en la dinámica de la contratación estatal se hacía hincapié en la relación contractual que si bien era por parte del Estado, podía tener una relación de carácter privado, tema este que sería álgidamente debatido cuando se expusieron los motivos²⁹ para la expedición de la ley 80 de 1993 y se disponía que: *“...El estatuto proyectado está concebido como un conjunto normativo de aplicación general, es decir, de obligatoria observancia para todos los entes y organismos del Estado de las diferentes ramas del poder público, y en sus diferentes niveles”*.

Cuando se habla que una forma de contratar con el Estado se reglará por la contratación entre los particulares hace pensar que se crea un vínculo de naturaleza privada, pero que termina siendo a todas luces de carácter público, no solo porque una de las partes sea la Administración sino porque de por medio existen dineros de naturaleza pública, entregados a los ordenadores de gasto para que se hagan las inversiones pertinentes que lleguen a las comunidades, son objeto de revisión por parte de los órganos de control, genera responsabilidades de carácter disciplinario, fiscal y en ocasiones penal, en consecuencia, las relaciones contractuales donde estén involucrados dineros de naturaleza pública están en el marco del derecho público, y por tanto tal tipo de relaciones deben estar permeadas por el estatuto contractual definido desde la ley 80 de 1993,

²⁸ Mediante este decreto se reglamentó la mínima cuantía en la contratación estatal, atendiendo a lo dispuesto en el Art. 94 de la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción)

²⁹ Gaceta del Congreso Año I numero 75. Miércoles 23 de septiembre de 1992, página 11.

pasando por sus reformas y decretos reglamentarios en aquellos temas que no se haya reglado específicamente, que como se verá son varios.

Antes de la ley 80 de 1993 se tenía la idea de contratos administrativos y de derecho privado, lo cual reformó la citada ley consagrando la noción de contrato estatal como categoría única aplicable a toda relación jurídica contractual celebrada entre organizaciones con capital o patrimonio mayoritariamente estatal. Tal diferencia se solvento en la necesidad de definir la jurisdicción competente para juzgar un conflicto surgido en las relaciones contractuales, que por razón de la doble categoría implicaba con frecuencia que una parte del conflicto se entendiera propia de la jurisdicción ordinaria y otra de la contenciosa administrativa³⁰.

Pensar en que la contratación estatal exige las formalidades del derecho privado, es una concepción de la época en que se realizó el reglamento del Decreto 355 de la constitución y de tal suerte para efectos de los acuerdos de voluntades donde medie el erario público y la intervención de una entidad del estado se deberá aplicar el estatuto contractual de derecho público en aquellas circunstancias que no haya reglado el Decreto 777 de 1992, por lo que la redacción de tal Artículo en nuestros días debería ser que *...se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación estatal, en concordancia con lo previsto en el presente Decreto...*”.

Ha sido motivo de análisis que en vigencia del Decreto 222 de 1983, *“se había dejado a las regiones unas competencia de tipo residual, mediante la cual a nivel de asambleas y concejos municipales y distritales se podía dictar normas relativas a contratación, como si existiera un nivel federativo con competencia para legislar. Por lo que la ley 80 de 1993 buscaba asegurar la uniformidad de tratamiento a nivel de toda la administración, en los procesos contractuales, eliminando de esta manera, la pluralidad de regímenes que anteriormente existían y que afectaban la transparencia y eficacia de la administración”³¹.*

El Art. 13 de la ley 80 de 1993 dispone que: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley...”, lo que en principio significa que los contratos estatales se reglan por la ley 80 y a falta de disposición normativa se debe acudir a las disposiciones civiles y comerciales, por lo que acudir a las normas que rigen el derecho privado debe hacerse si y solo si en el estatuto contractual, no hay disposición normativa.

Lo anterior no significa que la ley 80 de 1993 haya derogado disposiciones contractuales preexistentes, en cuanto a especialidad de regímenes contractuales se refería, tampoco tuvo el alcance de derogar normas que estaban fuera del ámbito de acción del legislador y

³⁰ Cediell de Peña Martha Clemencia, artículo denominado REFLEXIONES RELATIVAS A LAS CLAUSULAS EXCEPCIONALES, dentro de libro Contratación Estatal: Aspectos Controversiales, memorias IV JORNADA DE CONTRATACIÓN ESTATAL, compilador: Felipe de Viviero Arciniegas, Ediciones Uniandes – 2007 página 16

³¹ SARMIENTO TORRES, Iziar Elisa – SARMIENTO TORRES, Maricel, Op. cit, pág 53.

no derogó disposiciones preexistentes que rigen materias en las cuales si bien presentan contratos, tiene un tratamiento especial en la Constitución, por cuanto no se tratan de materias puramente contractuales³².

Sin embargo al no aplicar el estatuto contractual en las relaciones contractuales de los convenios o contratos de asociación reglados en el régimen especial, significaría a la postre que existieran vacíos jurídicos, que serán analizados en el momento que se disponga a intervenir los temas que no reguló el Decreto 777 de 1992, y por tanto se reclama crear un procedimiento que no desconozca las labores benéficas de las entidades sin ánimo de lucro, pero que tampoco desatienda las normas que de la contratación estatal.

1.5 Sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983

Sea lo primero decir que a través del Artículo 81 de la ley 80 de 1993 se derogó expresamente el decreto 222 de 1983, figura contenida en el Art. 3 de la ley 153 de 1887³³, por lo que una vez derogada tal disposición en principio posteriormente a la expedición de la ley 80 de 1993, en los contratos originados en virtud del Art. 355 de la Constitución Nacional no podrían pactarse las cláusulas exorbitantes.

No obstante, teniendo en cuenta que la ley 80 de 1993 derogó expresamente el Decreto 222 de 1983, para todos los efectos, incluidos los del decreto 777 de 1992, deberá entenderse que en esos contratos de régimen especial es plausible pactar las cláusulas excepcionales, con lo cual se pretendía poseer el control sobre los posibles contratistas, y se deberán tener en cuenta los postulados del Art. 14 de la ley 80 de 1993.

Tal excepcionalidad ha sido definida como la regla en los negocios en los que la igualdad no existe, las cláusulas excepcionales, per se, no constituyen herramienta benéfica ni dañina; son solamente herramientas necesarias para asegurar la continuidad de la prestación³⁴.

Propugnar un contrato regido por el derecho privado en su totalidad no les conviene ni al Estado ni al contratista, se ha construido un espacio en el que los contratistas conocen que estas cláusulas forman parte del riesgo de contratar con la administración y ésta a su vez conoce los límites del ejercicio de aquellas³⁵.

Las antes llamadas cláusulas exorbitantes, hoy denominadas cláusulas excepcionales se encuentran definidas en el Art. 14 de la ley 80 de 1993, y son las de terminación,

³² SARMIENTO TORRES, Iziar Elisa – SARMIENTO TORRES, Maricel Op. Cit. Pág 55

³³ Art. 3 ley 153 de 1887: Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería

³⁴ Cediell de Peña Martha Clemencia, Op. Cita pg. 19.

³⁵ Cediell de Peña Martha Clemencia, Op. Cita pg. 22.

interpretación y modificación unilateral, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, solamente se pactarán cuando el contrato tenga por objeto el ejercicio de una actividad que constituya un monopolio estatal, la prestación de un servicio público, la explotación y concesión de bienes del Estado y los contratos de obra. Las entidades podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y en los de prestación de servicios. En el párrafo de la norma citada se encuentran especificados los contratos en los que no caben las mismas.

En consecuencia en los convenios de asociación es posible pactar las cláusulas excepcionales con el fin de tener la potestad de intervenir en el caso de incumplimiento del asociado o en caso de presentarse alguna de las situaciones definidas en la ley 80 de 1993.

2. Exclusiones de la aplicación del Decreto 777 de 1992 – contraprestación directa.

El Art. 2 Del Decreto 777 de 1992, dispone los temas que estarían excluidos de la aplicación de tal disposición normativa, donde llama la atención la exclusión cuando se celebren contratos con entidades sin ánimo de lucro que 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.

Para entender en debida forma esta exclusión es necesario analizar cuando existe una contraprestación directa, y será menester adentrarnos al derecho laboral en principio para evidenciar que según el Art. 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el Art. 14 de la ley 50 de 1990 que dispone: Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio.

Según algunos doctrinantes en los contratos regidos por la ley 80 de 1993, existen contraprestaciones mutuas, pues por un lado el particular cumple con una obligación de dar o hacer a favor de la entidad mientras que la entidad le paga al contratista por la prestación realizada³⁶.

A modo de ejemplo podrían revisarse los contratos de compraventa y los de obra, dentro de la contratación estatal, el primero está reglado por el Art. 1857 del C.C, el cual indica que la perfección de contrato se da cuando las partes han convenido en la cosa y el precio, de suerte que la naturaleza propia del contrato es que sea oneroso, y conmutativo, en la medida que las prestaciones a que da nacimiento se conocen ciertamente desde su celebración en forma que las partes pueden determinar el beneficio o la pérdida que van a reportar. Sólo excepcionalmente puede asumir la venta la naturaleza de un contrato aleatorio, en que la extensión de las obligaciones de los contratantes o la existencia de

³⁶ Blanco, José Vicente, artículo denominado evasión de la licitación a través del decreto 777 de 1992, publicado en página <http://contratacionestatal.blogspot.com/2008/11/la-evasin-de-la-licitacin-travs-del.html>

una ellas penda de un suceso futuro e incierto que no les permita establecer inmediatamente la ganancia o pérdida.

Ahora bien, en el contrato de obra es claro que el contratista está realizando una actividad (construir una obra) para entregarla a la entidad a cambio de una remuneración lo que quiere decir que el objeto del contrato implica una contraprestación a favor de la entidad consistente en la obra que se ejecuta a su favor y la misma puede ser ejecutada por cualquier persona pública o privada con ánimo de lucro, bajo el estatuto de contratación estatal³⁷.

El tema siguió su reglamentación bajo el Art.3 del el decreto 1403 de 1992, el cual adicionó un numeral y un párrafo al Art. 2 del Decreto 777 de 1992, disponiendo que también quedaría excluidos de tal disposición, aquellos 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”*. *que es precisamente lo que ocurre en los contratos de obra en los cuales el contratista ejecuta el objeto del contrato de acuerdo con las instrucciones que imparte la entidad pública*³⁸.

Se supone que bajo el régimen especial consagrado constitucionalmente, en la contratación de las Entidades sin ánimo de lucro, se propende es por el apoyo a las actividades que desarrolla tal persona jurídica, y no para el beneficio de la Entidad pública que contrata.

Es necesario que una vez se disponga que se contratará a través del convenio de asociación, se revise con sumo cuidado cuales son las actividades a desarrollar y si existe una contraprestación directa a favor de la entidad que implique que la modalidad de selección deba ser alguna definida en el estatuto contractual y de tal suerte se continúe con todo el clausulado en esos términos.

3. Autorización para celebrar los contratos del Decreto 777 de 1992

Frente a la autorización para celebrar los contratos según el Art. 4 del decreto 777 de 1992, subrogado por el Art. 4 del decreto 1403 de 1992, debe decirse en primer término, que se pensó en la necesidad de tal autorización en principio solo para algunas entidades a saber: *“establecimiento público, una empresa industrial y comercial del Estado o una sociedad de economía mixta sujeta al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado”*.

Sin embargo, en el Distrito Capital, se entendió que para la celebración de cualquier acuerdo de voluntades con entidades sin ánimo de lucro, era necesario tener autorización, de suerte que tal competencia se le asignó a la Secretaría General de la Alcaldía Mayor a través del Art. 7 del Decreto 854 de 2001, en la Administración de Luis Eduardo Garzón.

Que en el año 2007, la competencia antes delegada se le entregó a las Secretarías de Despacho a través del decreto 055 de 2007, entregándoles la función de autorizar a las entidades adscritas y vinculadas a su respectivo sector, la celebración de contratos de

³⁷ Blanco, José Vicente, artículo internet citado.

³⁸ Blanco, José Vicente, artículo internet citado

apoyo, convenios de asociación y enajenación de Bienes Fiscales a entidades sin ánimo de lucro.

En el mismo año la secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá mediante circular 017 de 21 de marzo, entregó a las Secretarías de despacho los formatos de verificación de requisitos y resoluciones de autorización para la celebración de contratos de apoyo, convenios de asociación y la enajenación de Bienes Fiscales a entidades sin ánimo de lucro.

Que la misma Alcaldía Mayor de Bogotá analizó que los Fondos de Desarrollo Local están consagrados en el artículo 87 del Título V del Decreto 1421 de 1993, de la "Descentralización Territorial", como entidades con personería jurídica y patrimonio propio. De acuerdo con la normatividad distrital, sus recursos se ejecutan a través de los ordenadores del gasto, esto es, Secretarios de Despacho y jefes o gerentes de entidad y en forma excepcional por los alcaldes locales, razón por la cual no pueden asimilarse a las entidades descentralizadas señaladas en el Decreto 1403 de 1992 y, por tanto, no les aplica el requisito de autorización previa para la celebración de contratos de apoyo o de asociación.

En lugar de tal autorización dispuso que Corresponde a los Alcaldes y Alcaldesas Locales y a los Directores o Gerentes del sector descentralizado, actuando como ordenadores del gasto de los Fondos de Desarrollo Local, la competencia para celebrar con cargo a los Fondos de Desarrollo Local contratos o convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Nacional, sin que requieran obtener autorización previa.

Como quiera que en las Alcaldías locales hubo una proliferación de convenios de asociación, en razón que a partir del decreto 101 de 2010, en su Art. 8, se delegó 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 establecida en el Plan de Desarrollo Local que esté vigente, por lo cual desaparecían las UEL³⁹, se entregaban más recursos a los Fondos de Desarrollo Local, sin incrementar el número de funcionarios, con mayores responsabilidades y con las labores que hacían aproximadamente siete entidades más.

La parte técnica en lo local debía recibir el apoyo de la entidad responsable que no hubiese manifestado la intención de desconcentrarse⁴⁰, sin embargo tal apoyo fue deficiente, sobre todo porque se entregaron más funciones con el mismo personal, lo que trajo como consecuencia que los ordenadores de gasto vieses en los convenios de

³⁹ Unidades Ejecutiva Local, con la que contaban varias entidades, como la Secretaría de Educación, la Secretaría de Integración Social, el IDU, El IDR, Secretaría de Salud, la EAAB y la Secretaría de Gobierno.

⁴⁰ Desconcentrar: permite al titular de una institución, por una parte, delegar en sus funcionarios u órganos subalternos las responsabilidades del ejercicio de una o varias funciones que le son legalmente encomendadas, excepto las que por disposición legal debe ejercer personalmente, y por otra, transferir los recursos presupuestarios y apoyos administrativos necesarios para el desempeño de tales responsabilidades, sin que el órgano desconcentrado pierda la relación de autoridad que lo supedita a un órgano central, como lo hizo la Secretaría de Ambiente, entregando a cada localidad aproximadamente cuatro (4) funcionarios.

asociación una forma expedita de cumplir con la ejecución del presupuesto y evitar a toda costa el castigo presupuestal por la inejecución de los recursos.

Tal sería la celebración de convenios de asociación en todo el Distrito Capital que fue necesario volver a la autorización de que trataba el Art. 3 del Decreto 777 de 1992, a través del Decreto Distrital No. 341 de 2010 que dispuso: “Los/as Alcaldes o Alcaldesas Locales solicitarán al/a Secretario/a 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 007 de 2007 expedida por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor.

El sustento principal de tal autorización se centró en las medidas respecto del ejercicio de las facultades delegadas por el Alcalde Mayor a los Alcaldes Menores para la celebración de contratos de apoyo y/o convenios de asociación y se indicó en los motivos que debía entenderse como entidad territorial correspondiente, aquella de la cual forma parte respectiva entidad descentralizada.

Los anteriores argumentos significó crear un nuevo requisito que no contemplaba el decreto reglamentario 777 de 1992, se evidencia que a través de un decreto Distrital se modificó un Decreto reglamentario de nivel nacional, se volvió a la interpretación del año 2001, dejando de lado, que ya en el 2007 se había dicho la naturaleza de los Fondos de Desarrollo Local y la razón por la cual no era necesario contar con una autorización previa para la celebración de los convenios de asociación.

No obstante lo anterior, la Administración Distrital evidenció que no había necesidad de obstaculizar la contratación de las Alcaldías Menores y debía fluir las competencias entregadas en el Decreto 101 de 2010, razón por la cual a través del Decreto 579 de 14 de diciembre de 2011, se derogó expresamente el Decreto 341 de 2010 y por tal razón se eliminó nuevamente la solicitud de autorización escrita para la celebración de convenios de asociación y se le entrega nuevamente la competencia al ordenador de gasto.

4. Garantías

Las garantías se pactan con el objeto de asegurar la correcta ejecución del contrato, el decreto 777 de 1992 solicita del contratista que se obligue a constituir garantías adecuadas de manejo y cumplimiento que finalmente garanticen el manejo adecuado de los recursos.

El Art. 7 de la ley 1150 de 2007 dispone que: “...*Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato...*” Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

El tema de garantías de los contratos estatales actualmente está reglado por el decreto 4828 de 2008, modificado por el decreto 2493 de 2009, en donde se regulan los mecanismos de cobertura del riesgo en los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, por medio del cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista a favor de las entidades públicas.

Según lo dispuesto en el Art. 1 del decreto 4828 de 2008, objeto de aplicación del decreto, a primera vista los contratos originados en el Decreto 777 de 1992 no estarían dentro de la aplicación de tal disposición normativa, sin embargo, nótese que el reglamentario de la contratación de entidades sin ánimo de lucro indicó que debía garantizarse el manejo adecuado de los recursos.

Para lograr tal manejo adecuado de los recursos es menester que la administración, prevenga el riesgo de incumplimiento de las obligaciones y se detenga con especial atención a los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones contractuales o legales.

Según lo dispuesto en el Art. 4 del Decreto 4828 de 2008, dentro de la cobertura del riesgo antes señalado deberán incluirse los amparos de buen manejo y correcta inversión del anticipo, devolución del pago anticipado, cumplimiento de las obligaciones incluyendo multas y cláusula penal pecuniaria cuando se haya pactado, pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones laborales, estabilidad de la obra, calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados, calidad del servicio.

Algunos de los amparos antes descritos de entrada no podrían ser solicitados en los contratos con entidades sin ánimo de lucro, tales como la calidad de servicio, propio de los contratos de prestación de servicios, o la calidad e los bienes suministrados, propia de los contratos de compraventa y suministro, o de estabilidad de la obra, propia de los contratos de obra, además si existe algún tipo de contraprestación a favor del estado con la ejecución del convenio no podría celebrarse el mismo.

Por otro lado, teniendo en cuenta que el anticipo y el pago anticipado son formas de pago, deberá tenerse mucho cuidado en que aquellos no sean la contraprestación directa al contratista, porque de serlo se desnaturalizaría la figura del régimen especial y estaría dentro de las exclusiones, se ha dicho últimamente que para tal fin en los contratos bajo el Art. 355 de la Constitución debe hablarse de desembolsos y no de pagos.

En principio, en los contratos con entidades sin ánimo de lucro, no debería pactarse ni anticipos, que son préstamos, ni pagos anticipados, que como su nombre lo indica es un pago que se hace sin la ejecución previa, porque al ser aquellas formas de pago, aún diciéndoles desembolsos, se trata de un pago que refleja ipso facto la contraprestación del contratista, y teniendo en cuenta también que el músculo financiero de las entidades sin ánimo de lucro, en muchas ocasiones no es robusto y puede generar mayor riesgo, no obstante si se pacta deberá garantizarse el 100% y será en virtud de la protección de los recursos. Este tema será analizado en detalle en el Capítulo IV del presente escrito.

El amparo de cumplimiento que incluya el pago de multas y de la cláusula penal pecuniaria, es necesario incluirlo en los contratos del régimen analizado, teniendo que las penalidades económicas se utilizan unas veces como mecanismo de sanción al incumplimiento total o parcial del contrato y otras como forma de apremio al obligado que se ha puesto en situación de retardo o de mora en la satisfacción de las prestaciones a su cargo. La cláusula que contiene una sanción dineraria por el incumplimiento total o parcial, pero definitivo, de las obligaciones contractuales, se denomina cláusula penal

pecuniaria. La que tiene como propósito castigar pecuniariamente la no ejecución de la prestación en tiempo debido, se llama multa⁴¹.

Las garantías se hacen necesarias con el fin que la administración proteja sus recursos, las mismas se pueden hacer efectivas en caso de incumplimiento, para lo cual se deberá agotar el trámite administrativo pertinente.

5. Interventoría

Dispone el Art. 6 del Decreto 777 de 1992, que la ejecución y cumplimiento del objeto del contrato se verificarán a través de un interventor, que podrá ser funcionario del Gobierno en los niveles nacional, departamental, distrital o municipal designado por la institución contratante. También se podrá contratar directamente la interventoría con personas naturales o jurídicas especializadas y de reconocida idoneidad en la materia objeto del contrato. Estos gastos, que no podrán exceder del cinco por ciento (5%) del valor del contrato, se imputarán al mismo.

El contrato de interventoria es aquel que busca controlar, vigilar, inspeccionar la celebración, ejecución, desarrollo y finalización de un contrato primigenio, instrumentando conocimientos científicos, técnicos y tecnológicos que son equivalentes o similares a quien presta las obligaciones en el contrato principal⁴².

La interventoría puede ser externa o interna, depende del análisis que realice la entidad y la naturaleza del contrato a intervenir en el respectivo estudio previo, donde se decidirá si es suficiente con el personal que tiene la entidad o si es necesario contratar la consultoría.

La confusión entre interventores externos y supervisores internos, trató de ser solventada a través de la ley 1474 de 2011, En su Art. 83 dispuso que: *“Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor⁴³ o un interventor⁴⁴, según corresponda.”*

La norma ibídem indicó que por regla general no eran concurrentes las labores entre supervisor e interventor, a no ser que la administración lo estime conveniente, con actividades repartidas.

⁴¹ Borja Avila Ramiro, Estudios jurídicos sobre contratación estatal, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2009, página 140.

⁴² Parra, Eurípides El Contrato de Interventoria, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, pág 37

⁴³ Supervisión: Definido en el mismo Art 83 de la ley 1474 de 2011 como: consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados.

⁴⁴ Interventoría: Definido en el mismo Art 83 de la ley 1474 de 2011 como: La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen

Frente a las responsabilidades de los interventores y supervisores será necesario acudir a lo reglado en el Art. 53 de la ley 80 de 1993, modificado por el Art. 82 de la ley 1474 de 2011 (estatuto Anticorrupción), para determinar tanto los consultores, asesores externos como interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente.

Si el contrato principal a ejecutar está por encima del valor de la menor cuantía de la entidad, la misma deberá pronunciarse sobre la pertinencia o no de contratar interventoría.

Frente al porcentaje del 5% para la interventoría cuando el contrato principal sea ejecutado por una entidad sin ánimo de lucro, es menester señalar que la norma ha entregado dos interpretaciones diferentes, la primera de ellas indica que si el contrato principal es uno de los que trata el Art. 1 del Decreto 777 de 1992, se tendrá entonces que el valor de la interventoría no podrá ser superior del cinco por ciento (5%) del valor del contrato. Y la segunda indica que esa aplicación solamente podría ser plausible si la interventoría también se contrata con una entidad sin ánimo de lucro, de lo contrario tal porcentaje para las otras entidades no tendría aplicación.

Para la Contraloría de Bogotá, la interpretación es la primera y en varias auditorías a los convenios de asociación celebrados por el Distrito Capital se ha indicado que toda vez que se contrató la interventoría de contratos celebrados con entidades sin ánimo de lucro con un valor por encima del cinco por ciento (5%) del valor del contrato, se está inmerso en detrimento patrimonial.

La Secretaría de Gobierno en respuesta a la Contraloría y como lineamiento a las Alcaldías Menores ha soportado la teoría que en el Art. 6 del Decreto 777 de 1992, se deja la elección a la entidad bajo el verbo "PODRA", de suerte que no necesariamente se tiene el límite del cinco (5%).

Creemos que más allá del verbo al que atañe la Secretaría de Gobierno, existe una razón enmarcada en el sentir propio de los contratos de consultoría, que se celebren con entidades sin ánimo de lucro, para intervenir contratos de la misma naturaleza, ambos estarían dentro del régimen especial y sólo en ese momento sería menester aplicar el porcentaje indicado.

En el caso más gravoso de la gestión del interventor si se elabora un informe equivocado podría estar cometiendo el delito de falsedad ideológica contemplada en el artículo 286 del Código Penal (ley 599 de 2000).

6. Disponibilidad presupuestal

Al igual que los dispone el Art. 7 del decreto 777 de 1992, en el numeral 6 del Art. 25 de la ley 80 de 1993 se dispone que: "Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales, siendo este un requisito si el cual se podría dar inicio a la contratación con entidades sin ánimo de lucro.

La definición de certificado de Disponibilidad presupuestal, puede ser una de carácter legal: *“es el documento mediante el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos”*⁴⁵.

Este documento afecta preliminarmente el Presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia cada Empresa deberá llevar un registro de tales certificados que permita determinar los saldos de apropiación disponibles para expedir nuevas disponibilidades.

