

Los Convenios Administrativos de Fomento en
Colombia

Christian Medina Rojas

Tesis depositada en cumplimiento parcial de los requisitos para
el grado de Doctor en

Derecho

Universidad Carlos III de Madrid

Director/a (es/as):

Antonio Descalzo González

Marzo de 2022

Esta tesis se distribuye bajo licencia “Creative Commons **Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada**”.



AGRADECIMIENTOS:

Al Profesor Antonio Descalzo González, por la Dirección de la tesis.

DEDICATORIA:

Al Divino creador, por brindarme las herramientas necesarias para finalizar los estudios doctorales. A mi familia, por su paciencia y cariño incondicional a lo largo de este proceso.

TABLA DE CONTENIDO

| | Pág. |
|---|------|
| INTRODUCCIÓN | 10 |
| 1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN..... | 12 |
| 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA..... | 12 |
| 1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA..... | 13 |
| 1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN | 13 |
| 1.4. OBJETIVOS..... | 16 |
| 1.4.1. Objetivo general. | 16 |
| 1.4.2. Objetivos específicos. | 17 |
| 2. MARCO DE REFERENCIA TEÓRICO | 18 |
| 2.1. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS..... | 18 |
| 2.2. TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO..... | 27 |
| 2.3. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA O PÚBLICA EN COLOMBIA | 39 |
| 3. CARÁCTER JURÍDICO DE LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS DE FOMENTO DENTRO DEL MARCO DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA | |
| 53 | |
| 3.1. FUNCIÓN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL..... | 53 |
| 3.2. NATURALEZA DEL CONTRATO ESTATAL | 54 |
| 3.3. ALEATORIEDAD O CONMUTATIVIDAD DEL CONTRATO ESTATAL | 57 |
| 3.4. DIFERENCIA ENTRE CONVENIO DE LA ADMINISTRACIÓN Y CONTRATO ESTATAL..... | 62 |
| 3.5. LOS REGÍMENES ESPECIALES..... | 71 |
| 3.6. ACTIVIDADES DE FOMENTO..... | 76 |
| 3.7. APLICACIÓN EN ESPAÑA DE ACTIVIDADES DE FOMENTO..... | 85 |
| 3.8. PARTICULARIDADES DE LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS DE FOMENTO | 92 |
| 3.9. LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO ESAL..... | 94 |
| 3.5.1. Fundación. | 95 |
| 3.5.2. Corporación o asociación..... | 96 |
| 3.5.3. Entidades del sector solidario..... | 96 |
| 3.5.4. Constitución de las entidades sin ánimo de lucro..... | 96 |
| 3.5.5. Responsabilidades de las entidades sin ánimo de lucro ante la administración pública..... | 97 |
| 3.5.6. Inspección, control y vigilancia de las entidades sin ánimo de lucro..... | 97 |
| 3.5.7. Control de legalidad de las Cámaras de Comercio..... | 101 |
| 3.10. NUEVA REGLAMENTACIÓN PARA CONTRATACIÓN CON ENTIDADES PRIVADAS SIN ÁNIMO DE LUCRO | 102 |
| 3.10.1. Decreto 092 de 2017..... | 102 |

| | |
|---|-----|
| 3.10.2. Aspectos innovadores del Decreto 092 de 2017 | 104 |
| 4. JURISPRUDENCIA APLICABLE A LA EJECUCIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS EN RELACIÓN CON LA LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES | 119 |
| 4.1. LOS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS QUE PUEDEN CELEBRAR CONTRATOS A LOS QUE REFIERE EL ARTÍCULO 355 | 119 |
| 4.2. EL INTERÉS PÚBLICO | 120 |
| 4.3. LA EXCEPCIÓN EN EL CASO DE LOS RECURSOS PARAFISCALES | 120 |
| 4.4. ESTÍMULO A LA CONFORMACIÓN DE ASOCIACIONES SIN ÁNIMO DE LUCRO | 121 |
| 4.5. SERVICIOS DE SALUD | 121 |
| 4.6. LO QUE DICE LA LEY 80 SOBRE ESTAS ENTIDADES | 122 |
| 4.7. ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO DE CARÁCTER MIXTO | 123 |
| 4.8. DISTINCIÓN ENTRE APORTES Y AUXILIOS | 124 |
| 4.9. EL CÓDIGO CIVIL Y LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO | 127 |
| 4.10. DONACIONES Y RECURSOS PARAFISCALES EN ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO | 128 |
| 4.11. CESIÓN DE RECURSOS A ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO | 129 |
| 5. EFECTOS PRÁCTICOS DE LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS DE FOMENTO RESPECTO DE LA EJECUCIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS | 131 |
| 5.1. LAS LIBERTADES ECONÓMICAS | 139 |
| 6. CONCLUSIONES | 150 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 164 |
| Doctrina científica | 164 |
| Normatividad | 168 |
| Resoluciones | 174 |