7. Incompatibilidades

La Constitución Política sienta como criterio general que cuando una persona ha sido designada o elegida para desempeñar unas funciones públicas, el designado no puede ejercer otras que sean contrarias a la investidura obtenida, y ordena al legislador desarrollar las causales de incompatibilidad⁴⁶.

Las incompatibilidades son sobrevinientes, es decir que estando bajo una investidura, no le es permitido desempeñar o realizar determinados actos, toda vez que podría estar incurso en una causal de pérdida de investidura o de sanción disciplinaria. Las inhabilidades son previas al desempeño del cargo o funciones públicas, por tanto quien se encuentra impedido bajo una inhabilidad no debe ejercer dichas funciones porque puede correr el riesgo de ser demandada su elección y anulada su credencial.

Las incompatibilidades otorgan la posibilidad de renunciar a la investidura que se posee con el fin de dar legalidad a una nueva situación. Cosa que no sucede con la inhabilidad, porque una vez una persona se encuentre inhabilitada no tiene ninguna alternativa para superar tal situación, toda vez que no depende de su voluntad.

Las incompatibilidades perduran mientras se ejerza el cargo o curul, porque una vez se renuncia a la investidura desaparecen; y si resulta algún impedimento para ejercer un nuevo cargo estaríamos frente a una inhabilidad

La Corte Suprema de Justicia señala que *“la inhabilidad es aquella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otras. La constitución y la ley son los encargados de señalar esta circunstancia”*⁴⁷, En el Decreto 777 de 1992 no se estableció el tema de las inhabilidades, sin embargo al dársele el mismo tratamiento a las incompatibilidades ya las inhabilidades, deberá entenderse que en el tema de las incompatibilidades se encerró el de las inhabilidades.

⁴⁵ Art. 19 Decreto Distrital 195 de 2007

⁴⁶ Parra Gutierrez, William René, Los Contratos Estatales, Cuarta Edición, Ediciones Librería El profesional, 1999, página 58.

⁴⁷ Sala plena de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de fecha junio 9 de 1988.

8. Constitución y Vigencia

Dispone el Art. 12 del Decreto 777 de 1992, que las entidades sin ánimo de lucro deben estar constituidas con seis (6) meses de antelación a la celebración y tener vigente el reconocimiento de su personería jurídica.

Bastará señalar que a través del Art. 40 del Decreto 2150 de 1995, se suprimió el acto de reconocimiento, como quedó dicho en el capítulo inmediatamente anterior, así como el tema atinente al registro de las entidades sin ánimo de lucro en las respectivas cámaras de comercio con un requisito adicional de que deben estar constituidas con seis (6) meses de antelación.

Se abre un cuestionamiento directo a dichos seis (6) meses, tendientes a definir si en este lapso de tiempo una entidad sin ánimo de lucro puede llegar a tener experiencia y resultados satisfactorios para poder contratar, de conformidad como lo exige el Art. 1 del Decreto 777 de 1992.

Es de anotar que en virtud de lo establecido en el Art. 2 del Decreto reglamentario 427 de 1996, existen entidades sin ánimo de lucro que tiene la obligación de registrarse en la cámara de comercio y otras que no.

El numeral segundo del Art. 1 del decreto 341 de 2010 dispuso que era competencia de los Alcaldes Locales constatar la vigencias de las Entidades sin ánimo de lucro y así mismo tal requisito se encuentra en una de los ítems que las entidad debe verificar a propósito de la circular 17 de 2007, emanada por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

Según el numeral 26 del Art. 189 de la Constitución Política corresponde al Presidente de la República la inspección y vigilancia de la entidades de utilidad común, esta obligación fue delegada en los Gobernadores y en el Alcalde Mayor a través de la ley 22 de 1987. Mediante el Decreto 059 de 1991, se dictan las normas sobre cumplimiento de las funciones de inspección y vigilancia sobre las entidades de utilidad común que tengan domicilio en la ciudad de Bogotá.

Bajo tales disposiciones se permitía a la Alcaldía decretar o pedir la separación del cargo de representantes legales o de cualquiera de los dignatarios de las entidades cuando se ha comprobado la violación a los estatutos o la ley, prevé incluso la suspensión y cancelación de la persona jurídica de oficio o a petición de parte⁴⁸.

Teniendo en cuenta que la dependencia de personas jurídicas dentro de la Alcaldía Mayor es la encargada de realizar la inspección y vigilancia de las entidades sin ánimo de lucro, la misma genera un certificado, donde se evidencia si la entidad sin ánimo de lucro está

⁴⁸ Jaramillo Juan Carlos, Entidades sin ánimo de lucro Características y aplicaciones del régimen tributario, Ed. LEGIS, Cuarta Edición, 2007, Bogotá, pág. 30-31

inscrita, si ha actualizado sus estados financieros y sobre todo si presenta multas por ejecución o tiene algún tipo de sanción.

Este fue otro requisito que aún cuando no aparece en ninguno de los formatos, ni el listado de requerimientos para la celebración de contratos de que trata el Decreto 777 de 1992, se solicitó de las entidades sin ánimo de lucro por parte de de la Secretaría de Gobierno, a partir de la expedición del Decreto 341 de 2010, con el fin de constatar que las mismas no hayan sido sancionadas, que su inscripción aún este vigente, con la presentación de los respectivos estados financieros.

La razón de la exigencia de tal requisito se enmarco en que existían muchas entidades sin ánimo de lucro que no se encontraban debidamente inscritas ante la entidad que lleva a cabo la inspección y vigilancia, sin embargo nótese que este fue otro requisito que no trae la norma primigenia y que se creó por la entidad que realiza actualmente la autorización o permiso, es decir la Secretaría de Gobierno del Distrito Capital.

9. Terminación Unilateral.

El Art.15 del decreto 777 de 1992, estableció que La entidad contratante podrá dar por terminados unilateralmente los contratos con las entidades a que se refiere el presente Decreto y exigir el pago de los perjuicios a que haya lugar, cuando éstas incurran en incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Debe decirse que ya el Art. 1 del decreto 777 de 1992, indicaba que *... sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983*”, las mismas estaban definidas en el Art. 19 del Decreto 222, donde se tenía la cláusula de terminación unilateral cuando graves motivos posteriores al perfeccionamiento del contrato o sobrevinientes dentro de su ejecución, determinen que es de grave inconveniencia para el interés público el cumplimiento del objeto del contrato, éste podrá darse por terminado mediante resolución motivada. Contra esta resolución procede solamente el recurso de reposición, sin perjuicio de las acciones contencioso administrativas que pueda intentar el contratista.

En la ley 80 de 1993, cambió la denominación de cláusulas exorbitantes por excepcionales y ene el Art. 17 de la misma se dispuso la terminación unilateral por: 1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga. 2. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista. 3. Por interdicción judicial de declaración de quiebra del contratista. 4. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Para la doctrina actual, La terminación anticipada y unilateral del contrato procede en diversas hipótesis que no constituyen incumplimiento por parte del contratista, pero sin embargo hace necesario ponerle fin prematuramente a la ejecución de las obligaciones contractuales, a pesar de no haberse satisfecho íntegramente el objeto de la relación

negocial, ni haberse vencido del término pactado o su prórroga. Cuando la necesidad de terminar anticipadamente el contrato es la consecuencia del incumplimiento del contratista, procede la declaración de caducidad⁴⁹.

Nótese que el Art. 15 analizado, hace referencia a lo dispuesto en el Art. 19 del Decreto 222 de 1983, sin embargo este fue derogado por el Art. 81 de la ley 80 de 1993 y en principio existiría una derogatoria tácita de tal artículo y de tal suerte se aplicaría el contenido del Art. 17 de la ley 80 de 1993.

Frente a las causales de terminación unilateral, según la doctrina debe verificarse la trascendencia del hecho frente a la satisfacción del objeto contractual, porque el objetivo final siempre es el cumplimiento de las obligaciones, de donde se concluye que si la ocurrencia de la causal es inocua, no debe utilizarse la facultad de terminación unilateral porque así se desconocería el interés general de la oportuna, eficiente y eficaz satisfacción de las necesidades públicas y el injustificado sacrificio de los derechos e intereses del contratista⁵⁰.

Teniendo en cuenta lo señalado en párrafos precedentes respecto de las cláusulas excepcionales, si lo que quiere la entidad es la terminación anticipada por grave incumplimiento del contratista, cuya naturaleza sea de tal estirpe que paralice o amenace impedir la ejecución del contrato de modo que no se pueda cumplir con su objeto, entonces lo que se puede generar es la caducidad administrativa⁵¹.

10. Sanciones

Se señaló en el Art. 16 del Decreto 777 de 1992 que la violación de las prohibiciones previstas en el presente Decreto dará lugar a la aplicación de lo dispuesto por el artículo 13 del Decreto 222 de 1983, el cual disponía: “... *obligará al representante legal de la respectiva entidad a dar por terminado el contrato y a proceder a su liquidación en el estado en que se encuentre, sin que haya lugar a reconocimiento o pago de indemnización alguna. La entidad, además, hará efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato*”.

El numeral 2 del Art. 44 de la ley 80 de 1993 dispuso como casual de nulidad absoluta que se celebren contratos contra expresa prohibición constitucional o legal, si llegase a ocurrir se dispuso en el Art. 45 ibidem: En los casos previstos en los numerales 1o. 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

Téngase en cuenta que en el Decreto 777 de 1992 no hay prohibiciones, el Art. 2 ibidem hizo alusión a exclusiones para la aplicación del decreto, por lo que haciendo una

⁴⁹ Borja Avila Ramiro, Estudios jurídicos sobre contratación estatal, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2009, página 123.

⁵⁰ Borja Avila Ramiro. Op. Cit, pág. 129

⁵¹ Borja Avila Ramiro. Op. Cit, pág. 131.

interpretación extensiva deberá tenerse la prohibición como exclusión y en caso de tipificarse lo procedente será la nulidad absoluta. Nótese que la cláusula penal, estaba dispuesta únicamente para hacerse efectiva si se violaban las prohibiciones pertinentes en el Decreto 777 de 1992, sin embargo no se pactaba para efectos de tasar previamente los perjuicios ni nada tenía que ver con el incumplimiento total de las obligaciones, este tema será analizado en el capítulo IV del presente escrito.

CAPITULO III

CONTRATACIÓN DIRECTA, SELECCIÓN OBJETIVA, CONCEPTOS DE CONTRATOS Y CONVENIOS Y DIFERENCIA ENTRE CONTRATO DE APOYO Y CONVENIO DE ASOCIACIÓN

En el presente capítulo me permitiré Analizar en primer lugar el contrato del Art. 355 de la Constitución Nacional a la luz de las causales de contratación directa contemplada en el Art. 2 de la ley 1150 de 2007 y los Art. 81 y s.s del Decreto 2474 de 2008, en segundo lugar tal tipo de contratación frente a la selección objetiva, estudiando el concepto de contrato y de convenio, culminando con la diferencia que existe entre contrato interadministrativo, convenios y convenios de asociación para dilucidar si verdaderamente existe tal diferencia entre el contrato de apoyo de que trata el decreto 777 de 1992 y los convenios de asociación del Art. 96 de la ley 489 de 1998.

1. CONTRATACIÓN DIRECTA, NATURALEZA Y ALCANCE

La modalidad de selección denominada hoy contratación directa, es otra de las formas mediante la cual se puede contratar con el Estado, aún cuando se pueda pensar a la ligera que es una forma de contratar con cualquier persona la ejecución de los recursos públicos, debe decirse de entrada que ha sido preocupación del legislador reglamentarla con el fin de evitar casos de corrupción en la contratación estatal.

La contratación directa constituye, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, un mecanismo de carácter administrativo generador de actuación de esta misma naturaleza, tendiente a la selección de contratistas para las entidades estatales en los casos que taxativamente indica el legislador⁵², fue deseo original del legislador el de impedir y reprochar cualquier posibilidad de arbitrariedad o subjetivismo a través de la llamada contratación directa⁵³.

En el Art. 29 del Decreto 222 de 1983 se disponía que: "*Habrá obligación de efectuar licitación pública en todos los casos en que no se permita la licitación privada o la contratación directa, de acuerdo con las normas establecidas en este estatuto*". Bajo el principio de Transparencia, en el Art. 24 de la ley 80 de 1993 se indicaba que la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público⁵⁴, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente, entregando una lista de casos en los cuales se podía contratar de tal forma, advirtiendo además que hasta el que el gobierno no regulara la materia no podría ser utilizada so pena de generar nulidad del procedimiento⁵⁵.

El procedimiento de la contratación directa es del todo excepcional, y por lo tanto de aplicación e interpretación restrictiva, y de imposible extensión a casos no señalados de manera expresa por el legislador. Con este nombre el legislador quiso identificar un

⁵² Santofimio Gamboa Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo contratación indebida, Universidad Externado, 1era edición, Bogotá - Colombia, 2004, página 222.

⁵³ Santofimio Gamboa Jaime Orlando, Op. Cit. Pag 224.

⁵⁴ Las expresión "Concurso" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007

⁵⁵ Parágrafo 2 del Art. 24 de la ley 80 de 1993

proceso simplificado de escogencia de contratistas, donde deben reinar en forma plena los principios básicos de la contratación⁵⁶.

La ley 80 de 1993, una vez expedida, en el parágrafo del Art. 24, estableció que el Gobierno Nacional dentro de los 6 meses siguientes a su promulgación, debía expedir un decreto reglamentario de contratación directa, cuyas disposiciones garantizaran los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos, así nació el Decreto 855 de 1994, que sería derogado posteriormente por el Decreto 2170 de 2002 y este a su vez derogado por la ley 1150 de 2007 y por sus decretos reglamentarios.

El Art.2 del Decreto 855 de 1994 o reglamento de la contratación directa, indicaba: *“En la contratación directa el jefe o representante de la entidad estatal, o el funcionario en que se hubiere delegado la competencia, debería tener en cuenta que la selección del contratista deberá garantizar el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial, del deber de selección objetiva establecidos en la ley 80 de 1993”*.

En la contratación directa, por mandato del Art. 16 del Decreto 855 de 1994, se establece una preferencia para la adjudicación a cooperativas, microempresas, fundaciones, juntas de acción comunal y demás entidades de naturaleza similar que tengan su sede en donde debe ejecutarse el contrato, a quienes se podrá seleccionar preferencialmente cuando sus ofertas se encuentren en condiciones de igualdad con las demás ofertas.

La ley 80 de 1993, en el literal a) del Art. 24 señala los eventos en los cuales se aplica el trámite de la contratación directa, descripción en la cual se observa una concreción de las causales que traía el Art. 43 del Decreto 222 de 1983 y una ampliación de algunas de ellas, las causales esbozadas tienen en principio una aplicación lógica, ya sea porque no amerite el prolongado trámite de la licitación o porque no la naturaleza del asunto o la exigencia del servicio obliguen a adelantar un procedimiento más breve⁵⁷.

La Corte Constitucional⁵⁸ indicó que: *“se reitera que la potestad de la contratación directa debe ejercerse con estricta sujeción al reglamento de contratación directa, actualmente consignado en el decreto 855 de 1994, cuyas disposiciones, conforme al parágrafo del Art. 24 de la ley 80, precisamente, buscan garantizar y desarrollar los principios de economía, transparencia y en especial, el deber de selección objetiva establecidos en el estatuto contractual”*.

Las causales de contratación directa fueron enlistadas en el numeral 1 del Art. 24 de la ley 80 de 1993, el cual fue derogado por el Art. 32 de la ley 1150 de 2007, sin embargo por el momento histórico en el que se estipularon, se encontraba vigente la contratación del Art. 355, por lo cual es necesario hacer alusión a las causales contempladas en un primer momento por la ley 80, a saber:

⁵⁶ Santofimio Gamboa Jaime Orlando, Op. Cit. Pág 223.

⁵⁷ Palacio Hincapie Juan Angel, los Contratos de las Entidades Estatales, Librería jurídica Sanchez R. Ltda, 5ta edición, 2005, Medellín – Colombia, página 220

⁵⁸ En sentencia C- 40 del 26 de enero de 2000, exp 2457, M.P: Fabio Morón Díaz

- a) Menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se aplica la presente ley, expresados en salarios mínimos legales mensuales. B) Empréstitos. C) Interadministrativos, con excepción del contrato de seguro. D) Para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas. e) Arrendamiento o adquisición de inmuebles. F) Urgencia manifiesta g) Declaratoria de desierta de la licitación o concurso. H) Cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación. I) Bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional. J) Cuando no exista pluralidad de oferentes. K) Productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas. L) Los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios. M) Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta Ley.

Según la doctrina: *“La contratación directa no constituye en modo alguno, una excepción al postulado garantístico y protector del interés general y del patrimonio público que los procedimientos de selección de contratistas se ajustan a los principios rectores y fundamentadores de la contratación estatal”*⁵⁹.

Los principios de la contratación contenidos en la ley 80 de 1993, y en ellos están contenidas las principales premisas que deben ser acatadas por los ordenadores de gasto para adelantar cualquier proceso de contratación, de no cumplir con tales principios legales, se podría colocar en riesgo el erario público, en concordancia con los principios consagrados en el Art. 209 de la Constitución Nacional⁶⁰.

De la mano de la naturaleza facultativa de la contratación directa aparece el carácter de taxativo⁶¹ de los eventos que dan lugar a su utilización, lo cual quedó plasmado el Art. 1º del Decreto 855 de 1994, donde se dispuso que. “las Entidades Estatales podrán

⁵⁹ Santofimio Gamboa Jaime Orlando, Op. Cit. Pág. 224

⁶⁰ ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.//Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la Ley.” Por su parte el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 dispone: “De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo

⁶¹ Pino Ricci, Jorge, Op. Cit 229.

contratar directamente, en los casos expresamente señalados en la ley 80 de 1993, y deberán ceñirse a lo establecido en este reglamento”.

Teniendo en cuenta la realidad económica e histórica del país, permeada por altos niveles de corrupción, era necesario lograr una reforma al estatuto contractual, la cual pudo ser evidenciada en los documentos CONPES 3186⁶² de 2002 y 3249⁶³ de 2003, este último contó con el apoyo del Banco Mundial, y del cual se desprendió un estudio denominado *“Informe de Evaluación de Adquisiciones del País”* –CPAR, el cual identificó como principales fallas de la contratación pública: 1. Dispersión normativa que convirtió la aplicación de la Ley 80 en una cosa casi excepcional; 2. Procesos de selección rígidos; 3. Inexistencia de armonización entre normas presupuestales y normas contractuales y 4. Existencia de vacíos normativos que facilitan la corrupción.

Como respuesta a las necesidades que se vivían en esos momentos fue necesario reformar la ley 80 de 1993, con el ánimo de lograr mayor eficiencia, transparencia y aminorar los niveles de corrupción, no obstante es necesario decir que no se trata de un problema de normas, se acerca es más bien a un inconveniente de naturaleza cultural, donde los administrados no reconocen en los dineros públicos una responsabilidad del conglomerado, sino que los gobernantes de turno ven la oportunidad de enriquecerse a costa de la inversión pública y en contra del desarrollo, no obstante se reforma la ley 80, a través de la ley 1150 de 2007.

En un país donde los grandes servicios públicos no se encuentran a cargo exclusivo del Estado y donde las normas sobre compras y adquisiciones públicas se han incorporado a una ley cuya aplicación obliga, con no poca frecuencia, a incrementar los costos de los bienes y servicios requeridos y cuyas modulaciones a la postre se encaminan a la búsqueda de fines muy diferentes del de hacer más eficientes las tareas del Estado. Éste es el caso colombiano, el que equivocadamente se aspira a corregir la corrupción mediante las reglas que regulan la contratación pública”⁶⁴.

En el tema de modalidad de selección a través de contratación directa, debe decirse que el numeral 4 del Art. 2 de la ley 1150 de 2007, estableció que la misma, solamente precede en los casos de urgencia manifiesta, contratación de empréstitos, contratos interadministrativos, contratos de bienes y servicios en el sector defensa y en el DAS, que necesiten reserva para su adquisición, contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas, contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el acuerdo de reestructuración de pasivos a que se refieren las leyes 550 de 1999 y 617 de 2000 y las normas que las modifiquen o adicionen, siempre y

⁶² 3186 denominado: *“Una política de Estado para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”*. Bogotá, Julio 31 de 2002, p. 19.

⁶³ 3249 *“Política de Contratación Pública para un Estado Gerencial”*, el 20 de octubre de 2003

⁶⁴ Cediell de Peña Martha Clemencia, artículo denominado REFLEXIONES RELATIVAS A LAS CLAUSULAS EXCEPCIONALES, dentro de libro *Contratación Estatal: Aspectos Controversiales*, memorias IV JORNADA DE CONTRATACIÓN ESTATAL, compilador: Felipe de Viviero Arciniegas, Ediciones Uniandes – 2007 página 18

cuando los celebren con entidades financieras del sector público, cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado, contratación para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales y en el arrendamiento o adquisición de inmuebles.

Las anteriores causales son taxativas, no existen otras razones para contratar directamente, sin embargo aparece el régimen especial contenido en el Art. 355 de la Constitución Nacional, el cual ha sido contratado por la Administración Distrital como si se tratara de una contratación directa, teniendo en cuenta que se hace una invitación y sin un procedimiento contemplado en alguna norma diferente al Decreto 777 de 1992, se contrata con quien cumpla con las exigencias contenidas tanto en el solicitud de oferta como en la propuesta.

En algunas de las anteriores causales, la única consideración es quién será el contratista, v.g cuando no existan pluralidad de oferentes, porque solo existiría en el mercado una persona en la capacidad de solventar la necesidad de la Administración, en otros casos es necesario que se analicen las calidades de los posibles oferentes.

Como se mostrará en el capítulo siguiente, el procedimiento efectuado por la Administración Distrital, e incluso por la anterior Unidad Ejecutiva Local de la Secretaría de Gobierno, para contratar con entidades sin ánimo de lucro, ha sido un remedo de las causales de contratación directa, con el objeto de garantizar los principios generales de la contratación estatal, y así la administración se ha visto en la necesidad de acudir a diferentes decretos distritales con el ánimo de controlar la desmedida contratación a través de los convenios de asociación.

Actualmente si se contrata a través de la modalidad de contratación directa, en general, requiere que se dicte un acto administrativo que dé inicio al proceso, en el cual se justificará la contratación que pretenda realizar y la aplicación de la modalidad de contratación directa, el cual además contendrá los siguientes requisitos:

1. El señalamiento de la causal que se invoca como justificativa del procedimiento de excepción.
2. La determinación del objeto a contratar
3. El presupuesto para la contratación⁶⁵, en armonía con el CDP, previamente expedido por el jefe de presupuesto.
4. Las condiciones que se exigirían a los proponentes o al contratista.
5. La indicación del lugar donde podrán consultar los estudios y documentos previos.

De lo esbozado anteriormente, no se desprende en ningún precepto legal, que la contratación efectuada en virtud del Art. 355 de la Constitución Nacional, esté enmarcada

⁶⁵ Señala el autor Borja Ávila Ramiro, Op. Cit. Pag 268 que el requisito del CDP expresamente se exige en el estatuto contractual y en su decreto reglamentario 2474 de 2008, sólo para la licitación pública, la selección abreviada y el concurso de méritos, pero ese requisito debe cumplirse también en la contratación directa, por mandato del Estatuto Orgánico de Presupuesto, que tiene aplicación preferencial por ser una ley de superior jerarquía las comunes, como ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y ley 1219 de 2008.

en alguna causal de contratación directa. Por lo que a través de aquella modalidad no sería posible contratar; lo cual responde a la taxatividad antes enunciada.

Sin embargo, dándole alcance la contratación directa es que se han llevado los procedimientos, para que tal contratación esté vinculada obligatoriamente al estatuto contractual.

2. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA

A partir de la premisa que el Estado debe contratar con los mejores oferentes, con las mejores calidades, sin que medie ningún elemento subjetivo de quien escoge, ni haya existido arreglo previo en las condiciones que se solicitarán y que sean las que encajen en el perfil de un posible contratista, para que se loable este principio, quien tiene la obligación de contratar debe despojarse de cualquier tipo de interés y deberá garantizar que el procedimiento está permeado de transparencia y la invitación a varios posibles oferentes, que posteriormente se convertirán en propuestas deberán ser analizadas en debida forma por la administración.

La selección objetiva en la celebración de los contratos de que trata el Art. 355 de la Constitución Nacional, es un principio que puede llegar a ser una utopía, teniendo en cuenta que no es posible la escogencia de los mejores contratistas, con requisitos tan simples que no garantizan que el contratista que llegue a contratar con el Estado en virtud de tales convenios sean los más idóneos.

El Art. 1 del decreto 222 de 1983 disponía que: *“Los contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos), y los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto.... Las normas que en este estatuto se refieran a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el Título IV, se aplicarán también a los Departamentos y Municipio”*.

Lo anterior causaba bastantes vacíos, teniendo en cuenta que en virtud de tal decreto, cada ordenador de gasto, implementaba sus propias directrices, lo cual generaba que en cada entidad territorial se interpretara la norma en diferente forma y dependiendo de las necesidades; lo que se traducía en la existencia de inseguridad normativa tanto para la administración como para los mismos contratistas, quienes se encontraban con diferentes interpretaciones sobre la norma y dependía del lugar donde se contratara.

Lo que trajo como consecuencia que en la exposición de motivos⁶⁶ para la expedición de la ley 80 de 1993 se indicara que: *“...El estatuto proyectado está concebido como un conjunto normativo de aplicación general, es decir, de obligatoria observancia para todos los entes y organismos del Estado de las diferentes ramas del poder público, y en sus diferentes niveles”*.

La realización de un proceso selectivo público que aplique las ritualidades del Art. 30 de la ley 80 de 1993 genera en mayor medida la garantía plena del derecho a la igualdad de

⁶⁶ Gaceta del Congreso, Op. Cit, página 11.

oportunidades de los interesados frente a la administración, y en consecuencia la observancia de los principios de transparencia y el deber de selección objetiva⁶⁷.

El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas. Dentro de esta concepción, el contratista, además de estar vinculado al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, queda supeditado al cumplimiento de los fines del Estado, puesto que concreta el interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos⁶⁸.

El Consejo de Estado⁶⁹ ha dicho respecto de la selección objetiva que: *“uno de estos principios fundamentales de la contratación estatal es el llamado de transparencia, en virtud del cual el procedimiento para la escogencia del contratista es el previsto para la licitación o el concurso de méritos, así se garantiza que la invitación a contratar se haga públicamente y que en ella y a los fines que busca, sin tener en consideración factores de afecto o interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. Sin embargo, por excepción se admite la contratación directa. Por la naturaleza del contrato, por su cuantía, o por la existencia de factores o circunstancias especiales, el legislador autoriza a las entidades públicas para prescindir de la licitación o concurso y contratar directamente, lo que permite mayor agilidad y prontitud, aunque considera que en todo evento subsiste el deber de selección objetiva a que se refiere el Art. 29 de la ley 80 de 1993”*.

La realización de un proceso selectivo público que aplique las ritualidades del Art. 30 de la ley 80 de 1993 genera en mayor medida la garantía plena del derecho a la igualdad de oportunidades de los interesados frente a la administración, y en consecuencia la observancia de los principios de transparencia y el deber de selección objetiva⁷⁰.

La ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 disponen que los servidores públicos tendrán en cuenta que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones⁷¹.

La exposición de motivos del proyecto de ley de origen gubernamental que dio paso a la Ley 1150 de 2007 señala claramente su intención de realizar ajustes a la ley 80 de 1993,

⁶⁷ Pino Ricci, Jorge El régimen jurídico de los contratos estatales, Universidad Externado de Colombia, 1era Edición, 2005, página 229

⁶⁸ Sentencia C-128 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

⁶⁹ Sala de consulta y servicio civil. Concepto del 30 de enero de 1997, exp. 938. C.P: Javier Henao Hidrón, en Banco de Datos jurídicos

⁷⁰ Pino Ricci, Jorge Op. Cit. página 229

⁷¹ Borja Ávila Ramiro, Op. Cit. Pag 87.

con el objeto de introducir medidas para mejorar la eficiencia y transparencia en la gestión contractual y contrarrestar la corrupción⁷².

Así nació el Art. 5 de la ley 1150 de 2007, que dispone que: **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 ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.*

En el Artículo antes mencionado, se establece que los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: 1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo⁷³. 2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. Parágrafo 1: La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

En virtud del anterior Artículo, para cualquier modalidad de selección, es necesario que la administración garantice la objetividad de su procedimiento, tema éste que no debe ser ajeno en la contratación de que trata el Art. 355 de la Constitución Nacional, teniendo en cuenta que es necesario establecer factores de escogencia y calificación, los cuales no han sido estipulados en ningún precepto legal y lo que ha hecho la administración Distrital es remedar los procedimientos de otras modalidades, con el ánimo de generar lo menores vacíos normativos, sin embargo en ese ejercicio se corre el riesgo que los procesos no hayan sido los más claros para la escogencia de los posibles contratistas.

Con el sistema de selección objetiva, se eliminó la ventaja que existía a favor de los grandes y experimentados contratistas, quienes por el solo hecho de serlo, entraban a competir en las licitaciones con puntaje inicial a favor, sin embargo el avance que se consiguió en la reforma de la ley 1150 de 2007, se pierde y queda sin respuesta en la contratación efectuada a través del Decreto 777 de 1992, el cual desarrolla el Art. 355 de la Constitución Política de Colombia.

La selección objetiva crea incentivos para otros participantes en los procesos licitatorios, motivando la participación por unas condiciones más igualitarias; y lo que es más importante, todos los participantes deberán esforzarse más en la elaboración de sus propuestas en la parte técnica y económica, porque serán estos campos en los que se enfrentaran en la evaluación de las ofertas.

⁷² Exposición de motivos del proyecto de Ley 20 de 2005, Senado” en Gaceta del Congreso No. 458, 2005.

⁷³ Mediante Sentencia C-713 de 2009, el texto: “y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo” fue declarado exequible por la Corte Constitucional.

Las entidades licitantes deben procurar tener las suficientes herramientas y equipos humanos calificados, serios y profesionales que permitan definir cual es realmente la propuesta más favorable, en términos económicos y técnicos. De nada valdrá que los particulares presenten cada vez mejores propuestas para la entidad si, al final del proceso, la entidad no tiene la suficiente capacidad para identificar cual es la mejor de todas.

Se vulnera el principio de selección objetiva, cuando se invitan varias entidades sin ánimo de lucro, pero sólo una de ellas cumple con lo solicitado por la administración, o no hay una ponderación equitativa entre los invitados, asignando un mayor puntaje a algún tema en el que una entidad tenga mayor fortaleza o de alguna manera se intervenga en el normal desenlace de la convocatoria, o cuando se invita una sola entidad sin ánimo de lucro.

No tener en cuenta los preceptos anteriormente estipulados de contratación directa y de selección objetiva puede acarrear como consecuencia la responsabilidad penal por la celebración indebida de contratos, en cabeza del ordenador del gasto, como ya lo ha dicho la Corte Constitucional: *“cuando se transgreden los principios como el de selección objetiva, eludiendo el procedimiento preestablecido para privilegiar a unos contratistas en detrimento de otros, el beneficio de aquellos surge de la adjudicación de un contrato tramitado irregular e ilícitamente⁷⁴ y se estructura objetivamente el tipo penal aún en el evento de que el resultado favorezca a la administración y genere desventaja para el contratista⁷⁵”*.

3. EL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO

El Art. 1495 del C.C, define como sinónimos sin serlo, los términos contrato o convención, en el sentido de que se trata de un acto por el cual la parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Sin embargo, de antaño se ha admitido que esa definición corresponde solo a la noción de contrato, como una especie; y que convención es el género de los acuerdos de voluntades, porque este concepto incluye, además del contrato, a todo acuerdo de voluntades que tenga un objeto cualquiera, aunque no sea dar, hacer o no hacer alguna cosa⁷⁶.

Antes del decreto 2474 de 2008, no se hablaba de contrato interadministrativo sino de convenio interadministrativo, respecto de los cuales ha sostenido la doctrina que son aquellos utilizados para cumplir los fines Constitucionales y Legales que les compete a las entidades estatales, y se han referido en los siguientes términos:

“Los convenios se reservan en forma exclusiva para regular mediante acuerdo el cumplimiento de los fines impuestos en la Constitución y la ley. Son convenios interadministrativos los que se celebran entre entidades estatales para aunar esfuerzos que le permitan a cada una de ellas cumplir con su misión u objetivos. Cuando las

⁷⁴ Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Auto de 20 de agosto de 2002, radicado 18029

⁷⁵ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicados No. 23836 de 22 de mayo de 2006, 19383 del mismo año, 18754 de 5 de mayo de 2003 y 18608 de 17 de junio de 2004

⁷⁶ Borja Ávila Ramiro, Op. Cit. Pag 28.

entidades estatales concurren en un acuerdo de voluntades desprovisto de todo interés particular y egoísta, cuando la pretensión fundamental es dar cumplimiento a obligaciones previstas en el ordenamiento jurídico, la inexistencia de intereses opuestos genera la celebración de convenios. Los convenios celebrados de esta forma deben tener un régimen especial y, por consiguiente, distinto al de los contratos”⁷⁷.

La Ley 489 de 1998, en su artículo 95, reguló los Convenios Interadministrativos, como aquellos que se celebran entre las entidades públicas de cualquier orden, con el fin de desarrollar funciones propias de cada una de ellas, disponiendo que: *“Artículo 95. Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.*

Posteriormente como causal de contratación directa definida en el numeral 4 del Art. 2 de la ley 1150 de 2007, aparece el contrato interadministrativo, el cual fue reglamentado por el Decreto 2474 de 2008 y de tal suerte se celebran directamente con base en el literal c) del Artículo 24 de la Ley 80 de 1.993 y el art. 78 del Decreto 2474 de 2008, que al unísono señala: *“Las entidades señaladas en el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 celebrarán directamente contratos entre ellas, siempre que las obligaciones del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora. Cuando fuere del caso y de conformidad con lo dispuesto por las normas orgánicas de presupuesto serán objeto del correspondiente registro presupuestal”.*

En desarrollo del artículo 24, numeral 1º, literal c, de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 7º del Decreto 855 de 1994, permite a las entidades estatales celebrar Convenios Interadministrativos mediante el sistema de contratación directa sin necesidad de recurrir a licitación o concursos públicos.

El artículo 95 de la ley 489 de 1998 autoriza a las entidades públicas para que puedan asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios Interadministrativos, hoy contratos interadministrativos.

Que el Honorable Consejo de Estado⁷⁸ se ha pronunciado así, respecto de los convenios interadministrativos, hoy contratos interadministrativos: *“...los contratos interadministrativos, es decir, aquellos que celebren entre sí las “entidades estatales” a que se refiere el artículo 2o. de la ley 80 de 1993, este estatuto dispone: Que se celebrarán directamente, o sea con prescindencia de licitación o concurso públicos, excepto los de seguro, encargo fiduciario y fiducia pública (Ibidem, Arts. 24, numeral 1o., letra c. y 32, y decreto reglamentario 855 de 1994, art. 7o.); - Que en ellos se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales, tales como la de caducidad, las de interpretación, modificación y terminación unilaterales, y la de reversión (Art. 14 numeral 2o. y parágrafo).*

⁷⁷ Pino Ricci, Jorge, Op. Cit. Pag. 463

⁷⁸ Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Javier Henao Hadrón, 17 de octubre de 1995 – radicación No. 739

Para que exista tal contrato interadministrativo es necesario que los dos extremos de la relación contractual sean entidades del Estado, definidas en el artículo 2o. de la Ley 80 de 1993, es decir: *“la Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera que sea la denominación que ellas adopten, en todos los ordenes y niveles, y El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las Contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la Ley otorgue capacidad para celebrar contratos”*.

En Bogotá, D. C., conforme al artículo 87 del Decreto No. 714 de 1996, Estatuto de Presupuesto, en concordancia con el artículo 110 del Decreto Nacional 111 de 1996, *“Los órganos o entidades que conforman el presupuesto anual del Distrito Capital, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la que hacen parte y ordenar el gasto...”*. En este sentido, los contratos o convenios celebrados entre los órganos o entidades que conforman el presupuesto anual del Distrito Capital, serán interadministrativos⁷⁹.

Teniendo en cuenta la realidad contractual en el Distrito Capital, bajo esta modalidad de contratación se realizaron innumerables contratos que serían posteriormente razón de escándalos, entre ellos la contratación para el arreglo de la malla vial por parte del IDIPRON (Instituto para la protección de la niñez y la juventud), teniendo en cuenta que el objeto de tal entidad Distrital, nada tenía que ver con vías, sin embargo este contrato se hizo en casi la todas las Alcaldías.

Así mismo aparecían Universidades haciendo ejecución de proyectos sociales, sin tener siquiera relación con las mismas, casos UNAD, ALMA MATTER, entre otras. Así mismo aparecían universidades haciendo interventorías a las obras de la malla vial, caso Universidad Militar, sin que sus estatutos consideraran tal actividad de consultoría, por lo que se puede decir que a través de esta modalidad de contratación se vulneraban los procedimientos y se evitaban las modalidades de selección, contratando al finalizar la vigencia fiscal la mayoría de los proyectos con entidades de derecho público, unas de las cuales se crearon con el objeto de realizar tales contratos.

Lo anterior con el agravante de las ejecuciones deficientes por parte de las entidades de derecho público, que mostraron inconvenientes en los temas contratados, fueron

⁷⁹ Concepto 063 de 2008 emitido por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá – Dirección Jurídica Distrital

evidenciados no solo por la administración sino también por el conglomerado, quienes advirtieron la presencia no deseada de Entidades del Estado que estaban haciendo carrera en la contratación estatal sin el lleno de los requisitos contractuales, con ejecuciones que dejaban mucho que desear.

En el año 2011 tras la ley 1474 (Estatuto Anticorrupción), en su Art. 92, se modificó el literal c, del numeral 4, del Art. 2 de la ley 1150 de 2007, disponiendo que para que entidades sin ánimo de lucro de orden estatal no podrán celebrar convenios interadministrativos entre entidades, sino que deberán presentarse a las licitaciones públicas o selecciones previstas para diferentes contratos. Lo que significa que no se podrán realizar convenios interadministrativos entre entidades sin ánimo de lucro de carácter público, lo mismo quedó establecido para las universidades

4. DE LOS CONVENIOS

En principio se puede decir que la palabra Convenio, tiene varias acepciones, entre las cuales se destacan: *"Es el concierto de voluntades, expresado en convención, pacto, contrato, tratado o ajuste. Sinónimo de cualquiera de estos vocablos que implican acuerdo, por la elasticidad y uso generalizado que a convenio se le da; no obstante las diferenciaciones técnicas que en cada remisión se concretan"*⁸⁰. En el diccionario en línea se ha definido como: " el Acuerdo entre dos o más grupos sociales o instituciones por el que ambas partes aceptan una serie de condiciones y derechos. Documento legal en que figura este acuerdo, firmado por representantes de las dos partes"⁸¹.

La Secretaría General de la Alcaldía Mayor⁸², indicó que la doctrina ha tenido en cuenta la finalidad que pretende el acuerdo de voluntades, de tal manera que si estamos frente a un acto jurídico generador de obligaciones con regulación de intereses opuestos (particulares o unilaterales) estamos haciendo referencia a un contrato y si se pretende con el acuerdo cumplir con una obligación de orden legal (para el cumplimiento de fines comunes), estaremos frente a un Convenio.

Indica dicho concepto que todos aquellos acuerdos de voluntades celebrados por la entidad con personas de derecho público o privado, que tienen por objeto el cumplimiento de las obligaciones constitucionales, legales y reglamentarias de la entidad, para el logro de objetivos comunes. Los Convenios pueden no tener un contenido patrimonial, en términos generales y en ellos no se persigue un interés puramente económico. Con ellos se busca primordialmente cumplir con objetivos de carácter general, ya sean estos sociales, culturales o de colaboración estratégica.

4.1 CONVENIOS ESPECIALES DE COOPERACIÓN

Se pueden celebrar Convenios de Cooperación, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 393 de 1991, por medio del cual se dictan normas sobre asociación

⁸⁰ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II, pág. 365. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1997

⁸¹ Diccionario en línea: <http://es.thefreedictionary.com/convenio>

⁸² Concepto 063 de 2008 emitido por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá – Dirección Jurídica Distrital.

para actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, así: *"Para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías, la Nación y sus entidades descentralizadas podrán celebrar con los particulares convenios especiales de cooperación, que no darán lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica. En virtud de estos convenios las personas que los celebren aportan recursos de distinto tipo para facilitar, fomentar, desarrollar y alcanzar en común algunos de los propósitos contemplados en el artículo 2"*.

En este tipo de convenios, no existe régimen de solidaridad entre las personas que lo celebren, pues cada una responderá por las obligaciones que específicamente asume en virtud del convenio.

4.2 CONVENIOS DE ASOCIACIÓN

Los Convenios de Asociación, son el objeto del presente trabajo, en principio como ya se ha dicho están definidos en el Art. 96 de la ley 489 de 1998 el cual dispone que: *"...Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados 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. Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes..."*.

Nótese que la base constitucional de los convenios de asociación está dada por el Art. 355 de la Constitución Nacional, razón por la cual toda la normativa analizada en el capítulo I de este escrito, también la aplica a los convenios de asociación.

No hay antecedente que esta clase de acuerdo de voluntades esté codificado dentro de algún Estatuto Contractual, su regulación tiene su génesis en la ley y se soporta en la Constitución Nacional, sin embargo de lo decantado hasta el momento solamente se ha intentado hacer diferenciaciones por los operadores jurídicos de paso de la entidad que autorizaba su celebración de los convenios, es decir la Secretaría de Gobierno Distrital, quienes han terminado confundiendo los conceptos jurídicos y han terminado emitiendo directrices que van más allá de sus competencias y enredaron el tema de los convenios de asociación al punto de emitir un decreto distrital⁸³ para la autorización de la celebración de tales convenios, con ingredientes propios de la contratación estatal, que serán analizados en el capítulo siguiente.

Lo anterior generó confusión en las administraciones locales, donde la posición jurídica de la oficina jurídica de la Secretaría de Gobierno tuvo diferentes interpretaciones que serán estudiadas posteriormente y que confundieron a los ordenadores de gasto.

5. DIFERENCIAS ENTRE CONTRATO DE APOYO (DECRETO 777 DE 1992) Y CONVENIO DE ASOCIACIÓN (ART. 96 LEY 489 DE 1998)

⁸³ Decreto Distrital 153 de 2010

Tanto los contratos que se encuentran reglados por el Decreto 777 de 1992 como de los convenios de asociación, parten del Art. 355 de la Constitución Nacional, y en principio ambas modalidades son acuerdos de voluntades, de las que no se desprende la diferencia que se les pretende imputar desde la Administración.

Nótese, que aparentemente lo único que los diferencia es el nombre, en una reglamentación de decreto reglamentario (Decreto 777 de 1992) denominados contratos de apoyo, a la otra convenios de asociación (Art. 96 ley 489 de 1996), ambas normas vigentes, la segunda no modificó la primera de ninguna manera, ni tampoco la derogó o la subrogó y su sustento constitucional es el mismo, así como la los decretos reglamentarios.

Véase, el caso idéntico de los convenios interadministrativos, definidos en el Art. 95 de la ley 489 de 1998, que posteriormente fueron definidos por el literal c) del Artículo 24 de la Ley 80 de 1.993 y el art. 78 del Decreto 2474 de 2008, donde ya no aparecen como convenios, sino ahora fungen como contratos interadministrativos y no por ello se puede decir válidamente que exista una diferencia entre la relación contractual de dos entidades del Estado, ni que haya un interés particular de cada entidad, o que exista una contraposición de intereses, lo único que existe es una modificación en el nombre de la tipología contractual debidamente reglada y suficientemente documentada, que parte de la esencia de la relación contractual y por tanto de ninguna manera existe la confusión del cambio de convenio a contrato.

Como quiera que no existe fuente normativa dentro del estatuto contractual que haya establecido a los convenios de asociación como una causal de contratación directa y bajo el entendido que no se ha hecho un análisis acucioso en sus supuestas diferencias no por ello se pueden crear procedimientos, como los establecidos por la Secretaría de Gobierno Distrital, donde se solicitaba suprimir como fuente normativa de los convenios de asociación el Decreto 777 de 1992, bajo el entendido que ambas formas de contratar son diferentes y con un cuadro comparativo, en el cual se ilustró simplemente las principales diferencias entre contrato y convenio, en su naturaleza básica, y sin aterrizar en el tema específico de la contratación con entidades sin ánimo de lucro se originó tal directriz, la cual es contraria a derecho, toda vez que ello indica por encima que no se estaría aplicando el único decreto reglamentario de la norma que sustenta los convenios de asociación y por tanto el procedimiento utilizado de entrada presenta serios vacíos de sustento normativo.

El problema de la diferenciación entre contrato de apoyo y convenio de asociación, puede partir del uso del lenguaje, sin que se pueda perder de vista la esencia de la norma que regula tal tema, teniendo en cuenta que indistintamente de la forma como se llamen, los mismos son actos jurídicos celebrados con Entidades sin ánimo de lucro, con la aplicación de la misma normativa analizada en el primer capítulo del presente escrito, no hay razón de peso suficiente que tenga el poder de diferenciarlos.

Tanto los contratos de apoyo como los convenios de asociación, buscan un solo fin que es el cumplimiento de fines comunes, en ninguno de los dos hay ninguna contraposición de intereses, lo cual queda demostrado bajo la premisa que en una de las limitantes que ya quedó expuesta para la celebración de los contratos de apoyo es que no generen una contraprestación directa para la administración, que sucedería bajo el supuesto de

realización de obras, o entrega de bienes, entre otros, lo que ocurre también para con los convenios de asociación.

Para la revisión documental tanto en el contrato de apoyo como el convenio de asociación, se hace lo dispuesto en el decreto 777 de 1992 y en la circular 017 de 2007, expedida por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, razón por la cual no hay tal distinción que permita hablar de dos modalidades diferenciadas de contratación, lo que hizo el legislador fue nominarla de manera diferente en dos momentos históricos diversos, lo que no implica de ninguna manera que exista un régimen especial para cada una.

Tan así es que la denominación puede ser de manera diversa, que en la misma Alcaldía Mayor, se han hecho contratos de cooperación⁸⁴, sustentado en el Art. 355 de la Constitución, el Decreto 777 de 1992 y el Art. 96 de la ley 489 de 1998, si hubiese tal diferencia ambas normas serían excluyentes y no podría hacerse contratación en virtud de una con la ayuda de la otra y viceversa y si fueran distintos, hasta la fecha no se ha reglamentado el Art. 96 de la ley 489 y por tanto debe remitirse sin lugar a equívocos a lo consignado en el Decreto 777 de 1992.

Es de anotar que en el Art. 32 de la ley 80 de 1993, se impone que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales. Hacen parte del concepto de contrato previsto en las reglas especiales administrativas. Las entidades estatales pueden celebrar contratos definidos en el estatuto contractual, aquellos reglados por el derecho común y aquellos que surgen en virtud del cumplimiento del principio de autonomía de la voluntad. Las entidades estatales pueden, celebrar cualquier clase de contrato que les permita cumplir con las finalidades para las cuales han sido creadas⁸⁵.

Según lo establecido por el profesor Pino Ricci *“Como actos creadores de obligaciones tanto los contratos como los convenios pueden suponer la regulación o no de intereses opuestos. No existirán intereses opuestos en el caso de algunos contratos suscritos con entidades de cooperación, ayuda o asistencia, con entidades privadas sin ánimo de lucro, y en los convenios interadministrativos”*, argumento que confirma que no hay diferencia entre los contratos de apoyo y los convenios de asociación partiendo de su finalidad y de la base constitucional en la que se enmarcan.

Las entidades estatales pueden celebrar entre sí convenios y contratos. Para determinar el régimen jurídico aplicable en cada caso particular se impone el examen de la finalidad que pretende cumplirse con motivo de la celebración del acuerdo. Puede tratarse de actos jurídicos generadores de obligaciones con regulación de intereses opuestos, o puede tratarse de vínculos que solamente pretenden cumplir con una obligación de orden legal (convenios)⁸⁶, pero para el caso en análisis debe decirse que no habría distinción en el término de contrato de apoyo o convenio de asociación, ambos son acuerdos de voluntades celebrados con entidades sin ánimo de lucro.

⁸⁴ Convenio de cooperación institucional entre el Distrito capital - Alcaldía Mayor de Bogotá y la Caja de Compensación Familiar COMPENSAR de fecha 05 de noviembre de 1998

⁸⁵ Pino Ricci, Jorge, Op. Cit. Pag. 461

⁸⁶ Pino Ricci, Jorge, Op. Cit. Pag. 462

El Art. 355 de la Constitución Nacional indica que las Entidades del Estado podrá celebrar **CONTRATOS**, con entidades sin ánimo de lucro, entendiendo la palabra contrato como un acuerdo de voluntades. El legislador en su sabiduría, lo que hizo en la ley 489 de 1998, fue continuar ratificando lo establecido en el Decreto 777 de 1992, y de ninguna forma creó un régimen especial diferente al que ya existía, es la mera continuación de lo que ya se había pensado anteriormente. (énfasis añadido).

Es de anotar, que el Art. 96 ibídem puede presentar inconvenientes en su redacción, toda vez que indica que Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán asociarse con **personas jurídicas particulares**, mediante la celebración de convenios de asociación, lo que de ninguna manera equivaldría a decir que existía una brecha para contratar con cualquier persona jurídica con o sin ánimo de lucro, por que de serlo vulneraría todos los principios de la selección objetiva, y simplemente se realizarían convenios de asociación para solventar todas las necesidades de la administración, por eso el mismo artículo aclara que deberá darse aplicación al Art. 355 de la Constitución Nacional, donde sí se establece la contratación de entidades estatales con entidades **SIN ANIMO DE LUCRO**, luego para efectos del presente análisis si el contrato es con entidad sin ánimo de lucro su sustento normativo el ya indicado como uno solo y no como regímenes diferentes (énfasis añadido).

Acudiendo al principio general del Derecho, contemplado en el Art. 27 del Código Civil: “*si el legislador no distingue, no le es dable al interprete hacerlo*”, se puede decir que tratándose de convenios de asociación, debe darse aplicación a lo estipulado en el Art. 355 de la Constitución Nacional, decreto 777 de 1992, modificado por el Decreto 1403 de 1192 y el Art. 96 de la ley 489 de 1998 y no en forma separada como se ha pretendido por parte de la Administración Distrital.