LISTA DE TABLAS

| | Pág. |
|---|-------------|
| Tabla 1. Normatividad de la contratación pública hasta el 2015..... | 49 |

RESUMEN

En este trabajo se establecen elementos jurídicos que deben considerarse frente a la celebración de convenios administrativos de fomento en los períodos de vigencia de la Ley de Garantías Electorales, para lo cual se identifica la naturaleza jurídica de los convenios administrativos de fomento en el marco del régimen de contratación pública, se analiza la jurisprudencia aplicable a la ejecución de recursos públicos en relación con la Ley de Garantías Electorales y se estudian los efectos prácticos de los convenios administrativos de fomento respecto de la ejecución de recursos públicos.

El estudio se encuentra organizado en seis capítulos, siendo el primero el que permite concretar la formulación del problema objeto de estudio y los objetivos del trabajo. El marco de referencia teórico empleado en el proceso de análisis, es objeto del segundo capítulo, mientras que en el tercero se pasa de manera concreta al análisis de la naturaleza jurídica de los convenios administrativos de fomento en el marco del régimen de contratación pública. En el cuarto capítulo se expone y analiza la jurisprudencia relacionada con la ejecución de recursos públicos en el marco de la Ley de Garantías Electorales, mientras que los efectos prácticos generados por esos convenios en lo referente a la ejecución de recursos oficiales, es el tema del quinto capítulo. Finalmente, a partir de esos contenidos, las conclusiones son presentadas en el capítulo sexto.

Palabras claves: Convenios administrativos, fomento, ley de garantías electorales, contratación pública.

ABSTRACT

This work establishes legal elements that must be considered in the face of the execution of administrative development agreements during the periods of validity of the Electoral Guarantees Law, for which the legal nature of administrative development agreements within the framework of the Public procurement, the jurisprudence applicable to the execution of public resources is analyzed in relation to the Electoral Guarantees Law and the practical effects of administrative development agreements regarding the execution of public resources are studied.

The study is organized into six chapters, the first being the one that allows the formulation of the problem under study and the objectives of the work to be specified. The theoretical frame of reference used in the analysis process is the subject of the second chapter, while the third goes specifically to the analysis of the legal nature of administrative development agreements in the framework of the public procurement regime. In the fourth chapter, the jurisprudence related to the execution of public resources in the framework of the Electoral Guarantees Law is exposed and analyzed, while the practical effects generated by those agreements regarding the execution of official resources is the subject of fifth chapter. Finally, based on these contents, the conclusions are presented in the sixth chapter.

Key words: Administrative agreements, promotion, electoral guarantees law, public procurement.

INTRODUCCIÓN

La inversión pública es uno de los mecanismos que mayor impacto tiene en el desarrollo de una nación, no solo por el hecho de enfocarse en obras y en servicios que generan bienestar social como infraestructura, salud, educación, vivienda, seguridad, entre otros, sino porque a través del dinero que reciben los contratistas encargados de ejecutar los contratos que el Estado suscribe para la ejecución de los presupuestos de inversión pública y funcionamiento, se dinamizan directa e indirectamente la economía y el empleo.

Colombia es un país aún en fase de desarrollo que presenta carencias en diferentes aspectos como salud, infraestructura, educación y otras áreas básicas, por lo cual el buen uso que se dé a las finanzas públicas es determinante, no solo para el presente sino para el futuro de la sociedad. Al mismo tiempo es un país con un déficit presupuestal marcado y por esta situación debería esforzarse en optimizar la destinación y utilización de los recursos públicos, pues su capacidad exportadora es limitada y la generación de impuestos es también escasa frente a las necesidades que deben satisfacerse con esos dineros que nutren el presupuesto nacional. (Lozano & Julio, 2019, pág. 25)

El nivel de rezago que experimenta la economía nacional se refleja también en el hecho de que muchas empresas y personas dependen de manera directa de la contratación pública (Castilla, Mestre, & Márquez, 2016, pág. 71). La contratación pública es además un área en la que se desempeñan un número elevado de profesionales del derecho, quienes actúan en representación de todos los interesados en el tema: Los organismos del Estado que contratan las obras y los servicios públicos (ministerios, alcaldías, gobernaciones, entes

descentralizados, empresas comerciales del Estado, entre otros), los contratistas y proveedores en general, los entes de control (Contraloría General de la República y Contralorías regionales, la Procuraduría General de la Nación, la Oficina Anticorrupción, las Personerías, entre otros), además, de todo el sistema jurídico, encargado de atender los procesos que se instauran en materia de contratación pública.