CAPITULO No. IV

CASOS CONTROVERSIALES ENTRE LA APLICACIÓN DEL ESTATUTO CONTRACTUAL Y LA REGULACIÓN DEL DECRETO 777 DE 1992

Teniendo en cuenta la dinámica de las normas contractuales y que con base en aquellas se regulan las relaciones entre el Estado y los contratistas, es necesario analizar en el

presente capítulo aquellas situaciones que no fueron reguladas en el Decreto 777 de 1992 y que en consecuencia es necesario acudir al estatuto contractual con el fin de solventar las situaciones que pueden presentar vacío o diversas interpretaciones.

1. Anticipo y pago Anticipado

En principio debe decirse que el pago está definido en el Art. 1626 del C.C que dispone: *“El pago efectivo es la prestación de lo que se debe”*, y 1627 ibidem que establece: *“El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes”*. El pago busca extinguir una obligación, como bien lo dispone el literal a del el Art. 1625 del C.C⁸⁷.

El Anticipo y el Pago Anticipado se encuentran regladas en el parágrafo del Art. 40 de la ley 80 de 1993, donde se establece que: *“...PARAGRAFO. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato”*.

En los contratos celebrados en virtud del Decreto 777 de 1992, es común que se pacten como formas de pago los anticipos y pagos anticipados, sin embargo ni siquiera la propia ley 80 de 1993, define cuales son sus diferencias, por lo que se analizará tales figuras por separado con el ánimo de concluir si las mismas deben aplicarse a los convenios de asociación.

De acuerdo a lo establecido por la Procuraduría General de la Nación, en la cartilla de recomendaciones para la elaboración de estudios previos⁸⁸, la forma de pago definida debe mantener las condiciones económicas existentes al momento de la suscripción del contrato y facilitar su ejecución al contratista.

La Procuraduría ha definido al anticipo como la suma de dinero que se entrega al contratista para facilitarle el cumplimiento del objeto contractual. El anticipo no se considera pago y, por tanto, no extingue las obligaciones a cargo de la entidad. Continúa siendo de propiedad del contratante y debe ser amortizado.

La jurisprudencia ha dicho del anticipo que: *“En la práctica contractual administrativa con fundamento en la ley, lo usual es que la entidad pública contratante le entregue al contratista un porcentaje del valor del contrato, a título de anticipo, el cual habrá de*

⁸⁷ Art. 1625 C.C: Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula. Las obligaciones se extinguen en todo o en parte: 1) por solución o pago efectivo.

⁸⁸ Recomendaciones para la elaboración de estudios previos. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, Abril de 2010. Publicultural S.A., Pag. 19.

*destinarse al cubrimiento de los costos iniciales en que debe incurrir el contratista para la iniciación de la ejecución del objeto contratado*⁸⁹.

En otro pronunciamiento el Consejo de Estado estableció que: *“El anticipo es pacto en el contrato regulado por la ley, que proviene de la autonomía de la voluntad, que genera obligaciones y derechos recíprocos entre las partes, en momentos diferentes. En una primera instancia es obligación del contratante y derecho del contratista, de entregar y recibir – previa constitución de la garantía - , respectivamente, una suma determinada de dinero, con cargo a los recursos del contrato, con el objeto financiar al contratista en las prestaciones a su cargo (adquisición de bienes, servicios, obras etc.). En segunda instancia el anticipo, en su resultado, constituye una obligación del contratista y un derecho del contratante, en los siguientes aspectos: -De inversión en los objetos determinados en el contrato y de pago por amortización, por parte del contratista*⁹⁰.

Los dineros provenientes del anticipo deben ser empleados de acuerdo con el programa de inversiones debidamente aprobado por el supervisor o interventor del contrato. Dichos dineros no pueden destinarse a fines distintos a los relacionados con la ejecución y el cumplimiento del contrato, y tienen la condición de fondos públicos hasta el momento que sean amortizados mediante su ejecución, por lo cual, su manejo inadecuado, el cambio de su destinación o su apropiación darán lugar a las responsabilidades correspondientes⁹¹.

La entrega de anticipos se realiza con frecuencia en aquellos contratos de ejecución sucesiva, en los que las partes convienen un primer pago, que habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales en que deba incurrir el contratista. El contratista debe demostrar en qué invirtió el dinero, pues solo así se le podrán entregar los pagos subsiguientes, al respecto, la jurisprudencia ha señalado que *“las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato*⁹².

No en todos los contratos es dable estipular el anticipo, sino que el mismo se establece de acuerdo con la naturaleza del objeto a contratar y la inversión de recursos por parte del contratista para iniciar su ejecución, se pacta para aquellos contratos que por su naturaleza lo requieran verbi gratia en los contratos de obra.

Al anticipo⁹³ se le pueden atribuir ciertas características de índole jurisprudencial, a saber:
1. Es un préstamo que la entidad estatal hace al contratista, el dinero mantiene la calidad

⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, - expediente 13436 - tomo copiadador 457 - folios 335-346, M. P: Ricardo Hoyos Duque

⁹⁰ Consejo de Estado- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá, ocho (8) de agosto de dos mil uno (2001), Radicación número: AC-10966 - AC-11274

⁹¹ Procuraduría General de la Nación, Op. Cit. pág. 19

⁹² Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 14436, Junio 22 de 2001. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁹³ CAUSA, José Antonio. *Alcances del anticipo y el pago anticipado*. Artículo publicado en la Revista de Derecho, Universidad del Norte, - Barranquilla -Atlántico 21:96-105, 2004.

de público, pues le pertenece al Estado, sólo adquiere la calidad de dineros privados en el momento en que se da en amortización de la obligación a cargo del Estado. 2. El préstamo tiene destinación específica: el contratista al recibir un anticipo se compromete a destinarlo exclusivamente para la ejecución del contrato. 3. El anticipo está destinado a la inversión en la ejecución del contrato por tanto se convierte en figura propia de los contratos de tracto sucesivo, es ajeno a los contratos de ejecución de ejecución instantánea como los contratos de compraventa.

Ahora bien, el pago anticipado, es propio de los contratos de ejecución instantánea, que consiste en una retribución parcial que recibe el contratista, a la cual éste podrá darle el uso que decida, es decir, no necesariamente debe destinarse a cubrir elementos del contrato, las sumas percibidas ingresan al patrimonio del contratista, mientras que los dineros que recibe como anticipo son en calidad de préstamo, quiere ello significar que el anticipo continua siendo de propiedad de la entidad pública y su inversión sólo procede en aspectos propios del objeto contractual.

Teniendo en cuenta que constituye un pago parcial del valor contratado, ello implica que su monto pasa a ser exclusivo del contratista; como tal, los dineros públicos pasarán a ser privados, lo cual permite, en consecuencia, que el contratista disponga libremente de esos dineros sin importar la destinación.

Tal como lo ha señalado la Procuraduría General de la Nación, en la cartilla de recomendaciones para la elaboración de estudios previos⁹⁴, pago anticipado es la suma de dinero que se entrega al contratista en calidad de primer pago del contrato y que, por tanto, pasa a ser de su propiedad y puede ser invertida libremente.

De conformidad con lo señalado por la Contraloría General de la Nación “*El pago anticipado sí hace parte del precio y su entrega comporta la extinción parcial de la obligación de remuneración a cargo de la entidad sólo que de manera adelantada a la realización del contrato o como primer contado*”⁹⁵.

De acuerdo con lo establecido en la definición antes trascrita, resulta claro que el pago anticipado corresponde a dineros que pertenecen al contratista, y cuya destinación es libre por parte de éste, a diferencia de lo que ocurre con el anticipo.

El artículo 1501 del Código Civil establece que los contratos tienen elementos de la esencia, de la naturaleza y los puramente accidentales, tal disposición señala que son de la esencia aquellos sin los cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente. Son de la naturaleza de un contrato los que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellos que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

⁹⁴ Procuraduría General de la Nación, Op. Cit. Pag. 20

⁹⁵ Concepto del 17 de marzo de 2004 – Contraloría General de la Nación.

Frente a los requisitos de esencia, el precio, es necesario para efectos de definir la naturaleza del acuerdo de voluntades. En los contratos estatales, el valor debe ser determinado o determinable, pues teniendo en cuenta la naturaleza de público del contrato ha de establecerse la contraprestación a que tiene derecho el contratista.

Así el Estatuto de Contratación Pública establece en el artículo 41 como requisito para perfeccionar el contrato estatal, el acuerdo de voluntades sobre el objeto contractual y la contraprestación. En estas condiciones uno de los requisitos de la esencia del contrato estatal es el precio, cuyo valor debe ser determinado o determinable.

La contraprestación en los contratos que celebra la administración pública se pacta de acuerdo con la tipología contractual, sin embargo en este punto trayendo a colación el análisis efectuado en el Capítulo I del presente escrito, para que sea posible la utilización del Decreto 777 de 1992 debe tenerse en cuenta que de ninguna manera puede existir una contraprestación directa, por que se desnaturalizaría el convenio de asociación y al establecer como forma de pago un pago anticipado o un anticipo estaríamos frente a la contraprestación directa del asociado a quien es necesario pagarle por su servicio.

Por lo anterior, en los convenios de asociación no debería pactarse ni pago anticipado ni anticipo, teniendo en cuenta que con aquellas forma de pago no solo se está desnaturalizando el convenio sino que además indica a todas luces que no se está aunando ningún esfuerzo para un fin común, sino que por el contrario quien está contratando lo hace por su propia conveniencia y con fines diversos y diferentes de una construcción mancomunada.

2. Garantía única de cumplimiento

En el capítulo II del presente escrito se analizó la garantía según lo consagraba el Decreto 777 de 1992, en el presente acápite se pretenden estudiar los amparos de la garantía única de cumplimiento en el marco del estatuto contractual.

En la ley 80 de 1993 se establecieron dos clases de garantía: la garantía de seriedad de los ofrecimientos que deben constituir los proponentes, y la garantía única que prestan los contratistas luego del perfeccionamiento del contrato, cuya aprobación, por parte de la entidad, es un requisito para la ejecución del contrato, adicional al registro presupuestal⁹⁶.

Lo anterior quedó establecido en el numeral 19 del Art. 25 ibidem, que señala “*el contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato*” por regla general la garantía única debe pactarse en todos los contratos y busca cubrir a las entidades estatales de los eventuales riesgos que se puedan generar en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos estatales y además sean el mecanismo que amparen los perjuicios ocasionados por el incumplimiento las obligaciones a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales.

⁹⁶ Pino, Ricci Jorge Op. Cit. Pág. 384

Bajo el Decreto 855 de 1994, en el párrafo del Art. 8, se disponía que: *“la necesidad de exigir o no la garantía única prevista en la ley 80 de 1993, de acuerdo a la naturaleza y forma de ejecución de las prestaciones a cargo de la partes y podrá prescindir de ella cuando no exista riesgo para la entidad estatal”*. Únicamente se excluía de manera expresa la constitución de garantías en los eventos de menor cuantía cuyos contratos, al mismo tiempo, no requieran formalidades plenas. El decreto 2170 de 2002 derogó la excepción de constituir la garantía única en razón al valor del contrato.

En el Decreto 679 de 1994 se determinaron, en forma similar a lo que en su momento había fijado la Contraloría General de la República en virtud de la autorización de la ley 19 de 1982 para las garantías que se exigían en el Decreto ley 222 de 1983, los riesgos que ésta debe cubrir.

En el año 2008 a través del decreto 4828 de 2008, modificado por el decreto 2493 de 2009, se regularon los mecanismos de cobertura del riesgo en los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, por medio de los cuales se garantiza el cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las entidades públicas con ocasión de (i) la presentación de los ofrecimientos, y (ii) los contratos y de su liquidación; (iii) así como los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades públicas contratantes derivados de la responsabilidad extracontractual que para ellas pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007.

Tal garantía única será potestativa de la entidad y se presenta como excepción a los mecanismos de cobertura del riesgo, en los contratos de seguro, empréstito interadministrativo⁹⁷ y en los de mínima cuantía⁹⁸. En los casos en los que no se incluyan las garantías, las entidades deberán incorporar cláusulas que disminuyan el riesgo y no acordar la entrega de anticipos o pagos anticipados⁹⁹.

Con relación a las garantías en el tema que nos ocupa el Art. 5 del Decreto 777 de 1992 establece que: *“el Contratista se obligará a constituir garantías adecuadas de manejo y cumplimiento cuya cuantía será determinada en cada caso por la entidad contratante. Dichas garantías podrán consistir en fianzas de bancos o pólizas de seguros expedidas por compañías vigiladas por la Superintendencia Bancaria. Cuando el valor del contrato sea inferior a cien salarios mínimos mensuales podrán aceptarse otras garantías reales o personales, que a juicio de la entidad pública contratante garanticen el manejo adecuado de los recursos”*.

⁹⁷ Art. 8 Decreto 4828 de 2008

⁹⁸ Art. 7 Decreto 2516 de 2011, por medio del cual se regula la mínima cuantía: **“Artículo 7°. No obligatoriedad de garantías.** Las garantías no serán obligatorias en los contratos a que se refiere el presente decreto. En el evento en el cual la entidad las estime necesarias, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así lo justificará en el estudio previo de conformidad con lo establecido en el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007.

⁹⁹ Pino, Ricci Jorge Op. Cit. Pág. 385

De la norma antes transcrita simplemente se evidencia una somera solicitud al contratista de amparar el manejo y el cumplimiento, lo que nos lleva a pensar que en ese momento se pensaba solamente en el cumplimiento como único riesgo que necesitaba ser amparado, concepción aquella que a todas luces se queda corta teniendo en cuenta los riesgos actuales y las dinámicas propias de la contratación estatal.

Es obligación de la administración reducir los riesgos al máximo, generando las condiciones propicias para la ejecución de los contratos, se debe analizar al detalle cuales son las situaciones en las que se puede ver inmerso el contratista, cuales son las condiciones del contrato a celebrar, cual serán las obligaciones del contratista y en general prever lo que sea previsible dentro de la etapa pertinente.

En la estructuración de los estudios previos, la Administración debe advertir que la modalidad de contratación de los convenios de asociación de entrada pueden traer consigo un riesgo, teniendo en cuenta que para la misma no se adelantó ningún proceso de selección objetiva, que la invitación para la celebración de tal acuerdo de voluntades de ninguna manera se extendió a una pluralidad de posibles oferentes, y que aún haciéndola extensiva no habría como escoger al mejor.

Como quedó dicho el decreto 4828 de 2008 es aplicable para los contratos celebrados en virtud de la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007, sin embargo es la norma que utilizan los ordenadores de gasto que realizan convenios de asociación con el fin de mitigar los posibles riesgos y los perjuicios que pueden generar el posible incumplimiento del contratista o para el caso el asociado.

De tal suerte, para los riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales, en los convenios de asociación se puede disponer que el contratista garantice el cumplimiento a través de los siguientes amparos:

- a. Buen manejo y correcta inversión del anticipo¹⁰⁰.
- b. Devolución del pago anticipado¹⁰¹. Estos dos literales, como quedó dicho anteriormente tienen particulares diferencias y por las mismas, cada uno tiene su propio riesgo que amparar, sin embargo el monto de la garantía para los dos si es equivalente al cien por ciento (100%) de los aportes entregados por la entidad estatal, aunque su significado y trámite se diferencie, se busca la protección de la totalidad de los recursos entregados bajo tal modalidad, aunque se reitera lo dicho, en los convenios de asociación no debería pactarse ni anticipo ni pago anticipado, aun cuando estén garantizados.
- c. Cumplimiento¹⁰² de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de multas y cláusula penal pecuniaria. Es recomendable que dentro de las cláusulas contractuales del convenio de asociación se establezca las sanciones pertinentes, que se harán efectivas en caso que el contratista no cumpla con la ejecución de sus obligaciones.
- d. Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales¹⁰³.

¹⁰⁰ Numeral 4.2.1 del Art. 4 del Decreto 4828 de 2008

¹⁰¹ Numeral 4.2.2 del Art. 4 del Decreto 4828 de 2008

¹⁰² Numeral 4.2.3 del Art. 4 del Decreto 4828 de 2008

¹⁰³ Numeral 4.2.4 del Art. 4 del Decreto 4828 de 2008

- e. Calidad del servicio¹⁰⁴. Para este riesgo debe decirse de entrada que el convenio de asociación de ninguna manera es un contrato de prestación de servicios, donde se pueda hacer efectiva la garantía por una posible mala calidad del servicio prestado, razón por la cual este riesgo debe ser analizado con sumo cuidado, que no aparezcan amparos de otros contratos, porque de pactarlos indebidamente, aún cuando se aseguren, en una eventual reclamación estarían sin piso normativo que sustente el decir de la administración, y sería la excepción perfecta del contratista y de su tercero garante en un eventual proceso por incumplimiento.
- f. Responsabilidad Civil Extracontractual¹⁰⁵, El valor a asegurar debe ser del cinco por ciento (5%) del valor del contrato y no menos de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Este amparo debe estar correctamente justificado desde el estudio previo.

3. Publicación del contrato

La publicación de los contratos es un requisito de ejecución, es decir sin aquel aún estando perfeccionado el acuerdo de voluntades, no se podría dar inicio a las actividades propias que desarrollan el objeto contractual, así lo dispone el parágrafo tercero del Art. 41 de la ley 80 de 1993 y posteriormente para recalcar el tema aparece el Art. 84 del decreto 2474 de 2008, el cual señala que deberán publicarse todos los contratos que celebren las entidades estatales sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública.

El objeto de la publicación es que los habitantes conozcan el contenido de los contratos y de tal suerte se garantice el principio de publicidad propio de la contratación estatal.

Como la norma señalada indica que es necesaria la publicación de todos los contratos, es menester aclarar en este punto, que existe una excepción consagrada en el el Art. 96 del Decreto 2150 de 1995 que dispone: *“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 61 de la Ley 190 de 1995, los convenios o contratos interadministrativos no requerirán la publicación en el Diario Único de Contratación”*.

La ley 190 de 1995 dicta normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fija disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa¹⁰⁶, es así como en el Art. 59 ibidem, se creó el diario de Contratación Pública, que contenía la información de los contratos que celebran las entidades públicas del orden nacional, para las demás entidades territoriales se dará aplicación a lo dispuesto en el parágrafo 3 del Art. 41 de la ley 80 de 1993¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Numeral 4.2.8 del Art. 4 del Decreto 4828 de 2008

¹⁰⁵ Numeral 7.9 del Art. 9 del Decreto 4828 de 2008, modificado por el Decreto 2493 de 2009.

¹⁰⁶ En la exposición de motivos de la norma los senadores Andrés Pastrana Arango, Efraín Cepeda Saravia, Eduardo Pizano de Narváez, Gustavo A. Galvis Hernández, Jaime E. Ruiz Llano, Jorge A. Hernández Restrepo, Maristella Sanín Posada, Claudia Blum de Barberi indicaron que: *“Buscamos obligar a todas las entidades a simplificar sus trámites, a hacerlos más ágiles y transparentes y a publicar los mismos en las oficinas públicas”*

¹⁰⁷ Concepto del Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 1024 de 9 de octubre de 1997, C.P: Cesar Hoyos Salazar

Como quiera que el Distrito Capital hace parte de las demás entidades territoriales, será pertinente hacer alusión al Decreto ley 1421 de 1993, el cual establece en el Art. 148: *“Perfeccionamiento y ejecución. De todo contrato deberá publicarse un extracto en el Registro Distrital que contenga las cláusulas referentes a su objeto, cuantía y plazos y las demás que se consideren de especial importancia”*, razón por la cual todos los contratos aún si son convenios interadministrativos deben ser publicados en la imprenta distrital¹⁰⁸.

El inciso segundo del Art. 1 del Decreto 777 de 1992 fue subrogado por el Art, 1 del decreto 1403 de 1992, y se dispuso: “Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a cien salarios mínimos mensuales deberán publicarse en el Diario Oficial o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial”.

Los convenios de asociación deberán ser publicados cuando su cuantía, sea superior a cien salarios mínimos, por lo existe una contradicción en aquellos contratos que sean inferiores a cien salarios mínimos en atención a lo señalado en el estatuto contractual que dispone que no se publicará aquellos contratos cuyo valor sea menor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes o que la cuantía del contrato sea inferior al 10% de la menor cuantía aún cuando excedan en su valor los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para el caso deberá darse aplicación al régimen especial contenido en el 777 de 1992.

Los convenios son acuerdos de voluntades que se hacen con entidades de Derecho público, necesariamente se deberá publicar en la gaceta que corresponda, garantizando el principio de publicidad y dándole el alcance pertinente a las normas que rigen la materia y que se encuentran vigentes dentro del Estatuto Contractual.

Lo que no dispuso el Decreto 777 de 1992 es que la publicación es un requisito de ejecución, por lo que será obligación del supervisor o interventor del contrato constatar que se haya cumplido con tal obligación, en caso de no cumplir con la misma, es deber de aquellos presentar los informes pertinentes para que la administración adelante los trámites pertinentes para hacer efectivas las garantías.

La obligación del contratista cesará cuando entregue el recibo de pago, que contenga el pago exacto del valor que se encuentra señalado como tarifas del Diario Oficial (Derechos Publicación -DUC-) y a nivel distrital anualmente se establecen tales costos a través de acto administrativo, para el año 2012 se expidió la resolución número 610 de 30 de diciembre de 2012, suscrita por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

4. Liquidación

Liquidar en contratación estatal, significa hacer el ajuste formal, saldar, pagar enteramente una cuenta; se produce con el objeto de que las partes contratantes establezcan, con fundamento en el desarrollo del contrato, las acreencias pendientes a

¹⁰⁸ Memorando de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá para la Subdirectora de la Imprenta Distrital.

favor o en contra de cada uno. Este es un procedimiento contractual mediante el cual la administración y el contratista se pronuncian sobre la ejecución de las prestaciones contractuales, como también respecto de las vicisitudes presentadas durante su desarrollo. Es un acto que, por ende, aclara y define todo lo relativo a la relación contractual que existió entre las partes del negocio jurídico y tiene como objeto determinar por qué conceptos y en que cuantías se adeudan entre si las partes, en relación directa con el contrato que entre ellas se celebró y que se propone liquidar.

Algunos tratadistas sostienen que “...*la totalidad de las relaciones negociables del Estado deben liquidarse para efectos de determinar el real estado prestacional de la entidad respecto de los contratos celebrados*”¹⁰⁹.

En el estatuto contractual se define su ocurrencia y contenido está definida en el Art. 60 de la ley 80 de 1993 y en el Art. 61 ibídem se establece la liquidación unilateral, cuando no es posible efectuar la liquidación de mutuo acuerdo, lo anterior en concordancia con el Art. 11 de la ley 1150 de 2007, en la cual se disponen los plazos para la liquidación de los contratos.

Así mismo el Art. 32 de la ley 1150 de 2007, establece un listado de contratos que requieren liquidación, dentro de los que se destacan los contratos de tracto sucesivo, (como los de obra, prestación de servicio, suministro, etc), por lo que en principio el convenio de asociación no se encuentra dentro del listado de los contratos que requieren la liquidación.

Para adentrarnos en el tema se debe decir que la liquidación puede ser de mutuo acuerdo, unilateral o judicial, es de mutuo acuerdo cuando se realiza dentro del término fijado en el pliego de condiciones o acuerdo indicado por las partes, deberá hacerse a más tardar antes del vencimiento de los cuatro meses¹¹⁰ siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

La liquidación es unilateral cuando el contratista no se presenta a la liquidación, previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o cuando las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido. Ésta podrá realizarse dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con las reglas indicadas en el artículo 136 del código contencioso administrativo, subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, que indica: “d) *En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del*

¹⁰⁹RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Editorial Leyer. Tercera edición, Bogotá, 2004. Págs. 439 y 440.

¹¹⁰ Son tres las fechas a partir de las cuales se cuentan los cuatro meses, a saber: 1. La finalización del contrato. 2. La expedición del acto administrativo que ordene la terminación. (Debe entenderse que desde cuando el auto cobra firmeza) y 3. La fecha del acuerdo que la disponga, según los términos pactados en el contrato.

acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”.

Es decir, si vencido el plazo indicado y no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los 2 años siguientes al vencimiento del término indicado en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral sólo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo por todo concepto y obligación adquirida y derivadas del contrato.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

El Artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C.C.A. indica que si la entidad contratante no liquida el contrato dentro del término de seis (6) meses señalado anteriormente, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial. Se puede dar a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar, tiempo después del cual se presenta caducidad de la acción.

Pasados los seis meses previstos y mencionados anteriormente, sin que este se haya liquidado pueden practicarla por mutuo acuerdo o la administración unilateralmente, ya que el fin último es que el contrato se liquide y se definan las prestaciones a cargo de las partes, pero esta facultad subsiste solo durante los dos años siguientes al vencimiento de esta obligación, que no es otro que el término de caducidad para el ejercicio de la acción contractual. Dentro de este término, el contratista también podrá acudir ante la jurisdicción para pedir no solo la liquidación judicial del contrato si no que se efectúen las declaraciones o condenas pertinentes.

La expiración del término de caducidad (30 meses) o la notificación del auto admisorio de la demanda del contratista que persigue la liquidación del contrato (controversia contractual), hace perder competencia a la administración para estos efectos y, por lo tanto, sólo mientras esté en curso el término de caducidad es viable proceder a la liquidación del contrato.

El Consejo de Estado ha manifestado al respecto que: *“Vencido el término de caducidad de la acción contractual, o notificado el auto admisorio de la demanda en la forma dicha,*

deviene la incompetencia de la entidad estatal contratante para liquidar el contrato unilateralmente y, para el contratista, la imposibilidad de obtenerla en sede judicial o de común acuerdo y, por lo mismo, en tal supuesto, no es jurídicamente viable extender, unilateralmente o por mutuo acuerdo con el contratista, "un documento de balance final o estado de cuenta para extinguir definitivamente la relación contractual", dado que el término de caducidad es perentorio e improrrogable y porque ello equivaldría a revivir, convencionalmente, los términos de caducidad de la acción que, como es sabido, son indisponibles" ¹¹¹.

También es propio indicar que dado lo anterior, aunque no se conciba el acta de liquidación de los contratos de los cuales se ha perdido competencia, debe existir o se debe contar con documentos tales como el acta de recibo a satisfacción e informe final de supervisión que refleje y de constancia del comportamiento del contrato, de las sumas causadas y pagadas, las obligaciones pendientes tales como garantías y en general las circunstancias que concluyeron el contrato.

Las normas que sirven de soporte a la liquidación del contrato estatal, no se encuentran en el decreto 777 de 1992, ni en ninguna otra norma de la naturaleza de los convenios de asociación, sin embargo es necesario darle aplicación a las mismas para poder terminar la relación contractual, definir la situación en la que quedan los asociados, sin hay saldos a favor de la administración o a favor del asociado o contratista o si hubo algún tipo de sanción que monetariamente deba ser descontada si existe algún saldo.

Aún cuando taxativamente no se encuentra definido que los convenios de asociación deban ser liquidados, para terminar la relación contractual del convenio que es de naturaleza de tracto sucesivo o por instalamentos, contrario a la ejecución instantánea producirá la necesidad de liquidarlo para definir el estado final en el que quedan las partes.

Así mismo, como en la Administración Distrital se estila hacer proyectos de continuidad según el plan de Desarrollo del cuatrenio, otra de la razones para liquidar está inmersa en el hecho de terminar la relación contractual que necesita iniciarse nuevamente, de no hacerse no podría contratarse el objeto contractual.

5. Multas – cláusula penal

Algunos autores han indicado respecto de la multa y del cláusula penal que: *“Las penalidades económicas se utilizan unas veces como mecanismo de sanción al*

¹¹¹ Concepto 1230 de 1 de diciembre de 1999, Sala de Consulta; Sentencias 11759 de 30 de mayo de 1996 y 14384 de 16 de agosto de 2001, Sección Tercera. Aida Patricia Hernández Silva, doctora en derecho de la Universidad Externado de Colombia, Magistrada Auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

incumplimiento total o parcial del contrato y otras como forma de apremio al obligado que se ha puesto en situación de retardo o de mora en la satisfacción de las pretensiones a su cargo. La cláusula que contiene una sanción dineraria por el incumplimiento total o parcial, pero definitivo, de las obligaciones contractuales, se denomina cláusula “penal pecunaria”. La que tiene como propósito castigar pecunariamente la no ejecución de la prestación en tiempo debido, se llama multa”¹¹².

Para el Doctrinante JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIÉ la multa es “(...) el mecanismo adecuado para obtener que el contratista ejecute oportunamente las prestaciones a su cargo y mediante este remedio administrativo, se logra compulsarlo o persuadirlo para que no infrinja ninguna de las obligaciones que ha asumido. Es uno de los medios de control más adecuado para que la Entidad logre los fines de la contratación”¹¹³.

En vigencia del Decreto 222 de 1983, Art. 47, el tratamiento que tenían aquellas era de cláusulas excepcionales, como también lo era en el anterior régimen para lo cual bastará revisar el Art. 60 del Decreto 150 de 1976, no obstante la ley 80 de 1993 derogó tal excepcionalidad y por tanto solamente pueden tener origen en la ley o en la autonomía de la voluntad de las partes. El consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos: “Según se observa, ni en ésta (la preceptiva del Art. 14), ni en ninguna otra disposición de la misma ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la de penal pecunaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222 de 1983, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales. No obstante lo anterior, no quiere decir ello que las partes, en ejercicio de la voluntad no las pueda pactar, lo que no puede es pactarlas como cláusulas excepcionales”¹¹⁴.

Estas cláusulas son de uso frecuente en los contratos entre particulares como formas de penalizar el incumplimiento contractual, así en el Art. 1592 del C.C se establece que: “La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal” y en el Art. 867 del Código de comercio a su vez se indica. “Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella. Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte”.

¹¹² Borja Avila, Ramiro. Ob. Cit. Pág 143

¹¹³ Palacio Hincapié, Juan Angel. Ob. Cit. Pág 326

¹¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P: German Rodriguez Villamizar, sentencia del 20 de octubre de 2005.

Con respecto a la oportunidad de imponer multas o hacer efectiva la cláusula penal, bastará con revisar el Art. 17 de la ley 1150 de 2007, para decir que la cláusula penal se utiliza para sancionar el incumplimiento definitivo total o parcial y aun cuando el plazo de ejecución haya terminado, mientras que las multas se aplican dentro de la ejecución del contrato, toda vez que la multa es una sanción de apremio para que el Contratista satisfaga su obligación. Pues solo puede sancionar un incumplimiento parcial, mora o deficiencia en la ejecución de la obligación, por lo tanto, es menester recordar que la multa tiene un carácter eminentemente de reconvencción o prevención y busca constreñir al contratista para el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Lo anterior está definido por el Consejo de Estado, cuando manifiesta que: “...*Teniendo en cuenta que la multa es una sanción de apremio para que el contratista satisfaga sin más dilación la obligación respectiva, ella resulta improcedente al terminar el contrato cuando, por el mismo hecho, la prestación contractual se le ha convertido en la obligación de pagar el valor de la cláusula penal pecuniaria*”¹¹⁵.

Se puede decir que la multa y la cláusula penal son propias del derecho privado y se pueden pactar dentro de todos los contratos estatales por la mera voluntad de las partes, y de tal suerte en los convenios de asociación, se pueden pactar, teniendo en cuenta que cuando se expidió el decreto 777 de 1992 se encontraba vigente el Decreto 222 de 1983 y en su Art. 47 señalaba que en los contratos debían pactarse las cláusulas de multa y penal pecuniaria como excepcionales, sin embargo como tal facultad quedó derogada en virtud de la ley 80 de 1993, se puede decir que las mismas se deben pactar dentro del acuerdo de voluntades, teniendo en cuenta que de no incluirlas en las minutas, se entenderá que no se realizó acuerdo alguno respecto de las sanciones pecuniarias y ya no habría oportunidad ni de garantizarlas ni de hacerlas efectivas.

Como parte de la voluntad de los asociados, se pueden incluir las cláusulas, siempre con la perspectiva que aún cuando en el derecho privado se hable de la igualdad entre los contratantes, siempre que se celebre contratos con entidades de derecho público, a las mismas les asisten potestades que a todas luces presenta una panorama de desigualdad contractual, enmarcado en los fines de la Administración y en la buena prestación de los servicios¹¹⁶.

¹¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P: Antonio J. de Isiarri Restrepo, sentencia del 13 de agosto de 1987

¹¹⁶ Palacio Hincapié, Juan Angel. Ob. Cit. Pág 329-330

6. Debido proceso – para hacer efectivas multas y cláusula penal.

Teniendo en cuenta lo establecido en párrafos precedentes, existe la posibilidad de pactar tanto las multas como la cláusula penal, pero si se las entidades estatales solamente se acogieran al derecho privado, significaría que solamente a través de un juez se podría fijar y tasar las multas y el valor de la cláusula penal, lo que iría en contravía de la dinámica de la administración y haría engorroso los trámites de sanción.

Por tal razón la competencia de sancionar, está directamente en cabeza de las entidades Estatales, en virtud del Art. 17 de la ley 1150 de 2007, que dispone: *“El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva”*.

Otro tema que no reguló el decreto 777 del año 1992, y del cual será pertinente aplicar el estatuto contractual para adelantar las actuaciones pertinentes para hacer efectivas las cláusulas de sanción e involucrar tanto al contratista como al tercero garante, cumpliendo con las obligación de ejercer control y vigilancia de la ejecución del contrato y no permitiendo que se le causen mayores perjuicios a la administración.

Recientemente, en el Estatuto Anticorrupción¹¹⁷, Art. 86, se dispuso que: *“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”*.

El Artículo ibídem señal el procedimiento que debe agotar la entidad contratante, para lo cual en primer lugar se citará al contratista a audiencia para debatir lo ocurrido.

En la citación, se debe hacer mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la

¹¹⁷ Ley 1474 de 2011: *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*.

actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera.

El día y la hora señalada se adelantará por parte de la Administración una audiencia, donde el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.

En la misma audiencia se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad.

Una vez escuchado al contratista, su tercero garante y agotada la parte probatoria, la administración tomará una decisión mediante acto administrativo motivado, en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia.

Nótese que el procedimiento es expedito, para que la entidad estatal pueda hacer efectivas sus sanciones sin dilaciones de tiempo injustificadas, como es una sola audiencia será pertinente irla desarrollándola dependiendo de la defensa presentada por el contratista y las pruebas por evacuar, es necesario que la administración tenga un convencimiento final respecto de la procedencia o no de la sanción, para la cual podrá suspender la audiencia y reanudarla cuantas veces sea necesario.

Cuando existe un incumplimiento parcial de las obligaciones del asociado y una vez sea informado por el contratista, será pertinente adelantar la actuación pertinente con el fin de multar al asociado que esté incumpliendo.

Si finaliza el plazo de ejecución del contrato deberá iniciarse el procedimiento con el fin de declarar el incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal contenida en el convenio, la cual se pacta como tasación anticipada de perjuicios.

Teniendo en cuenta la especialidad de los convenios de asociación será pertinente analizar cual fue el incumplimiento del contratista, en que se basa su incumplimiento, si no opera alguna causal de eximente de responsabilidad, una vez se tenga el convencimiento,

se procederá a sancionar mediante acto administrativo, en el cual se declarará el incumplimiento total o parcial de las obligaciones, se declarará ocurrido el siniestro respecto del amparo pertinente, haciendo efectiva la póliza correspondiente, notificándola en estrados judiciales (Art. 325 del C.P.C), concediendo el recurso de reposición, ordenando la publicación del acto administrativo en virtud del Art. 31 de la ley 80 de 1993 y reportar la sanción a la Cámara de Comercio, de conformidad con la ley 1150 de 2007.

Reiterando lo dicho en líneas precedentes, aún cuando no se deberían hacer pagos anticipados ni anticipos, una vez pactados deben ser garantizados y si hay incumplimiento, el acto administrativo lo deberá declarar y hacer efectivo el amparo debidamente constituido.

Si se sanciona con multa, la misma debe ser previamente tasada, se reitera que solo procede mientras esté vigente el plazo de ejecución, si el plazo de ejecución ya finalizó, se sancionará la cláusula penal, debidamente pactada en la minuta contractual, se debe declarar el incumplimiento, declarar el siniestro y hacer efectivo el amparo de cumplimiento, que debió asegurar el pago de multas y cláusula penal.

Como quedó dicho el amparo de calidad del servicio, es un amparo propio de los contratos de prestación de servicios, pero no debe olvidarse que dentro de los elementos propios del convenio se tiene que no existe una contraprestación directa, y al momento de adelantar un debido proceso por tal amparo, el asociado y el tercero garante podrían excepcionar la naturaleza del acuerdo de voluntades y la impertinencia de tal amparo y podría generar su no pago, razón por la cual tal amparo debe estudiarse en debida forma en la estructuración del estudio previo.

6.1 Caso fortuito – fuerza mayor - hecho de un tercero

En los debidos procesos se puede alegar Caso fortuito, fuerza mayor o el hecho de un tercero, como eximentes de responsabilidad, por lo que será pertinente entregar una precisiones de utilidad, para efectos de tomar las decisiones administrativas, los dos primeros están Definidos en el artículo 64 del Código Civil como “*el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*”, en nuestro ordenamiento no se presenta distinción entre ambos conceptos.

Para que aquellas tengan el alcance de romper el nexo entre el hecho y el daño (incumplimiento), debe analizarse si el hecho que generó la circunstancia es imprevisible e irresistible y que de ser previsible es irresistible, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia “...*la imprevisibilidad del caso fortuito es una cuestión de hecho que el juzgador debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto la normalidad o la frecuencia del acontecimiento, o por el contrario, su rareza y perpetuidad; si tal acontecimiento es frecuente, y más aún, si suele presentarse con cierta periodicidad, no constituye un caso fortuito porque el obligado razonablemente ha debido*

preverlo y medir su propia habilidad para conjurarlo, o bien abstenerse de contraer el riesgo de no creer que podría evitarlo; por el contrario, si se trata de un evento de rara ocurrencia, que se ha presentado en forma súbita y sorpresiva, hay caso fortuito, porque nadie está obligado a prever lo que es excepcional y esporádico. Pero, además, el hecho de que se trata debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor empleada como sinónimo de aquélla en la definición legal, relleva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. Tampoco hay fuerza mayor o caso fortuito cuando el obstáculo, sin impedir el cumplimiento de la obligación, lo hace más difícil u oneroso que lo previsto inicialmente¹¹⁸.

Según la doctrina: *“El hecho determinante de un tercero viene a ser otro caso de fractura del nexo causal. Que no debe ser tratado como un caso de ausencia de culpa, en este caso se debe a la liberación de una eventual responsabilidad acreditando que el daño obedeció a un hecho determinante de un tercero”*

El hecho de un tercero pretende exonerar de responsabilidad a quien no fue autor de un daño, es decir liberar al presunto agente cuando el verdadero productor del daño fue un tercero, lo cual no significa que cualquier hecho de un tercero exime de responsabilidad; por que si así fuera no habría responsabilidad objetiva.

El hecho determinante de un tercero debe imponerse sobre el presunto causante con una fuerza que aniquile su propia capacidad de acción, al respecto del hecho de un tercero, han sostenido las corporaciones judiciales:

El Consejo de Estado¹¹⁹, ha indicado que:

“Los hechos que dieron origen a la presente controversia se desencadenaron por culpa exclusiva y determinante de un tercero que, como se sabe, constituye uno de los elementos que desarticulan el nexo de causalidad, y liberan de responsabilidad a la persona natural o jurídica a quien en principio se podría atribuir la producción de los daños. Sin duda alguna, en el caso sub examine se reúnen los supuestos constitutivos del hecho de un tercero que abren paso para que la Administración sea exonerada de responsabilidad frente a los hechos que se le imputan”...

La Corte Constitucional¹²⁰, ha considerado:

“ ... considera la Sala que dicha limitación resulta apenas lógica, del todo coherente y consecuente con el proceder de la administración, pues en los

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de febrero 27 de 1974

¹¹⁹ **Sentencia n° 19001-23-31-000-1993-08001-01(14868) de Sección Tercera, 31 de Agosto de 2006**, sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, M.P: Mauricio Fajardo Gómez.

¹²⁰ En sentencia C-965 de 2003, confirmada por la sentencia C-125 de 2004, Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL (17/02/2004).

eventos en que ésta excusa su responsabilidad en la culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero y la fuerza mayor o el caso fortuito, la estrategia de defensa se dirige a demostrar que la responsabilidad total del daño que se ha ocasionado es imputable a un sujeto distinto de sus agentes o a un fenómeno extraordinario; de forma tal que de llegarse a demostrar en el proceso uno de esos hechos, el Estado no sería condenado y no se vería conminado al pago de la indemnización, quedando también liberada la potencial responsabilidad del agente.

En efecto, según lo tiene estatuido la jurisprudencia constitucional y contenciosa, uno de los presupuestos o requisito sine qua non para que surja la responsabilidad patrimonial de la administración, es la existencia de una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y la acción u omisión de la entidad pública; por lo que una consecuencia natural y obvia de la ausencia de dicha relación causal, es la imposibilidad jurídica de imputar al Estado y a sus agentes la realización del daño y, por contera, el reconocimiento de una reparación o indemnización a favor de la víctima o perjudicado...”

Es importante precisar que cuando se aduce una causal eximente de responsabilidad por parte del contratista, éste debe demostrar que él no pudo contemplar su ocurrencia en condiciones normales, porque su principal argumento es que el hecho suceda de súbito, que sea inevitable, fatal e ineludible.

En consecuencia, la imprevisibilidad y la irresistibilidad son elementos que deben estar presentes, en el momento de establecer si la situación invocada guarda un nexo de causalidad entre el hecho invocado y la responsabilidad de un tercero, toda vez que si el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, no genera eximentes de responsabilidad y se deberá sancionar al asociado. Es necesario que estos eximentes de responsabilidad sean incluidos dentro de las minutas de los convenios de asociación, para establecer cual sería el procedimiento para constituir oficialmente la eximente.

7. Indemnidad.

Finalmente la cláusula de indemnidad, es una exigencia a las entidades estatales, concebida en el Decreto 4828 de 2008, en su Art. 6, modificado por el Decreto 931 de 2009, que dispone: *“Las entidades estatales deberán incluir en sus contratos una cláusula de indemnidad, conforme a la cual se pacte la obligación del contratista de mantenerla libre de cualquier daño o perjuicio originado en reclamaciones de terceros y que se deriven de sus actuaciones o de las de sus subcontratistas o dependientes, salvo que justifiquen en los estudios y documentos previos, que atendiendo el objeto y las obligaciones contenidas en cada contrato y las circunstancias en que éste deberá ejecutarse, no se requiere la inclusión de dicha cláusula”*. Esta cláusula se debe incluir en los convenios de asociación, bajo el entendido que son acuerdos de voluntades celebrados por entidades estatales y aún cuando el decreto 4828 de 2008, dispone que tales normas son para los contratos celebrados en virtud de la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007, debe entenderse que siendo una entidad de derecho público la que celebra el contrato, necesariamente debe ser incluida, de lo contrario se estaría incumpliendo con una obligación legal.

CAPITULO V

ANALISIS DE UN CASO EN PARTICULAR – ALCALDÍA LOCAL DE KENNEDY

En este capítulo final, analizaré un caso específico en el Distrito Capital, en uno de sus Fondos de Desarrollo Local, exactamente el de la localidad octava de Kennedy, estudiando la forma en la que se contrato a través de los convenios de asociación en las vigencias 2009 y 2010, evidenciando de manera académica la forma como se concibió tal modalidad de contratación y cual fue la incidencia de las normas que finalmente regulan hoy día la materia.

Es mi interés dos vigencias diferentes, teniendo en cuenta que aún siendo una sola modalidad de contratación, en los dos años se tuvo marcadas diferencias, que pueden explicar la razón de ser de las normas actuales, para tal fin entraré detalladamente con cada una de las documentos que conforman las carpetas en cada una de las etapas de los convenios de asociación.

Teniendo en cuenta la celeridad del procedimiento, los pocos funcionarios y la cantidad de recursos por ejecutar en el año 2010, se aumentó la celebración de los convenios de asociación, mientras en el año 2009 se celebraron veinticinco (25) convenios¹²¹, en el año 2010 se suscribieron cuarenta y dos (42) convenios¹²².

PROCEDIMIENTO Y ANÁLISIS EN EL AÑO 2009

Los estudios previos en el año 2009, se estructuraron como invitaciones de naturaleza directa, teniendo en cuenta las normas que sobre tal modalidad de selección actualmente se tiene, de suerte que se seguían los numerales del Art. 9 del decreto 2474 de 2008, estableciendo una necesidad que se pretendía satisfacer, en la misma se planteaba que era lo solicitado en el respectivo proyecto de inversión, se presentaba el objeto a contratar, donde se señalaba cual era la intención de la administración, que proyecto se pensaba ejecutar y cual era su componente.

Así mismo, se indicaban las condiciones y especificaciones técnicas mínimas, señalando el plazo de ejecución, cuáles eran los tiempos de ejecución, se detallaban minuciosamente las actividades a desarrollar, a título de ejemplo¹²³, en una invitación para desarrollar un proyecto de ambiente, se establecía como actividades centrales una sensibilización y convocatoria, un diseño e instalación del espacio demostrativo y los módulos de agricultura urbana, cuales eran los módulos de agricultura urbana, un espacio demostrativo en un comedor comunitario, Desarrollo de procesos de capacitación,

¹²¹ Relación de contratación año 2009, emanadas de las oficinas jurídica y de presupuesto del Fondo de Desarrollo Local de Kennedy.

¹²² Relación de contratación año 2010, emanadas de las oficinas jurídica y de presupuesto del Fondo de Desarrollo Local de Kennedy

¹²³ Estudio previo invitación no. 12 de 2009 con el objeto de desarrollo local de Kennedy está interesado en aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros para desarrollar el proyecto no.89 denominado promoción del desarrollo económico localidad de kennedy., componente: acciones de agricultura urbana, del fondo de desarrollo local de kennedy

Desarrollo de procesos de acompañamiento, seguimiento e intercambio de experiencias y se señalaba cual era el equipo de trabajo.

En virtud del numeral 3 del Art. 3 del Decreto 2474 de 2008 se estructuraba el fundamento jurídico para la celebración del convenio de asociación y se indicaba como sustento normativo:

“El inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política estableció que el Gobierno Distrital podrá, con recursos del respectivo presupuesto, celebrar convenios 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 seccional de desarrollo. Esta disposición fue reglamentada por el Gobierno Nacional mediante los Decretos 777 y 1403, ambos de 1992, estableciéndose para los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado o una sociedad de economía mixta sujeta al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, el requisito de obtener la autorización expresa del representante legal de la Nación o de la entidad territorial correspondiente, según sea del caso, o de las autoridades que actúen como delegatarias de funciones del mismo en materia contractual.

Por otro lado el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 establece que las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, podrán con la observancia de los principios señalados 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 particulares, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquella la ley. El artículo 96 de la misma norma señala que los convenios de asociación se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”.

Como puede evidenciarse el sustento normativo que se utilizó en el año 2009, partía del Artículo 355 de la Constitución Nacional y para tal fin se utilizaban los decretos reglamentarios 777 de 1992 y 1403 de 1992 y además era complemento el Art. 96 de la ley 489 de 1998, normas que no solo se utilizaban a nivel local, sino que eran el sustento normativo en todas las localidades del Distrito Capital, como quedó dicho en el capítulos precedentes la diferencia entre contrato de apoyo y convenio de asociación, en esta época no tenía cabida. .

Por otro lado, el análisis que soportaba el valor estimado del contrato, se hacía a través de un análisis económico, donde se tenía en cuenta las cotizaciones presentadas por las organizaciones locales y las canastas de precios entregadas por diferentes entidades de índole Distrital, es pertinente decir que los costos en el desarrollo de los proyectos podían tener varios valores, dependiendo del sector, aún cuando en algunos casos se trata de las mismas actividades, lo que significa inseguridad en los valores reales de las actividades.

Como quiera que el numeral 5 del Art. 3 del Decreto 2474 de 2008, indicaba que era necesaria la justificación de los factores de selección que permitieran identificar la oferta más favorable, la Administración señaló los criterios de verificación y evaluación, así:

“El FONDO verificará en la propuesta, el cumplimiento de los requisitos jurídicos, de experiencia (idoneidad), requerimientos técnicos y propuesta económica contenidos en estos estudios previos, los cuales tienen por objeto establecer si la propuesta cumple con las condiciones y requisitos exigidos en los estudios previos, y en el evento en que no cumplan determinará la causal de rechazo de la respectiva propuesta y su consecuente exclusión de ser considerada.

Para que una propuesta sea favorable el PROPONENTE deberá cumplir con los siguientes criterios de verificación:

FACTOR	CUMPLIMIENTO
Verificación Jurídica	CUMPLE/ NO CUMPLE
Verificación Experiencia (Idoneidad)	CUMPLE /NO CUMPLE
Verificación del cumplimiento de las especificaciones técnicas	CUMPLE /NO CUMPLE
Verificación económica de la propuesta	CUMPLE /NO CUMPLE”

Dentro de la verificación jurídica se solicitaba: **a.** una carta de presentación de la propuesta: “...debidamente firmada por el representante legal de la persona jurídica, o quien acredite estar debidamente autorizado para dicho efecto. En este último caso, el autorizado deberá acompañar a la carta de presentación de la oferta, el documento que así lo autorice”. **b.** Certificado de Existencia y Representación legal de la entidad sin ánimo de lucro, con las siguientes características: “con una antelación no superior a treinta (30) días calendario, anteriores a la radicación de la propuesta de la presente invitación. Encontrarse legalmente constituida, con un tiempo de existencia mínima legal de seis (6) meses. El término de duración de las entidades sin ánimo de lucro no podrá ser inferior al término del convenio y un año más”. **c.** Autorización del órgano social: “Si el estatuto social impone restricciones a la autorización para la presentación de la propuesta y/o suscripción del convenio, conferida al representante legal, se debe adjuntar copia del documento de autorización correspondiente, emitido por la junta de socios u órgano superior de gobierno social. De ser necesario se anexara los estatutos de la respectiva entidad”. **d.** Certificación de no inclusión en el boletín de responsables fiscales, antecedentes disciplinarios (Procuraduría y Personería Distrital) y antecedentes penales.

Dentro de la verificación financiera se solicitaba: **a. Certificación del cumplimiento de sus obligaciones con el sistema de seguridad social y aportes parafiscales.** **b. Balance General a diciembre 31 de 2008.** **c. Criterios financieros** 1.Índice de SolidezLas propuestas que serán tenidas en cuenta del presente proceso contractual, serán aquellas que al calcularse la SOLIDEZ de la forma como se indico anteriormente, el resultado obtenido sea igual o superior a 1.0. 2. Nivel de Endeudamiento: Las propuestas que serán tenidas en cuenta del presente proceso contractual, serán aquellas que al calcularse a NIVEL DE ENDEUDAMIENTO de la forma como se indico anteriormente, el resultado obtenido sea igual o inferior al 80%. **d. Certificación de Inscripción y Antecedentes Disciplinarios:** El proponente deberá anexar la Certificación de Antecedentes Disciplinarios vigente expedida por la Junta Central de Contadores, y la Tarjeta Profesional del Contador Público responsable de la preparación del Balance General solicitado. **e. RUT/RIT** El proponente debe allegar fotocopia de la inscripción en el Registro Único Tributario y el RIT expedido por la Secretaria Distrital de Hacienda. **f. Declaración de Renta Año Gravable 2006 a 2008:** El proponente debe

presentar fotocopia de la declaración tributaria de impuesto sobre la renta y complementarios de los años 2006, 2007 y 2008.

Para la verificación de la experiencia del Proponente (IDONEIDAD), en virtud del artículo 1º Del Decreto 777 de 1992 modificado por el artículo 1 del Decreto 1403 de 1992, se evaluaba con base en las certificaciones presentadas por los proponentes y se solicitaba experiencia específica dentro de mínimo un año en la ejecución de proyectos similares al que se iba a contratar.

Como se señaló en el capítulo II la reconocida idoneidad se medía en resultados satisfactorios, por lo que era necesario que el posible oferente entregara la totalidad de las certificaciones que acreditaban su experiencia. Desde el Estudio Previo se establecían las características de la certificación¹²⁴ y se recibía copia del convenio y su respectiva acta de recibo a satisfacción (los dos documentos), o el acta de liquidación, de lo contrario no era tenida en cuenta para efectos de evaluar este criterio, se advertía en el estudio previo que las certificaciones que no cumplan con los requisitos, características y condiciones exigidas, o que tengan calificado el servicio como malo o con observaciones, o no contengan la totalidad de la información requerida, NO serán tenidas en cuenta para efecto de determinar y evaluar el criterio de experiencia.

La Verificación del cumplimiento de las Especificaciones Técnicas, se planteaba en el estudio previo como un mínimo de cumplimiento a las condiciones técnicas establecidas en el capítulo pertinente. Se tenía como sanción la omisión de una o algunos de los ítems establecidos dará lugar a que se rechace la propuesta. De igual manera deberá manifestar que en caso de ser aceptada la propuesta, cumplirá para la debida ejecución contractual con la totalidad de los requisitos contenidos en las especificaciones técnicas.

Por otro lado, el posible oferente debía entregar: a. Registro Único de Proponentes, donde el asociado estuviese debidamente inscrito, clasificado y calificado en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio y b. Certificación que acredita la capacidad residual: El proponente deberá demostrar una capacidad residual de contratación disponible o no comprometida en otros convenios, mayor o igual a 100 SMMLV como PROVEEDOR y/o CONSULTOR.

La Verificación económica de la propuesta, se realizaba teniendo en cuenta el valor de la propuesta económica incluido el IVA y se asignaba el máximo puntaje (100 puntos) a la oferta que presente el menor valor, siempre y cuando se cumpla con el porcentaje de cofinanciación, y se establezca en que se invertirá, se solicitaba una cofinanciación no inferior a un diez por ciento (10%), del valor del presupuesto oficial, a las demás propuestas para efectos del puntaje se realizaba una regla de tres simple.

¹²⁴ Nombre de la Entidad o persona contratante que certifica, Nombre del Contratista a quien se le expide la certificación, Objeto del convenio, Fecha de iniciación del convenio, Fecha de terminación

En cumplimiento del numeral 6 del Art. 3 del Decreto 2474 de 2008, se estructuraba una matriz de riesgo y se establecía como medios de cobertura multas, cláusula penal pecuniaria y constitución de garantías (Buen manejo y correcta inversión del anticipo, cumplimiento, calidad del servicio y pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales).

Finalmente se establecían las condiciones generales del convenio, a saber: plazo, tipo de convenio, valor, forma de pago, obligaciones del asociado, perfeccionamiento del contrato y publicación, cesión de derechos y subcontratación e indemnidad y se señalaban cuales eran las causales de rechazo.

Bajo la premisa que se trataba de una invitación para una contratación directa, se procedía mediante acto administrativo a justificar el inicio de la misma, tal como lo dispone el Art. 77 del Decreto 4828 de 2008, que dispone: “. Cuando proceda el uso de la modalidad de selección de contratación directa, la entidad así lo señalará en un acto administrativo que contendrá: 1. El señalamiento de la causal que se invoca. 2. La determinación del objeto a contratar. 3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que se exigirán a los proponentes si las hubiera, o al contratista. 4. La indicación del lugar en donde se podrán consultar los estudios y documentos previos, salvo en caso de contratación por urgencia manifiesta”. Aún cuando el convenio de asociación, no es una causal de contratación directa, teniendo en cuenta los elementos que estructuran tal modalidad de contratación, se tenía que el mismo era una contratación directa, reglada en un régimen especial, como se señaló en el capítulo III del presente escrito, sin convertirse en una causal de contratación directa, en la Administración Local se le daba tal tratamiento.

Así mismo se realizaba un pliego de condiciones para darle curso a la invitación, donde se establecían en principio una recomendaciones iniciales, se tenía la justificación establecida en el estudio previo, el régimen jurídico aplicable, se convocaban la veedurías ciudadanas De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 80 de 1993, y el numeral 5 del artículo 5 del Decreto 2474 de 2008, se indicaba el objeto del convenio, el presupuesto oficial estimado, el presupuesto de cofinanciación que debían asumir las entidades sin ánimo de lucro y el plazo de ejecución.

En el segundo capítulo del pliego de condiciones se establecían los requisitos mínimos que debía cumplir la entidad sin ánimo de lucro quisiera participar en la invitación directa y se indicaban cuales eran los parámetros para identificar la reconocida idoneidad¹²⁵ y la necesidad de elaborar un acta de Evaluación de Idoneidad soportado en los documentos de experiencia que presentara el oferente.

Se indicaba en el acápite de invitaciones, que la entidad invitaría máximo a dos (2) entidades sin ánimo de lucro, para que presentasen su propuesta. El número de invitaciones en la contratación directa es potestativo de la Entidad, es el ordenador de gasto quien estima cuantas serán las invitaciones necesarias y a quienes se deben extender.

¹²⁵ **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 contractual (inciso segundo Art. 1 decreto 1403 de 1992)**

No puede perderse de vista en ningún momento que en esta clase de procedimientos, aún siendo un régimen especial, existen gran cantidad de entidades sin ánimo de lucro y de contera deberá garantizarse el principio de selección objetiva, lo cual estará en cabeza del ordenador del gasto, quien será el director de su propia orquesta, sin embargo si existe pluralidad de oferentes deberán darse con claridad los criterios objetivos y mínimos de escogencia, porque de no hacerlo se crearía frente al tercero una expectativa que no tendría un final adecuado, además porque a los participantes, así sea en un procedimiento de contratación directa, como quedó dicho, deberá observar criterios coherentes.

En el mismo capítulo del pliego de condiciones para invitación directa, realizado para las invitaciones, se estructuraba un cronograma que contenía el plazo para entregar la propuesta, el período de verificación de los documentos, evaluaciones, adjudicación, suscripción del convenio.

En el tercer capítulo del pliego de condiciones para invitación directa se establecía el contenido de las propuestas indicando los documentos de verificación jurídica, verificación financiera, de verificación técnica y administrativa y las causales de rechazo de las propuestas, tales documentos de verificación eran los mismos solicitado en el estudio previo, el cual ya se detalló en párrafos precedentes.

En el cuarto capítulo se establecían las condiciones generales del convenio, a saber: plazo, tipo de convenio, valor, forma de pago, obligaciones del asociado, perfeccionamiento del convenio y publicación, cesión de derechos y subcontratación, multas, cláusula penal, constitución de garantías e indemnidad.

En el quinto capítulo se establecían las especificaciones técnicas que debían ser cumplidas por el oferente y se detallaban las actividades a realizar para dar cumplimiento al objeto contractual.

En el último capítulo, el sexto, se establecía como sería la verificación de las propuestas, cuales eran los criterios de verificación y evaluación, que para todos los efectos serían los mismos indicados en el estudio previo.

Una vez se tenía el pliego de condiciones para una invitación directa, la Administración procedía a realizar un oficio de invitación, y se solicitaba al representante legal de la entidad sin ánimo de lucro una propuesta que cumpliera con el pliego de condiciones, adjuntándole copia del mismo, estableciendo además que el estudio previo podría ser consultado en las instalaciones del Fondo de Desarrollo Local.

El día señalado en el cronograma del pliego, la administración elaboraba una acta de cierre, donde se indicaba el nombre e identificación del oferente, la fecha y número de radicado, el valor y las copias aportadas.

A la propuesta, el comité asesor la verificaba jurídica, financiera y técnicamente, se analizaban las certificaciones presentadas por el oferente para determinar si la entidad sin ánimo de lucro había obtenido resultados satisfactorios, lo cual se realizaba en documento separado, donde se estudiaban y se dejaba un registro de cada una de las certificaciones presentadas y si cumplía con lo establecido en el pliego de condiciones, la Administración expedía una constancia de idoneidad y experiencia.

En la mayoría de los procesos adelantados en el año 2009, se invitaban dos (2) oferentes, sin embargo solamente aportaba propuesta una entidad sin ánimo de lucro, a la que se le otorgaba el máximo puntaje y por ser una sola propuesta, por lo general no había observaciones a las evaluaciones y si la propuesta del oferente cumplía con todos y cada uno de los requisitos establecidos en la invitación, la Administración procedía a realizar el acto administrativo de adjudicación mediante resolución motivada.

Debe anotarse que la potestad del ordenador del gasto de realizar las invitaciones para la celebración de los convenios de asociación, es una facultad propia, que no es posible delegar y debe responder no solo a las necesidades del servicio sino a un minucioso análisis, para no realizar acuerdos de voluntades con entidades que no tienen ni siquiera los requisitos mínimos para contratar con el Estado.

La respuesta de las entidades sin ánimo de lucro para el desarrollo de un proyecto, será directamente proporcional al número de invitaciones, en consecuencia si las mismas son pocas, la respuesta será de la misma forma.

Una vez en firme la resolución de adjudicación se procedía a la suscripción del convenio de asociación con la entidad sin ánimo de lucro que había agotado en debida forma el procedimiento, que cumplía con todos los requerimientos efectuados por la administración en el pliego de condiciones, a la que el ordenador del gasto le había suscrito una constancia de idoneidad y experiencia y que satisfacía las premisas del decreto 777 de 1992, en concordancia con la resolución 17 de 2007¹²⁶ expedida por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

La Administración buscaba realizar un procedimiento enmarcado dentro de la contratación directa, incluyendo los requisitos establecidos en la decreto 777 de 1992 y en el decreto 1403 de 1992 y cumpliendo con las directrices emanadas en la circular 017 de 2007, donde se establecen los formatos pertinentes.

El anterior procedimiento era utilizado en la Unidad Ejecutiva Local de la misma Secretaría de Gobierno, donde en auge del Decreto 101, enviaron funcionarios a las Alcaldías Locales, y en revisión a los documentos solicitaban en el trámite de los convenios de asociación se tuviera en cuenta en las invitaciones cuales serían los requisitos habilitantes y cuales los de puntaje, porque aún siendo una invitación directa si se invita a varios, quería decir sin lugar a dudas que era necesario definir cual sería el mecanismo de selección de la mejor oferta.

En el año 2009, estaba en vigencia el Decreto 854 de 2001, que disponía en su Art. 37: "Delegar en los Alcaldes Locales de Bogotá D.C. la facultad de contratar, ordenar los gastos y pagos, correspondientes al objetivo "*Gestión Pública Admirable*" o la que haga sus veces en el Plan de Desarrollo Local, el cual fue modificado por el Decreto 612 de 2006¹²⁷.

¹²⁶ Mediante la cual se entregan formatos de verificación de requisitos y resoluciones de autorización para la celebración de contratos de apoyo, convenios de asociación y la enajenación de Bienes Fiscales a entidades sin ánimo de lucro

¹²⁷ El decreto 612 de 2006 asigna a los Alcaldes Locales, entre otras, las funciones de contratar, ordenar gastos y pagos con cargo al presupuesto de los Fondos de Desarrollo Local, en el rubro de "*Gestión Humana*"

Lo que se traducía en decir para el año 2009, que la competencia para la celebración de convenios de asociación solamente estaba prevista para la ejecución de proyectos en temas de ambiente, cultura, desarrollo económico, industria, turismo y gobierno, por lo que bajo la existencia de las Unidades Ejecutivas Locales (UEL), de las entidades del Distrito, quienes tenían su propio ordenador de gasto y una vez recibían el dinero por parte de las Alcaldías Locales, procedían ellas a contratar.

En tales UEL, también se estilaba la contratación mediante convenios de asociación, donde se utilizaban procedimientos similares al utilizado en la Alcaldía Local de Kennedy, se buscaba al máximo proteger los recursos públicos y por tal razón existían cláusulas de sanción, pacto de multas y cláusula penal, exigencias de características jurídicas, técnicas y financieras.

Así mismo, debe señalarse que la Administración local solicitaba lo que indica el estatuto contractual, para las entidades que quieren contratar con el Estado, agotando el procedimiento debido, realizando las correspondientes evaluaciones de la propuesta, se analizaba la cofinanciación¹²⁸, para determinar cual oferta era la más favorable para la entidad.

Frente a la cofinanciación debe decirse que por tratarse de convenios, en la Administración Distrital, se busca que las partes aunaran esfuerzos y que ambas aportaran a la correcta ejecución del acuerdo de voluntades, bien sea patrimonialmente o mediante actividades, este es otro punto que debe ser analizado teniendo en cuenta que la cofinanciación no es una exigencia que tenga el Decreto 777 de 1992, ni tampoco es de la naturaleza del mismo, sin embargo se utilizan como un medio para que la entidad asociada se comprometa con la correcta ejecución, sin embargo no debía ser una condición sin la cual se pudiese realizar el convenio de asociación, porque sería otro requisito que no contempló la norma de nivel nacional y no podría imponerse vía circulares.

Bajo las anteriores consideraciones en el año 2009 se celebraron veinticinco (25) convenios de asociación, los cuales están señalados en el anexo No. 1 del presente trabajo, donde se indica el número del convenio, el asociado, el objeto del convenio, la fecha de suscripción y el valor del mismo.

PROCEDIMIENTO Y ANÁLISIS EN EL AÑO 2010

Como se dijo en el capítulo I del presente escrito, El Art. 37 del Decreto 854 de 2001, fue derogado por el Art. 24 del decreto 101 de 2010¹²⁹ y en su lugar el Art. 8 ibidem estableció: *“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 establecida en el Plan de Desarrollo Local que esté vigente”*,

Pública” o el que haga sus veces en el Plan de Desarrollo Local y en la provisión de bienes y servicios en los temas: ambiente, cultura, desarrollo económico, industria y turismo y, Gobierno

¹²⁸ Es el término designado para nominar los aportes que realizan los asociados que bien pueden ser en dinero o en especie.

¹²⁹ 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

tal competencia entraría a regir cuatro meses después de la expedición del decreto, el mismo se expidió el 011 de marzo de 2010, luego la competencia iniciaría el 11 de julio, sin embargo al derogar expresamente el Art. 37 del decreto 854 de 2001, se presentó una falla de técnica jurídica que debió ser solucionada a través de otro decreto¹³⁰ aclaratorio.

Respecto del decreto 153 de 2010, debe decirse que la transición de las normas derogadas solamente era por cuatro (4) meses, lo que indica que a partir del 11 de julio de 2010, quedaron derogadas los Arts. 35, 36 y 37 del Decreto 854 de 2001, por lo cual en la actualidad es un error indicar que el Alcalde local es el supervisor general de los contratos o que el mismo ejerce la interventoría de los mismos.

Una vez entró en vigencia el Decreto 101 de 2010, los recursos que antes iban a las Unidades Ejecutivas Locales de las entidades del Distrito Capital, razón de ser de las especialidades del derogado Decreto 612 de 2006, entrarían directamente a los Fondos de Desarrollo Local, desapareciendo aquellas entidades, entregando plena autonomía a los ordenadores de gasto de nivel local, eliminando los otros ordenadores que dirigían las UEL, y haciendo entrega de la totalidad del presupuesto a cada localidad en particular.

Lo anterior implicó en primer lugar que se aumentaron ostensiblemente los recursos, lo cual en principio sería en pro de las comunidades, sin embargo se contaba con el mismo número de empleados y con los mismos contratistas para desarrollar todas las actividades, no se disponía del personal técnico que acompañara la estructuración de los proyectos y las eventuales evaluaciones en los procesos pertinentes, las entidades ocasionalmente enviaban funcionarios a las Alcaldías Locales para que explicaran el funcionamiento y aclararían las nuevas dinámicas, sin embargo el apoyo era deficiente.

Solamente la Secretaría de Ambiente utilizó la figura de la desconcentración, en virtud del Artículo décimo (10) del Decreto 101 de 2010, para enviar funcionarios a las Alcaldías Locales, las entidades que no acogieron dicha figura, que en su mayoría fueron las demás entidades distritales, debían presentar un plan de gestión local que tuviera: a. Objetivos de la gestión de la entidad en las localidades. b. Procesos de ejecución del plan de acción de la entidad en la localidad. c. Definición de procedimientos específicos de participación de la ciudadanía en la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación del Plan de Acción. Reiterando que por la innovación del decreto se generaron traumatismos al momento de la contratación y las entidades se limitaban a enviar funcionarios esporádicamente para que hicieran una especie de jornadas de atención de preguntas, pero en nada ayudaban a la generación de estudios previos, pliegos de condiciones, comités evaluadores etc.

Con la expedición del Decreto 101 de 2010, además se buscaba por parte del Distrito Capital, la territorialización de la inversión que significaría llegar con los recursos públicos a los lugares donde verdaderamente se necesitan, se crea una instancia de Consejo de Alcaldes, se adicionan módulos de seguimiento de la gestión local y en general se le apuntaba a la descentralización efectiva.

Una vez entregados los recursos a los ordenadores de gasto, se presentaron retrasos en las ejecuciones y se evidenció por parte del nivel central la intención de las

¹³⁰ Decreto 153 de 2010 (abril 21): en el cual se indica que la derogatoria de las normas señaladas en el Art. 24 del decreto 101 de 2010 operará una vez venza el periodo de transición contenido en el artículo 8° del mismo, es decir, cuatro (4) meses contados a partir de su publicación.

administraciones locales de contratar sus recursos a través de los convenios de asociación, lo que generó desconfianza y trajo como consecuencia que se adoptaran medidas respecto del ejercicio por parte de los/as Alcaldes/as Locales de las facultades delegadas para la celebración de contratos de apoyo y/o convenios de asociación y así dio lugar a la expedición del decreto 341 de 2010, mediante el cual para que la administración local pudiese suscribir un convenio de asociación, debía obtener autorización expresa por parte de la Secretaría de Gobierno.

Disponía el Art. 1 ibidem: *“Los/as Alcaldes o Alcaldesas Locales solicitarán al/a Secretario/a 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 007(Sic) (para todos los efectos debe entenderse que es la circular 017 de 2007) expedida por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor”*.

Como la competencia de autorización se entregó a la Secretaría de Gobierno, y según el Art. 2 del Decreto 341 de 2010, la misma era indelegable, quienes recogían la solicitud de autorización para revisión, era la oficina jurídica de la Secretaría de Gobierno.

En aquella oficina jurídica, se hicieron diversas interpretaciones respecto de los convenios de asociación, para lo cual empezaron por decir que el procedimiento agotado en la vigencia 2009 por parte de las administraciones locales y en la misma UEL de la Secretaría de Gobierno, era conforme a un proceso de selección, y por tratarse de un régimen especial, no había necesidad de adelantar tal trámite, que los convenios de asociación se diferenciaban de los contratos de apoyo y que por tanto dentro del sustento jurídico debía eliminarse el decreto 777 de 1992 y solamente se debía dejar el Art. 96 de la ley 489 de 1998.

Argumento último analizado en el capítulo tercero del presente escrito, donde se concluyó que no había tal diferencia y que no existe un régimen diferente para los contratos del Decreto 777 de 1992 y otro para los originados en el Art. 89 de la ley 489 de 1998, es más esta última norma hace expresa referencia al sustento normativo, Art. 355 y el mismo es reglamentado por los decretos referidos.

Cada uno de los abogados que conformaban la oficina jurídica tenían un concepto respecto de la manera de revisar la documentación presentada por las Alcaldías Locales y de suerte pasaba de ser una mera revisión documental a una revisión de fondo, hasta el punto de cuestionar las condiciones técnicas de los proyectos.

Si bien es cierto, debía solicitarse autorización al Secretario de Gobierno, hasta que punto podía la oficina jurídica entrar a realizar cuestionamientos directos acerca de la formulación de los proyectos, los cuales están acordes a un plan de desarrollo, debidamente aprobado por la Junta Administradora Local, convirtiéndose en una instancia de revisión de fondo de los proyectos a ejecutar en la vigencia respectiva.

Mediante memorando¹³¹, la oficina jurídica de la Secretaría de Gobierno, indicó respecto del procedimiento adelantado en la vigencia 2009, que el fundamento utilizado de ninguna

¹³¹ Radicado No: 20103810499383, memorando de: La oficina jurídica de la Secretaría de Gobierno. Para: Alcalde Local de Kennedy

manera podía ser la ley 80 de 1993 y 1150 de 2007, que solamente se podía utilizar el decreto 777 de 1992 o el 1403 de 1992 lo cual como quedó dicho tal argumento no es de recibo bajo lo establecido en el capítulo IV, del presente escrito donde se presentan situaciones en las que necesariamente en los convenios de asociación de acudirse a lo normado en el estatuto contractual.

Por otro lado, manifestaba la oficina jurídica de la Secretaría de Gobierno, que se presentaba un pliego de condiciones con enfoque de proceso de selección, que se solicitaba RUP y que el procedimiento no era de selección, por lo que era necesario que la entidad local definiera el régimen jurídico aplicable teniendo en cuenta el proyecto y la necesidad, dando cumplimiento de manera integral a los preceptos establecidos en el Decreto 777 y 1403 de 1992, reiterando que la administración local no podía utilizar el estatuto contractual para nada.

De no utilizar el estatuto contractual, se estaría ante vacíos normativos que necesariamente deben ser solucionados con las normas que rigen la materia, y que actualmente son las utilizadas por las entidades de derecho público en las etapas precontractual, contractual y postcontractual.

En el año 2010, como en la mayoría de años al interior de las administraciones locales, se deja para última hora la contratación y por tal razón ante la necesidad de ejecutar los presupuestos asignados se suele acudir ante las modalidades que menor tiempo utilizan, que para el momento eran los convenios de asociación, sin embargo por el nuevo requisito que aparecía en el panorama de recibir una autorización por parte de la Secretaría de Gobierno, la modalidad excepcional recibió un giro, donde dependía de la aprobación de un tercero para poderlos suscribir.

Los Fondos de Desarrollo del Distrito Capital, tras pasar un tiempo considerable sin que se produjesen las esperadas autorizaciones, tuvieron la necesidad de acudir a la oficina jurídica de la Secretaría de Gobierno para averiguar respecto de las mismas, razón por la cual, tal oficina solicitó en principio que las administraciones entregaran en un documento los estudios previos, en otro la invitación, en otro la certificación de idoneidad y experiencia, y en otro la minuta del convenio, no obstante, para la revisión documental se fueron más allá de lo estipulado en la circular 017 de 2007 expedida por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor y solicitaron informalmente una cantidad de documentos.

En consecuencia la oficina jurídica de la Secretaría de Gobierno, solicitó otros documentos, como por ejemplo la Certificación de personas jurídicas de la Alcaldía Mayor, donde constara que la entidad se encontraba inscrita en la dependencia de Personas Jurídicas de la Alcaldía Mayor de Bogotá, quienes ejercen inspección y vigilancia de las entidades sin ánimo de lucro, como quedó dicho en el capítulo No.1, solicitaban además certificado expedido página SICE, propuesta económica con la desagregación de la partida de cofinanciación que debe ser de mínimo el diez (10) por ciento, exigían que dentro de las cláusulas de las minutas se debía incluir impulso de programas y actividades de interés público, se solicitó expresamente que las minutas de los convenios, ni ningún otro documento tuviese como sustento legal el decreto 777 de 1992, so pena de no autorizar la suscripción de los convenios, lo cual puede ser evidenciado en cualquiera de los convenios suscritos en el año 2010 y que tienen autorización previa de la Secretaría de Gobierno.

Tal sería la interpretación de la oficina jurídica de la Secretaría de Gobierno de Distrito Capital, que se expidió la Circular 007 de 07 de marzo de 2011, dirigida a Alcaldes Locales, Coordinadores Administrativos y Financieros y Abogados de los Fondos de Desarrollo Local, emanada de la Secretaria de Gobierno, con la que se reguló el procedimiento que debían agotar las Administraciones locales para efectos que fuesen aprobados los convenios de asociación.

Mediante tal circular la oficina jurídica de la Secretaría de Gobierno, solicitó un listado de documentos a saber: 1. Certificación de personas jurídicas de la Alcaldía Mayor, 2. fotocopia de la libreta militar del representante legal de la entidad, 3. fotocopia del RIT (registro de identificación tributaria), 4. Certificaciones que debían incluir el cumplimiento y la satisfacción, 5. Certificación bancaria que expresara si era de ahorros o corriente y quien es el titular, 6. Formato único de la función pública, 7. Formato de bienes y rentas de la función pública, 8. Certificado expedido página SICE, 9. certificado de inspección, vigilancia y control de la entidad pertinente, 10. Propuesta económica con la desagregación de la partida de cofinanciación que debe ser de mínimo el diez (10) por ciento, 11. Exigían que dentro de las cláusulas de las minutas se debía incluir impulso de programas y actividades de interés público, cumplimiento de los pagos parafiscales, incluir en las minutas cláusulas excepcionales de caducidad, interpretación y modificación unilateral. 12. Estudios previos. 13. Invitación. 14. Certificación de Disponibilidad presupuestal. 15. Certificado de idoneidad y experiencia. 16. Minuta de convenio.

En el año 2010 la revisión de documentos generó traumatismos, teniendo en cuenta que solamente una oficina revisaba los convenios de las veinte (20) localidades y por tanto había represamiento y produjo que las administraciones locales proyectaran sus cláusulas de convenio, según lo autorizado por la Secretaría de Gobierno, so pena que el mismo no fuese autorizado, entregando así la supuesta autonomía que meses atrás se había logrado con el Decreto 101 de 2010 y cumpliendo nuevamente lo solicitado por el nivel central.

Por otro lado en el decreto 341 de 2010 en su Art. 2 señalaba que: *“Los/as Alcaldes o Alcaldesas Locales adoptarán mecanismos para garantizar la igualdad, la publicidad, la participación plural de oferentes y la transparencia, en la selección de las entidades privadas 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”.*

En tal artículo se solicitaba de los ordenadores del gasto que garantizarán los principios de la contratación pública, pensando que para poder utilizar la modalidad de contratación de los contratos de apoyo o de los convenios de asociación debían tenerse presentes tales principios, lo que ya deja entrever que aún cuando se manifestaba que el régimen especial de aquellos convenios, nada tenía que ver con el estatuto contractual, se dejó constancia en el mismo decreto que el estatuto contractual sí incide en tal régimen especial y como se estableció en el capítulo IV de este escrito, deben ser utilizados en aquellas situaciones que las normas especiales no dispusieron nada.

Sin embargo surge un interrogante, respecto a la participación plural de oferentes, toda vez que la misma llevará necesariamente a que la Administración deba realizar un

proceso de selección objetiva dentro de las entidades sin ánimo de lucro, para lo cual indiscutiblemente deberá señalar dentro de la solicitud de oferta o los pliegos de condiciones, cuales serán los factores de evaluación por parte de la entidad, cuales son aquellos criterios que permiten establecer que una entidad sin ánimo de lucro es la mejor, dentro de aquellas que se presentaron y que deben ser evaluadas por la entidad, además que en la solicitud de oferta se deberá señalar el procedimiento a efectuar con la propuesta, los términos para las evaluaciones, el traslado a los oferentes y la decisión de la administración.

En la práctica, como quedó dicho a través de un decreto y una circular, la misma Secretaría de Gobierno creó un procedimiento que debían seguir las Alcaldías Locales para presentar desde la invitación hasta la Minuta de los convenios de asociación, sin el lleno de todos los requisitos no se podía autorizar la suscripción de los convenios, invadiendo de tal suerte la autonomía en la ejecución contractual por parte del ordenador de gasto y retrocediendo en lo logrado a partir del Decreto 101 de 2010.

El procedimiento señalado de verificación de documentos en nada garantizaba la selección objetiva, toda vez que la Entidad de nivel central se limitaba a revisar una lista por ella misma creada, en las que se solicitaban los documentos que a su juicio debían encontrarse dentro del convenio de asociación, haciendo un análisis que quedaba corto, porque por ejemplo se solicitaba la inscripción en el Sistema de Información de la Contratación Estatal, pero no el Registro único de Proponentes, donde constara la inscripción, calificación y clasificación.

Se solicitaban documentos propios de los contratos de prestación de servicios como hoja de vida de la función pública, formato de bienes y rentas e inscripción en el SICE, por lo que se puede concluir que del lugar donde emanaban las directrices, se tenían serias confusiones y de tal suerte se tomaban decisiones dependiendo de quien ostentara el cargo de asesor jurídico de la entidad tantas veces nominada.

Como se pudo evidenciar, lejos de entender que para garantizar la pluralidad de oferentes, necesariamente se debía establecer el procedimiento de verificación y de asignación de puntaje, garantizando una selección objetiva, aunque sea mediante invitación, con el ánimo de celebrar el convenio con la mejor propuesta, que cumpla con lo solicitado por la administración, simplemente se dijo por parte de la oficina jurídica de Secretaría de Gobierno, que no se debían utilizar los preceptos contenidos en la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007, ya que aquellas normas nada tenían que ver con los convenios de asociación, lo que a todas luces carece de sentido y puede generar inconvenientes.

Con el procedimiento ajustado por la Secretaría de Gobierno, en cumplimiento del decreto 341 de 2010 y antes de la circular 007 de 2011, se suscribieron por parte de la Alcaldía Local de Kennedy cuarenta y un (41) convenios de asociación en la vigencia 2010¹³², los cuales se encuentra enunciados en el Anexo 2 del presente escrito, y para la suscripción de los mismos se solicitó autorización a la Secretaría de Gobierno, enviando todos los documentos, ajustando las cláusulas a lo requerido, acomodándose a todas las interpretaciones que sobre el tema hacía la oficina jurídica de la Secretaría de Gobierno.

¹³² Relación de contratación año 2010, emanada de las oficinas jurídica y de presupuesto del Fondo de Desarrollo Local de Kennedy.

De los anexos 1 y 2 del presente trabajo, queremos destacar en primer lugar que la mayoría de los convenios se celebraron terminada la vigencia fiscal, en el mes de diciembre y casi siempre durante los últimos días. Lo que sin lugar a dudas es una tradición en las dependencias donde se maneja la contratación estatal, pero que invita a que los ordenadores del gasto tengan en cuenta el principio de anualidad para las inversiones y que en virtud de la debida planeación se deberían adelantar los procesos iniciando cada año.

En segundo lugar cabe destacar que el objeto a desarrollar por parte de las entidades sin ánimo de lucro, también pudo haber sido contratado adelantando una modalidad de selección contenida en el Estatuto Contractual, aún cuando es potestativo del ordenador de gasto la modalidad de selección, deja serias reflexiones que un régimen aparentemente especial que debiese ser de poca utilización, es la fuente de la ejecución presupuestal de la entidad.

Los montos contratados de ninguna manera son irrisorios, se genera un gran riesgo a la entidad bajo la modalidad de un régimen especial que no ha sido decantado a lo largo de los años, el cual ni siquiera tiene como génesis el actual estatuto contractual, sino que su lógica está enmarcada en el decreto 222 de 1983 y a partir del momento en que se han utilizado se han aplicado varias interpretaciones que al parecer dejan tranquilos a los administradores de turno, pero generan dudas en los siguientes y se crean otras interpretaciones, sin decir que una sea mejor que la otra, lo que es seguro es que en nuestro país se ha venido luchando contra el flajelo de la corrupción en la contratación y se han creado para ello interminables normas que deben ser aplicadas para la escogencia de los contratistas.

El procedimiento utilizado en la Secretaría de Gobierno para el año 2010, fue analizado por Alcaldesa Mayor Designada, encontrando la pertinencia de eliminar posibles obstáculos a la facultad de contratación delegada a los/as Alcaldes/as Locales a través del Decreto 101 de 2010, razón por la cual mediante el Art. 1 del Decreto 579 de fecha 14 de diciembre de 2011, se deroga expresamente el Decreto Distrital 341 de 2010 y en su lugar se ordena fomentar mecanismos de asistencia y acompañamiento técnico de dicha Secretaría al proceso de viabilización, elegibilidad y ejecución de proyectos de inversión de las localidades.

Según se ha visto en el presente escrito, era necesario que se derogara el Decreto 341 de 2010, porque el mismo no solo contrariaba el espíritu de descentralización del Decreto 101 de 2010, sino que además formalmente creaba mayores requisitos de los establecidos en la normativa pertinente del régimen especial, haciendo una interpretación extensiva y sin fundamento bajo la propia concepción de los convenios de asociación y creó serias dudas respecto de la interpretación y aplicación de las normas.

Si bien es cierto, la competencia de celebrar los convenios de asociación, regresa a la cabeza de los ordenadores de gasto, debe tenerse un cuidado especial en la celebración de los mismos, en principio sin ser una modalidad de contratación directa, y siendo un régimen especial, su utilización debería ser excepcional y no la regla general, porque eso traería como consecuencia que fueran menos los procedimientos donde se hiciese prevalecer la pluralidad de oferentes y la selección objetiva.

Los principios del Estatuto Contractual, pueden tener un mejor asidero jurídico si el régimen especial tiene cabida dentro de la modalidad contratación directa y se convierte en una causal, lo que generaría la utilización debida de la misma bajo la tutela de una modalidad de selección ampliamente utilizada y así no se permitiría que a través de decretos de carácter Distrital se modifiquen Decretos reglamentarios con fuerza de ley y se desnaturalice la esencia de un régimen que tiene su génesis en la Constitución Nacional.

El contenido de los capítulos del presente escrito buscan ser herramientas a la hora de celebrar convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro, para que se analice desde la estructuración de la necesidad si lo que es conveniente para la entidad si es la suscripción de un convenio, en lugar de adelantar un proceso de selección.

Haciendo un paralelo del abuso en la contratación de los convenios de asociación, se tiene la celebración de los contratos interadministrativos, los cuales son causal de contratación directa, contenido en el inciso primero, del literal c, del numeral 4 del Art. 2 de la ley 1150 de 2007, fue tal el abuso que en virtud de la ley 1150 de 2007 se incluyó que para tal modalidad que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos, lo que cerraba la puerta a la celebración de cualquier contrato interadministrativo.

Lo anterior lastimosamente no fue suficiente, y como quiera que se continuaron presentando inconvenientes, se dispuso en el Art. 92 de la ley 1474 de 2011 (estatuto anticorrupción) que: *“en los contratos interadministrativos se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo”.*

En tal disposición normativa se señala que para ciertos contratos donde participen personas jurídicas sin ánimo de lucro *conformadas por la asociación de entidades públicas*, será necesario que participen en los procesos de selección objetiva, es decir que ya no se podría contratar mediante el régimen especial del convenio de asociación sino que se debería acudir a la licitación o los procedimientos establecidos.

Se puede decir que se cerró la brecha para la contratación de las entidades estatales con sus propias asociaciones, bajo la modalidad de contrato interadministrativo y necesariamente deberán someterse a procedimientos de selección objetiva.

CONCLUSIONES

1. Los convenios de asociación tienen su origen en el Art. 355 de la Constitución Nacional y están reglamentados por el Decreto 777 de 1992 y 1403 de 1992, mediante tal Artículo Constitucional se recogió el sentir de terminar con los auxilios parlamentarios, prohibiendo las donaciones y permitiendo la contratación con entidades de derecho privado, en atención a que no todas eran fachadas para apropiarse de los recursos públicos.
2. Si bien es cierto los convenios de asociación aparecen en el ordenamiento jurídico antes de promulgarse el Estatuto contractual de 1993 y su principal soporte era el Decreto 222 de 1983, debe tenerse en cuenta que la lógica y dinámica de las instituciones actuales está sujeta a las normas contractuales vigentes.
3. Los convenios de asociación son un régimen especial de contratación, no se encuentran en ninguna modalidad de selección y tampoco funcionan como una causal taxativa de contratación directa, sin embargo teniendo en cuenta que aún la contratación directa debe ser un procedimiento donde se garanticen los principios de la contratación estatal, es la fuente más parecida a los convenios de asociación y en virtud de aquella se tuvo un procedimiento al interior de las entidades distritales, que podría garantizar la pluralidad de oferentes y la selección objetiva.
4. Una vez derogada la dicotomía entre derecho público y derecho privado dentro de la contratación estatal, se debe tener que los convenios de asociación son una relación de naturaleza pública y de tal suerte le aplica todo lo concerniente a las entidades estatales.
5. Para que se suscriba un convenio de asociación deberá hacerse con una entidad sin ánimo de lucro, de reconocida idoneidad, definida bajo resultados satisfactorios que deberán ser probados y debidamente certificados, su celebración debe impulsar programas y proyectos de interés público y se pueden pactar cláusulas de carácter excepcional con el estatuto contractual.
6. Para la suscripción de los convenios de asociación es menester que los ordenadores del gasto tengan en cuenta la normativa que se ha originado alrededor de los convenios de asociación, especialmente en el Distrito Capital, cumpliendo con lo requerido y garantizando los principios de la contratación estatal.
7. Es deber de la entidad analizar cuáles son las actividades a desarrollar, porque de ninguna manera a través de los convenios de asociación se pueden tener contraprestaciones directas a favor de la entidad.
8. Lo reglamentado en el Decreto 777 de 1992, se queda corta respecto de las dinámicas propias de la contratación estatal actual, y al no regular varias materias de suma importancia, es necesario aplicar el estatuto contractual para poder solventar las situaciones.

9. En los convenios de asociación no debería pactarse ni anticipo ni pago anticipado, teniendo en cuenta que los mismos son una forma de pago, aunque tienen diferencias puede tenerse que existe algún tipo de contraprestación y de tal suerte se desnaturalizaría la naturaleza de los convenios de asociación.
10. Los amparos que se solicitan a través de la garantía única de cumplimiento, deben ser perfectamente analizados, teniendo en cuenta que algunos de ellos no aplican para los convenios de asociación.
11. Los convenios de asociación por ser de tracto sucesivo, para la ejecución de varias actividades deben ser liquidados en los tiempos establecidos, so pena de pérdida de la competencia o si se trata de un proceso de continuidad no se pueda continuar.
12. En los convenios de asociación deben pactarse como cláusula de sanción las multas y la cláusula penal, y se deberá utilizar el procedimiento para hacerlas efectivas contenido en el Estatuto Anticorrupción.
13. Las administraciones para garantizar el principio de selección objetiva deben tener en cuenta que debe existir pluralidad de oferentes, que llegarán de acuerdo a las invitaciones que se realicen por parte de los ordenadores de gasto y en la invitación es necesario determinar cuál será la forma de escoger la mejor propuesta para la entidad.
14. El procedimiento del convenio interadministrativo, trató de ser orientador a la hora de celebración de convenios de asociación, sin embargo los dos son diferentes, en la medida que media una entidad sin ánimo de lucro de carácter privado.
15. No existe una diferencia entre los contratos de apoyo (decreto 777 de 1992) y los convenios de asociación (Art. 96 de la ley 489 de 1998), ambos parten del mismo precepto constitucional y el primero es el reglamentario de la fuente constitucional del segundo.
16. El Decreto Distrital 341 de 2010, que disponía la autorización de la Secretaría de Gobierno para la celebración de los convenios de asociación, deslegitimaba el Decreto 101 de 2010, y afectaba directamente la autonomía de los entes locales.
17. La oficina jurídica de la Secretaría de Gobierno Distrital planteó varias tesis que no tenían un fundamento sólido y generaron varias interpretaciones respecto de los convenios de asociación y confundió a los ordenadores del gasto de las Alcaldías Locales.
18. Mediante la circular 007 de 2011, expedida por la Secretaría de Gobierno se trató de reglamentar un procedimiento para los convenios de asociación, sin embargo el mismo quedó derogado con el Decreto Distrital 579 de 2011.

19. Se hace urgente que se cree un procedimiento verdadero para los convenios de asociación, que no sean simples paños de agua tibia, como la solicitud de autorización, sino una reforma estructural que permee hasta la Constitución.
20. Teniendo en cuenta las diferentes modalidades de selección, la opción del convenio de asociación, debe ser restringida y debidamente analizada en la estructuración del estudio previo.

BIBLIOGRAFÍA

Oscar Manuel Gaitán Sánchez – Cámara de Comercio de Bogotá, Guía Práctica de las Entidades sin Ánimo de lucro y del sector solidario.

EMBID IRUJO, José Miguel - ensayo Notas sobre el régimen jurídico de las Entidades Sin Ánimo de lucro, estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores – Universidad de Valencia, donde cita a DE PRADA GONZALEZ, J Ma, Actividades Mercantiles de las fundaciones, en derecho de sociedades, libro homenaje a Fernando Sanchez Calero, I, Mc Graw – Hill, Madrid 2002, págs. 53 y ss.

NIETO ROA, Luis Guillermo, prólogo libro Contratación de las entidades Privadas sin ánimo de lucro, ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 1997.

SARMIENTO TORRES, Iziar Elisa – SARMIENTO TORRES, Maricel, Contratación de las Entidades privadas sin ánimo de lucro, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda, Bogotá, 1997.

JARAMILLO JUAN CARLOS, Entidades sin ánimo de lucro Características y aplicaciones del régimen tributario, Ed. LEGIS, Cuarta Edición, 2007, Bogotá.

Alejandro Felipe Sánchez Ceron – como violar las normas de la contratación estatal

PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel. La Contratación de las Entidades Estatales. Librería Jurídica Sánchez R LTDA. 5ta Edición, Medellín – Colombia, 2005.

PINEDA DE MARTINEZ, Rosa. Régimen de las Inhabilidades de los Servidores Públicos. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá. 2004.

PINO RICCI, Jorge El régimen jurídico de los contratos estatales, Universidad Externado de Colombia, 1era Edición, 2005.

RICO PUERTA LUIS ALONSO. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Editorial Leyer. Tercera edición, Bogotá, 2004.

ROA SALGUERO, David Alfonso. FERRER LEAL Hector Enrique. La Falta Disciplinaria en la Contratación Estatal. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá D.C. Colombia, 2008.

SOLARTE AMAYA Felipe, Contratos Estatales Atípicos, Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá D.C. Colombia, 2008.

SUAREZ BELTRAN, Gonzalo, La Nueva Contratación Pública En Colombia. Editorial LEGIS. Bogotá D.C. Colombia, 2009.

Plan de Desarrollo económico, social y de obras públicas del Distrito Capital para el período 1993 – 1995

Gaceta del Congreso Año I numero 75. Miércoles 23 de septiembre de 1992, página 11.

CEDIEL DE PEÑA MARTHA CLEMENCIA, artículo denominado REFLEXIONES RELATIVAS A LAS CLAUSULAS EXCPCIONALES, dentro de libro Contratación Estatal: Aspectos Controversiales, memorias IV JORNADA DE CONTRATACIÓN ESTATAL, compilador: Felipe de Viviero Arciniegas, Ediciones Uniandes – 2007.

BLANCO, JOSÉ VICENTE, artículo denominado evasión de la licitación a través del decreto 777 de 1992, publicado en página <http://contratacionestatal.blogspot.com/2008/11/la-evasin-de-la-licitacin-travs-del.html>

BORJA AVILA RAMIRO, Estudios jurídicos sobre contratación estatal, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2009.

PARRA EURIPIDES, El Contrato de Interventoría, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

PARRA GUTIERREZ WILLIAM RENÉ, Los Contratos Estatales, Cuarta Edición, Ediciones Librería El profesional, 1999.

SANTOFIMIO GAMBOA JAIME ORLANDO, Tratado de Derecho Administrativo contratación indebida, Universidad Externado, 1era edición, Bogotá - Colombia, 2004.

Exposición de motivos del proyecto de Ley 20 de 2005, Senado” en Gaceta del Congreso No. 458, 2005.

Concepto 063 de 2008 emitido por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá – Dirección Jurídica Distrital.

Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II, pág. 365. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 1997

Diccionario en línea: <http://es.thefreedictionary.com/convenio>.

Concepto 063 de 2008 emitido por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá – Dirección Jurídica Distrital.

Convenio de cooperación institucional entre el Distrito capital - Alcaldía Mayor de Bogotá y la Caja de Compensación Familiar COMPENSAR de fecha 05 de noviembre de 1998.

Recomendaciones para la elaboración de estudios previos. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, Abril de 2010. Publicultural S.A.

CAUSA JOSÉ ANTONIO. *Alcances del anticipo y el pago anticipado*. Artículo publicado en la Revista de Derecho, Universidad del Norte, - Barranquilla -Atlántico 21:96-105, 2004.

Concepto del 17 de marzo de 2004 – Contraloría General de la Nación.

Memorando de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá para la Subdirectora de la Imprenta Distrital.

Relación de contratación años 2009 - 2010, emanadas de las oficinas jurídica y de presupuesto del Fondo de Desarrollo Local de Kennedy.

Convenios de asociación relacionados en los anexos No. 1 y No. 2, que se encuentran en el Archivo de la Alcaldía Local de Kennedy.

Estudio previo invitación no. 12 de 2009 – Alcaldía Local de Kennedy.

Radicado No: 20103810499383, memorando de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Gobierno dirigido al ordenador de gasto de la localidad de Kennedy.

LEYES Y DECRETOS:

Ley 153 de 1887

Decreto 222 de 1983

Art. 355 de la C.N (1991)

Decreto 777 de 1992

Decreto 1403 de 1992

Decreto 1421 de 1993 (estatuto orgánico de Bogotá)

Ley 80 de 1993

Ley 489 de 1998

Decreto 1139 de 2000

Decreto 2170 de 2002

Decreto Distrital 195 de 2007

Ley 1150 de 2007

Circular 07 de 2007 Secretaría General - Alcaldía Mayor

Decreto 066 de 2008

Decreto 2474 de 2008

Decreto 4828 de 2008

Decreto 2025 de 2009

Decreto 3576 de 2009

Decreto 1464 de 2010

Decreto Distrital 101 de 2010

Decreto Distrital 153 de 2010

Decreto distrital 341 de 2010

Circular 007 de 2011 Secretaría de Gobierno.

Ley 1474 de 2011 (estatuto Anticorrupción)

Decreto 2516 de 2011

Decreto Distrital 579 de 2011.

Código de Comercio

Código Civil

SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-372 de 25 de agosto de 1994, (Magistrado ponente, doctor Vladimiro Naranjo Mesa).

Sentencia C-506 de 24 de noviembre de 1994, (Magistrado ponente, doctor Fabio Morón Díaz).

Sentencia C-230 de 25 de mayo de 1995, (Magistrado ponente, doctor Antonio Barrera Carbonell).

Sentencia C-316 de 19 de julio de 1995 (Magistrado ponente, doctor Antonio Barrera Carbonell).

Sentencia C-152 de 1999.

sentencia C- 40 del 26 de enero de 2000, exp 2457, M.P: Fabio Morón Díaz

Sentencia C-1168 de 2001

Sentencia C-712 de 2002:

Sentencia C-042 de 2006.

Sentencia C-128 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

Sentencia C-965 de 2003, confirmada por la sentencia C-125 de 2004, Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR

Sentencia C-507 de 2008

Sentencia C-713 de 2009, el texto: “y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo” fue declarado exequible por la Corte Constitucional.

SENTENCIAS CSJ – CONSEJO DE ESTADO:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de febrero 27 de 1974

Corte Suprema de Justicia - Sala plena, sentencia de fecha junio 9 de 1988.

Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia. Auto de 20 de agosto de 2002, radicado 18029

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicados No. 23836 de 22 de mayo de 2006, 19383 del mismo año, 18754 de 5 de mayo de 2003 y 18608 de 17 de junio de 2004.

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo sección Primera, 30 de septiembre de 1977.

Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P: Antonio J. de Isiarri Restrepo, sentencia del 13 de agosto de 1987

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1701 de noviembre de 28 de 1989.

Consejo de Estado, sala de lo contencioso Administrativo, sección primera, septiembre 20 de 1990.

Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Javier Henao Hadrón, 17 de octubre de 1995 – radicación No. 739.

Sala de consulta y servicio civil. Concepto del 30 de enero de 1997, exp. 938. C.P: Javier Henao Hidrón, en Banco de Datos jurídicos.

Concepto del Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación 1024 de 9 de octubre de 1997, C.P: Cesar Hoyos Salazar.

Consejo de Estado, Sección Tercera, - expediente 13436 - tomo copiator 457 - folios 335-346, M. P: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá, ocho (8) de agosto de dos mil uno (2001), Radicación número: AC-10966 - AC-11274.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 14436, Junio 22 de 2001. M..P. Ricardo Hoyos Duque.

Concepto 1230 de 1 de diciembre de 1999, Sala de Consulta; Sentencias 11759 de 30 de mayo de 1996 y 14384 de 16 de agosto de 2001, Sección Tercera. Aida Patricia Hernández Silva, doctora en derecho de la Universidad Externado de Colombia, Magistrada Auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P: German Rodriguez Villamizar, sentencia del 20 de octubre de 2005.

Sentencia nº 19001-23-31-000-1993-08001-01(14868) de Sección Tercera, 31 de Agosto de 2006, sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, M.P: Mauricio Fajardo Gómez.

ANEXO No. 1

No. Convenio	Contratista	NIT	OBJETO	FECHA DE SUSCRIPCIÓN	VALOR
CA-01-2009	CORP. INTERNAL . PARA EL DESARROLLO EDUCATIVO - CIDE -	860053914	Aunar esfuerzos administrativos técnicos y financieros para desarrollar el proyecto No. 89-2009 denominado promoción del desarrollo económico en la localidad de Kennedy componentes: programas de capacitación para los empresarios de la localidad, estudio de competitividad, asociando empresarios, formación en competencias laborales para el trabajo , y el proyecto 91 de 2008 denominado: conectividad internacional de la localidad componente: ingles como idioma extranjero.	16/10/2009	1054900000
CA-02-2009	UNIDADES DEMOCRATICAS PARA EL DESARROLLO - CEUDES	800077223-9	Aunar esfuerzos administrativos técnicos y financieros para desarrollar el proyecto No. 079-2009 denominado fortalecimiento de la política pública de mujer y género en 4 componentes: exigibilidad de derechos ante la violencia contra las mujeres de Kennedy; escuela de formación política de mujeres para mujeres con perspectiva de género; fortalecimiento para el acceso a la justicia de la mujeres víctimas de violencias en el espacio público y privado y consolidación del punto focal de la localidad de Kennedy, del FDLK de conformidad con los pliegos de condiciones y la propuesta presentada.	17/11/2009	180990000
CA-03-2009	ASOC. COORDINADORA CIVICA NACIONAL - COORDINADA	830058435	Aunar esfuerzos administrativos técnicos y financieros para desarrollar el proyecto No. 2009-0041 denominado normatividad viva mejorando de la calidad ambiental componente normatividad viva mejorando la calidad ambiental y el proyecto No.2009 - 0082 denominado ambiente sano para gente sana manejo integral del recurso componente ambiente sano para gente sana -manejo integral del recurso hídrico	24/11/2009	655.000.000,00
CA-04-2009	ASOCIACION CULTURAL TEATRAMA	830013829	La entidad sin ánimo de lucro se obliga para con el fondo a aunar esfuerzos administrativos técnicos y financieros para desarrollar el proyecto No. 63 denominado circuitos artísticos culturales y programas de eventos componente fomento a la producción artística local XVI navidad en escena y el componente fomento de producción artística local - escuela permanente y evento central de rock del fondo de desarrollo local de	03/12/2009	107.800.000,00

			Kennedy		
CA-05-2009	ASOCIACIÓN DE ARTES ESCENICAS KABALA TEATRO	800213003-9	La entidad sin ánimo de lucro se obliga para con el fondo a aunar esfuerzos administrativos técnicos y financieros para desarrollar el proyecto No. 60 denominado formación y capacitación en gestión y procesos culturales, componente: Escuela de formación artística de Kennedy del FDLK de conformidad con el pliego y la propuesta presentada.	15/12/2009	112.800.000,00
CA-06-2009	FUNDACION CULTURAL TEA TROPICAL	800213599	La entidad sin ánimo de lucro se obliga para con el fondo a aunar esfuerzos administrativos técnicos y financieros para desarrollar el proyecto No.60 denominado formación y capacitación en gestión y procesos culturales componente escuela de formación artística - historias colectivas e individuales (historias barriales) y el proyecto No 63 denominado circuitos artísticos culturales y programas de eventos componente estímulos a la creación artística cultural local - programa de estímulos a la creación artística (festival de danza, interpretes y teatro del fondo de desarrollo local de Kennedy	15/12/2009	131.600.000,00
CA-07-2009	FUNDACION XIXA	830123782-0	La entidad sin ánimo de lucro se obliga para con el fondo a aunar esfuerzos administrativos técnicos y financieros para desarrollar el proyecto No.74 denominado Kennedy tiene sistema local de juventud, componente: Kennedy tiene sistema local de juventud, de conformidad con el pliego y la propuesta presentada.	16/12/2009	82.434.000,00
CA-08-2009	FUND. PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DE COLOMBIA	830142167	La entidad sin animo de lucro se comprometen con el fondo a aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros para desarrollar el proyecto No. 89 denominado promoción del desarrollo económico localidad de Kennedy componente acciones de agricultura urbana del fondo de desarrollo local de Kennedy	22/12/2009	92.000.000,00
CA-09-2009					139.000.000,00

CA-010-2009	FUNDACIÓN TERRA NOVA	830090744	La entidad sin ánimo de lucro se compromete con el fondo a aunar esfuerzos administrativos técnicos y financieros para desarrollar el proyecto 2009-0025 recuperación del medio ambiente local componente recuperación del medio ambiente local - proceda proyecto 2009-0049 Kennedy con el aire limpio reverdece componente Kennedy con el aire limpio reverdece y proyecto 2009- 0083 control de contaminación auditiva y visual componente control de contaminación auditiva y visual del fondo de desarrollo local de Kennedy	30/12/2009	284.750.000,00
CA-11-2009	FUNDACIÓN FUNARKG O ONG	830102092	La entidad sin animo de lucro se compromete con el fondo a aunar esfuerzos administrativos técnicos y financieros para desarrollar el proyecto 0092 denominado fortalecimiento en los procesos participativos de la localidad de Kennedy componente Apropiación del territorio y fortalecimiento de la participación mediante los medios comunitarios alternativos locales del fondo de desarrollo local de Kennedy	30/12/2009	239.800.000,00
CA-12-2009	FUNDACIÓN CULTURAL TEA TROPICAL	800213599	proyecto-0063-2009:circuitos artísticos culturales y programa de eventos, componente: fomento a la producción artística local- capo eirá, proyecto 0068 – 2009.fortalecimiento de procesos étnicos e interculturales. Componente: festival de colonias y de expresiones campesinas, proyecto 0078 – 2009: acercamiento a los esquemas de desarrollos identitarios, componente: expresiones, valores y tradiciones de la cultura room, proyecto 0068 – 2009: fortalecimiento de procesos étnicos e interculturales, componente: formación en tradiciones indígenas y etnoculturales, proyecto 0068 – 2009: fortalecimiento de procesos étnicos e interculturales, componente: encuentros de saberes étnicos, proyecto no. 0078-2009: acercamiento a los esquemas de desarrollos identitarios, componente: promoción y difusión de las expresiones, valores y tradiciones de la cultura afrokennediana:	30/12/2009	224.378.100,00
CA-13-2009	FUND. CENTRO NACIONAL DE TECNOLOGÍA - CENATECH	900018856	092-2009 fortalecimiento de los procesos participativos de la localidad de Kennedy, componente: apoyo a consejos locales de participación y el proyecto 092-2009. fortalecimiento de los procesos participativos de la localidad de Kennedy. componente: implementación del sistema local de participación	30/12/2009	232.201.000,00

CA-014-2009	ASOC. PROMOT ORA DE PROYECT OS SERVICIO S Y ASESORIA S CULTURA L	830075525	La entidad sin ánimo de lucro se compromete con el fondo a aunar esfuerzos administrativos técnicos y financieros para desarrollar el proyecto 0070 denominado desarrollo de un programa integral para la restitución de derechos y la inclusión social de las personas en condición de discapacidad sus familias y cuidadores componente realización del primer festival de la discapacidad incluyente del fondo de desarrollo local de Kennedy	30/12/2009	85.880.300,00
CA-015-2009	CORP. ACADEMI CA Y DE INVESTIG ACION - CIDECC	830145974	La entidad sin ánimo de lucro se compromete con el fondo a aunar esfuerzos administrativos técnicos y financieros para desarrollar el proyecto 092 - 2009 fortalecimiento de los procesos participativos de la localidad de Kennedy componente sistema local de comunicación del fondo de desarrollo local	30/12/2009	68.936.030,00
CA-16-2009	CORP.PR OMOVER CIUDADA NIA	830064882	La entidad sin animo de lucro se compromete con el fondo a aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros para desarrollar el proyecto 0078 - 2009 acercamiento a los esquemas de desarrollos identitarios componente programas de inclusión y promoción de los derechos humanos de la población LGTB para disminuir la violencia y la discriminación por orientación sexual y/o identidad de genero, del fondo de desarrollo local	30/12/2009	50.000.000,00
CA-017-2009	ASOC. PROMOT ORA DE PROYECT OS SERVICIO S Y ASESORIA S CULTURA L	830075525	La entidad sin animo de lucro se compromete con el fondo a aunar esfuerzos administrativos técnicos y financieros para desarrollar el proyecto 0070 denominado desarrollo de un programa integral para la restitución de derechos y la inclusión social de las personas en condición de discapacidad sus familias y cuidadores componente apoyar la creación de unidades productivas para las personas en condición de discapacidad de la localidad octava de kennedy	30/12/2009	92.000.000,00
CA-18-2009	CORP. INSTITUT O SUPERIO R DE EDUCACI ÓN SOCIAL - ISES	860066098	La entidad sin animo de lucro se compromete con el fondo a aunar esfuerzos administrativos técnicos y financieros para desarrollar el proyecto 093-2009 fortalecimiento de la organización social y comunal de la localidad de Kennedy componente fortalecimiento de organizaciones sociales y redes sociales del fondo de desarrollo local de Kennedy	30/12/2009	131.786.186,00

CA-20-2009	CORP. INSTITUTO SUPERIOR DE EDUCACIÓN SOCIAL - ISES	860066098	La entidad sin ánimo de lucro se compromete con el fondo a aunar esfuerzos administrativos técnicos y financieros para desarrollar el proyecto 0020-2009 alternativas productivas para la generación de ingresos de poblaciones vulnerables componente formación empresarial para los trabajadores informales y proyecto 0020- 2009 implementación de alternativas productivas para la comunidad de la localidad de Kennedy componente acciones para el restablecimiento del derecho al trabajo de personas mayores en situación de vulnerabilidad	30/12/2009	139.093.500,00
CA-22-2009	CORPORACION UNIVERSAL DE INVESTIGACION Y TECNOLOGIA	860514382	La entidad si ánimo de lucro se compromete con el fondo a aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros para desarrollar el proyecto 0092 - 2009 fortalecimiento de los procesos participativos de la localidad de Kennedy componente escuela de participación local escuela techotiva para la formación de gestores del desarrollo y la planeación local	31/12/2009	92.500.000,00
CA-23-2009	CORPORACION COMUNICAR	830031031	PROYECTO 0086-2009 :MEJORAMIENTO DE LAS CONDICIONES DE SEGURIDAD DE LA LOCALIDAD DE KENNEDY , COMPONENTE: ZONAS SEGURAS	31/12/2009	95.000.000,00
CA-023-2009	CORPORACION COMUNICAR	830031031	La entidad sin ánimo de lucro se compromete con el fondo a aunar esfuerzos administrativos técnicos y financieros para desarrollar el proyecto 0086-2009 mejoramiento de las condiciones de seguridad de los habitantes de la localidad de Kennedy componente zonas seguras del fondo de desarrollo local de Kennedy	31/12/2009	95.000.000,00
CA-24-2009	CORPORACION COMUNICAR	830031031	PROYECTO 0086-2009 :MEJORAMIENTO DE LAS CONDICIONES DE SEGURIDAD DE LA LOCALIDAD DE KENNEDY , COMPONENTE: ZONAS SEGURAS	31/12/2009	120.366.000,00
CA-025-2009	CORPORACION COMUNICAR	830031031	La entidad sin ánimo de lucro se compromete con el fondo a aunar esfuerzos administrativos técnicos y financieros para desarrollar el proyecto 2009-0083 fortalecimiento de la organización social y comunal de la localidad de Kennedy componente capacitación para l conformación de la escuela local de padres y madres de familia del fondo de desarrollo local de Kennedy	31/12/2009	89.540.000,00

ANEXO No. 2

No. CONTRATO	INFORMACIÓN DEL CONTRATISTA			VALOR CONTRATO
	NOMBRE O RAZÓN SOCIAL	IDENTIFICACIÓN (NIT o C.C.)	OBJETO CONTRATO	
				VALOR INICIAL
CAS-03-2010	CORPORACION INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO EDUCATIVO – CIDE-	860.053.914-4	Aunar esfuerzos de asociación para desarrollar el componente: Formación de competencias laborales para el trabajo – capacitando en oficios productivos, de conformidad con el proyecto 89 de 2010 denominado promoción del desarrollo económico en la localidad de Kennedy, los pliegos de condiciones y la propuesta presentada.	650.000.000,00
CAS-09-2010	CORPORACION FORJADORES	830.046.092-7	Aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros para el desarrollo del proyecto: promoción del desarrollo económico de la localidad de Kennedy. COMPONENTE: Internacionalización de las Mypimes de la localidad de Kennedy. Realizar asesoría, acompañamiento y capacitación para 50 Mypimes de la localidad en estándares internacionales de la localidad, incoterms, razones para exportar, definición de la calidad exportable, estudio de mercado, competitividad, planeación de la exportación y e-commerce	353.850.000,00
CAS-093-2010	TEATRAMA		cumpleaños de kennedy - navidad en escena	269.350.000,00
CAS-094-2010	XIXA	830123782-0	Aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros para fomentar la participación activa de los y las jóvenes de la localidad de Kennedy en las actividades programadas por el sistema local de juventud en el cierre del presente año en el marco del proyecto 0074 “Kennedy tiene sistema local de juventud” de	85.650.000,00

			la vigencia 2010.	
CAS-110-2010	FUNDAR	900074944-1	aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros para fomentar la práctica de actividades deportivas en los niños, jóvenes, adultos y adultos mayores mediante el desarrollo de carrera ciclista, carrera atlética y deporte y recreación para adulto mayor, así mismo se aúnan esfuerzos para fomentar la sana convivencia en jóvenes y reconocer los derechos de los niños mediante el deporte y la recreación en la celebración del día de los niños y de las niñas y los juegos escolares e intercolegiados, y apoyar la integración y el desarrollo de las comunidades mediante la presentación de iniciativas comunitarias, componentes enmarcados en el proyecto no. 67- 2010.	540.520.000,00
CAS-111-2010	ASOCIACION DE JUNTAS DE ACCION COMUNAL	800077904-6	aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros para acercar el deporte a las comunidades mediante los juegos comunales enmarcado en el proyecto no. 67- 2010.	109.000.000,00
CAS-112-2010	ASOCIACION LA VOZ DE MARIA	860014716-6	Aunar recursos técnicos, administrativos y económicos para fortalecer el proceso de organización de los medios comunitarios y alternativos, las instancias de participación, mediante la vinculación en campañas y convocatorias de la administración local, apoyo para la producción de sus publicaciones o emisiones y la conformación del sistema local de medios comunitarios y alternativos locales a través de la conformación de una agencia de prensa local que fortalezca los procesos de participación locales y distritales, incentive la comunicación y la producción de nuevos medios, y aporte a la consolidación de un sistema local de	250.000.000,00

			comunicación.	
CAS-113-2010	CORPORACION AVENTURA POR LA NATURALEZA DE LOS ANDES	900220836-9	aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros para fomentar la practica deportes no tradicionales en jóvenes y adultos y aprovechar el tiempo libre en las vacaciones de los niños mediante el desarrollo de deporte extremo urbano, ecoaventura y vacaciones recreativas enmarcado en el proyecto no. 67- 2010.	258.000.000,00
CAS-115-2010	FUNDACION REDES DE APOYO	900225654-8	aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros para desarrollar el fortalecimiento de la unidad familiar de la localidad de Kennedy a través de estrategias enfocadas a la resolución de conflictos y la unión de las familias kennedyanas y las demás que sean concordantes al documento técnico	45.000.000,00
CAS-116-2010	FUNDACION REDES DE APOYO	900225654-8	aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros para estimular a los deportistas destacados locales y de alto rendimiento	99.300.000,00
CAS-117-2010	ARTES ESCENICAS KABALA TEATRO	8002130003-9	Aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros para desarrollar el proyecto: formación y capacitación en gestión y procesos culturales, que incluye 1. la organización, fortalecimiento del sistema local de cultura e implementación de redes artísticas y culturales en la localidad; 2. Implementación de las estaciones de cultura - Estación Arte para convivir niños y niñas; 3. implementación de la escuela de formación artística de	232.500.000,00

			Kennedy; 4) Implementar y desarrollar el proyecto de las historias colectivas e individuales e historias barriales; 5. Promover el fortalecimiento, creación y desarrollo de acciones de formación y capacitación en los campos del arte, la cultura y el patrimonio, de tal manera que se garanticen, dinamicen y apoyen los procesos de gestión socio – cultural en la localidad de Kennedy.	
CAS-118-2010	PROACTIVA	830075525-8	Aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros para apoyar el desarrollo personal, psicológico y físico de personas en condición de discapacidad, mediante la práctica de diferentes disciplinas deportivas, enmarcado en el proyecto No. 67-2010, de acuerdo a las especificaciones técnicas y la propuesta presentada.	100.000.000,00
CAS-119-2010	PROACTIVA	830075525-8	Aunar esfuerzos técnicos, financieros y administrativos para el desarrollo de la Capacitación y el apoyo en el proceso de creación y fortalecimiento de unidades productivas a las personas que se encuentren en condiciones de discapacidad física, sensorial (Auditiva-Visual) y Cognitiva leve en la Localidad de Kennedy. En donde se visibilice las habilidades y competencias y se generen ingresos a las familias y el mejoramiento de la calidad de vida de esta población, de acuerdo a las especificaciones técnicas del presente documento.	100.000.000,00

CAS-120-2010	PROACTIVA	830075525-8	Aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros para Establecer un proceso de Formación en temas culturales y la generación de espacios de muestra de las mismas, para personas en condición de discapacidad de la localidad de Kennedy, para con esto generar la inclusión social de este tipo de población de acuerdo con las especificaciones técnicas del presente documento.	79.986.000,00
CAS-121-2010	CORSERVICS	830105879-1	Aunar recursos técnicos, administrativos y económicos para continuar con el proceso de formación ciudadana que cualifique la participación de nuevos actores (Ciclo básico) y actores estratégicos locales de la comunidad (Ciclo avanzado) mediante un proceso de concertación que articule las diferentes ofertas de formación y que se oriente a la generación de conocimientos y fortalecimiento de las capacidades de los actores locales, en relación con su contexto territorial, barrial, zonal y local y su contribución a la construcción de un modelo de ciudad y región con criterios de equidad y justicia social en el ejercicio y disfrute de los derechos humanos, apoyando el fortalecimiento de las instancias de participación.	186.319.354,00
CAS-122-2010	FUNPROSCA	900037085-0	AUNAR ESFUERZOS ADMINISTRATIVOS, TÉCNICOS Y FINANCIEROS PARA PROMOVER Y CONSOLIDAR LA PRACTICA DEL FUTBOL DE SALON MEDIANTE EL DESARROLLO DE LA COPA JHON F KENNEDY FUTBOL DE SALON ENMARCADO EN EL PROYECTO No. 67-2010.	247.000.000,00

CAS-123-2010	UDCA	860403721-2	Aunar recursos técnicos, administrativos y económicos para reducir los índices de violencia y delitos en la localidad a través del apoyo a iniciativas sociales, culturales y económicas de impacto lideradas por las Juntas de Acción Comunal.	438.689.100,00
CAS-124-2010	FEC	830136658-1	Aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros para Establecer un proceso de formación, capacitación y acompañamiento en competencias productivas a tenderos y vendedores informales para la generación de ingresos de la población correspondiente de acuerdo a intereses, habilidades, capacidades, reconociendo sus saberes, experiencias y demás acciones que permitan la generación de ingresos, mediante la creación de redes de abastecimiento y el fortalecimiento de los mercados móviles a través de la implementación de estructuras móviles las cuales permitan la puesta en venta de productos por parte de los beneficiados del proyecto, en diferentes puntos de la localidad.	519.250.000,00
CAS-126-2010	ASOCIACION CULTURAL ESPACIOS DE VIDA	830112276-8	Aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros para desarrollar el programa de estímulos a la creación artística y cultural local, Festival de danza, teatro y música (interpretes), el carnaval intercolegial de la cultura, el festival de agua y fuego, el festival de la chucua la vaca, festival de Dindalito y carnaval de antorchas	210.530.000,00

CAS-127-2010	CIDE	860053914-4	Aunar recursos técnicos, administrativos y económicos para fomentar y capacitar a diferentes nichos poblacionales en gestión y procesos productivo, de acuerdo a las especificaciones esenciales y el documento técnico	580.000.000,00
CAS-128-2010	FUNDACAMINO	830144476-1	Aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros para desarrollar acciones integrales y de promoción de un envejecimiento activo y saludable para 1000 personas mayores de la Localidad de Kennedy, a través de las estrategias definidas en las especificaciones esenciales y el documento técnico	400.000.000,00
CAS-129-2010	CODDIARCUPOP	830048130-8	Aunar esfuerzos técnicos, administrativos y económicos para formar y capacitar en expresiones artísticas y culturales al adulto mayor Kennediano en el marco del proyecto 60 de 2010 de conformidad con las especificaciones técnicas y la propuesta presentada	186.000.000,00
CAS-130-2010	TEATRAMA	830013829-6	Aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros para realizar un programa de expresiones, valores y tradiciones de la cultura afrokennediana y realizar un evento de expresiones, valores y tradiciones de la cultura rom, en el marco del proyecto 78 de 2010	74.400.000,00
CAS-131-2010	TEATRAMA	830013829-6	Aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros para desarrollar el Festival de Colonias y de Expresiones Campesinas, Encuentros de saberes étnicos y Formación en tradiciones indígenas y etnoculturales	139.500.000,00
CAS-133-2010	PROMOVER CIUDADANIA	830064882-5	Aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros para desarrollar el programa de prevención, protección e inclusión laboral para disminuir la violencia y la	46.500.000,00

			discriminación contra sectores LGBT	
CAS-134-2010	CINTECH	900091897-3	Aunar recursos técnicos, administrativos y económicos para sensibilizar a 300 familias, niños, niñas y adolescentes en condiciones de alta vulnerabilidad asociado a las peores formas de trabajo infantil en la localidad a través de un proceso de capacitación enmarcado en el enfoque de derechos y corresponsabilidad en aras de prevenir la problemática de ESCNNA	72.000.000,00
CAS-135-2010	FUNDACION DESARROLLO Y VIDA SOSTENIBLE	800119512-4	Aunar recursos técnicos, administrativos y económicos para atender en forma integrada a 450 niños, niñas, jóvenes escolarizados y sus familias en situación de maltrato y explotación laboral y sexual.	230.000.000,00
CAS-136-2010	ISES	860066098-5	Aunar recursos técnicos, administrativos y económicos para el mejoramiento de la educación enfocados hacia los procesos de lecto escritura, oralidad, participación, y el acceso y la permanencia a través de programas de alfabetización y validación, el desarrollo de talleres preicfes y el acceso a la educación superior.	347.313.960,00
CAS-138-2010	CORPORACION SINTESIS	830102560-2	Aunar esfuerzos para Promover la agricultura urbana como alternativa auto-sostenible y estrategia integral para la producción de alimentos orgánicos que garanticen autoconsumo familiar (seguridad Alimentaria y Nutricional) y la producción de excedentes.	92.000.000,00
CAS-139-2010	CORPORACION SINTESIS	830102560-2	Aunar recursos técnicos, administrativos y económicos para disminuir los niveles de contaminación, asociados al incumplimiento de la normatividad vigente, a través de estrategias de sensibilización, seguimiento y	190.000.000,00

			control, con el fin de fortalecer hábitos, costumbres y comportamientos ambientalmente adecuados dentro de la localidad.	
CAS-143-2010	ASOJUNTAS	800.077.904-6	FORMACION COMUNALES	94.000.000,00
CAS-146-2010	PROACTIVA	830.0785.525-8	Ejecución proyecto 93 -2010 fortalecimiento de la organización social y comunal de la localidad de Kennedy componente fortalecimiento y apoyo	558.313.377,00
CAS-147-2010	FUNDACION COMUNITARIA PLURIETNICA DE COLOMBIA	830.119.654.-0	Brindar apoyo técnico y logístico necesario para el adecuado desarrollo de las actividades del proyecto promoción de los derechos humanos la participación y convivencia y equidad en el sistema educativo oficial del distrito en la localidad de Kennedy	60.000.000,00
CAS-148-2010	CORPORACION EDUCATIVA ASED	830.074.238-4	Apoyar la creación de una microempresa para personas vinculadas a la prostitución	93.500.000,00
CAS-149-2010	FEC	830.136.356-1	El contratista se compromete con el fondo a establecer un proceso de fortalecimiento y acompañamiento en el proceso de mercaderización a nivel internacional de los productos manufacturados de mpyimes que sean objeto de beneficio del proyecto 089	146.250.000,00
CAS-150-2010	FEC	830.136.356-1	Proyecto 091-2010 desarrollo de proyectos turísticos de la localidad de Kennedy de acuerdo con las especificaciones técnicas	81.676.000,00
CAS-151-2010	FEC	830.136.356-1	BARRAS	110.000.000,00

CAS-154-2010	FUNDACION AVIATUR	830.139.588-8	Realizar una expedición pedagógica y científica a centros de investigación y de alta tecnología en astronomía en Chile	100.000.000,00
CAS-155-2010	FUNDACION AVIATUR	830.139.588-8	aunar esfuerzos entre el fondo de desarrollo local para lograr la articulación y el sector privado para fortalecer estrategias de sensibilización para el desarrollo y riqueza nacional así como elevar de los estudiantes y docentes vinculados a los colegios distritales mediante 4 expediciones pedagógicas al mar pacífico parque nacional Gorgona	112.000.000,00
CAS-156-2010	FUNDACION AVIATUR	830.139.588-8	Realizar una expedición pedagógica al cabo de la vela	108.000.000,00