Todo lo anterior permite ver que el tema de contratación pública tiene unas implicaciones de todo orden, pues no se mencionaron, por ejemplo, la dedicación que hacen las facultades de derecho a la formación de nuevos profesionales en temas de contratación pública, ni el número de empleos calificados y no calificados que derivan su sustento de esta actividad.

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Como se hizo mención en la introducción de este documento, la contratación pública involucra a toda la sociedad, ya sea como parte directa o como beneficiaria de los productos y servicios que se ejecutan en cumplimiento de los correspondientes contratos. Esa universalidad de afectación que tiene la contratación pública tiene una consecuencia adicional y es que no se detiene, dado que de forma cotidiana tanto las personas naturales como las jurídicas, requieren que esa ejecución se mantenga para poder mantener su actividad normal.

A pesar de ello, la Ley 996 de 2005 o Ley de Garantías en su artículo 38 establece una serie de prohibiciones a los servidores del Estado; el numeral 5 del mencionado artículo contiene un párrafo según el cual los gobernadores, los alcaldes de municipios y distritos, directores de instituciones descentralizadas, gerentes y secretarios, municipales, departamentales o distritales, tienen prohibido dentro de los cuatro meses previos a la realización de elecciones la celebración de convenios de carácter interadministrativo para la ejecución de recursos públicos.

Sin embargo, la figura de convenios administrativos no necesariamente genera ejecución de recursos públicos, dado que no existe contraprestación económica entre las entidades públicas y las entidades sin ánimo de lucro que suscriben este tipo de negocios jurídicos. Esta consideración lleva a pensar que podría darse una interpretación a ese

parágrafo según la cual se podrían celebrar los contratos administrativos de fomento aun en el período de cuatro meses a que hace referencia el artículo 38 de la Ley 996.

No obstante, otras posturas jurídicas se oponen a esta interpretación y consideran que la citada norma no abre espacio a interpretaciones y debe aplicarse sin excepciones, a pesar de que no exista contraprestación económica entre las entidades suscriptoras.

Ante esa divergencia de interpretaciones, el presente trabajo aborda este asunto para dar respuesta al problema jurídico que se formula a continuación.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Qué elementos jurídicos deben considerarse frente a la celebración de convenios administrativos de fomento en los períodos de vigencia de la Ley de Garantías Electorales?

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La contratación ha sido uno de los temas más importantes para la administración pública por cuanto a través de ella se ejecuta el gasto público y se busca satisfacer las necesidades de la población. Al estudiar el tema de la filosofía del contrato estatal se pueden comprender los postulados que se deben aplicar al mismo y así aproximarse a un concepto de éste, en el marco del Estado Social de Derecho. La forma dogmática tradicional con la cual se ha entendido la actividad contractual pública ha sido bajo los supuestos y parámetros del derecho administrativo; por eso, se ha entendido que la contratación estatal es actividad

administrativa (Rodríguez C. , 2016, pág. 110). En primer lugar se debe señalar que el artículo 209 de la Constitución Política de 1991, de forma expresa, en cuanto a la manera como debe ejercerse la función pública, prescribe:

Artículo 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.

De acuerdo con lo anterior, quienes participan y son responsables de la gestión contractual en las entidades de estatales, deben tramitar esos contratos atendiendo esas premisas, algunas de las cuales generan reglamentaciones específicas, así como disposiciones, manuales, instrucciones y otras normas procedimentales,

Lo anterior permite concluir la existencia de una estrecha relación entre los principios que regulan el ejercicio de la función de la administración y los procedimientos para las contrataciones que adelanta el Estado, en la medida en que esa contratación hace parte de la actividad de la administración; éstos constituyen el fundamento en el que basa estructura el sistema de contratación del Estado, por lo que hacen parte de las definiciones establecidas en el Estatuto de Contratación Estatal, (ley 80), complementada en su momento por en 2007 mediante la ley 1150.

El principio de legalidad también rige en el ejercicio de la actividad de contratación, debido a que ella es parte integrante de la actividad administrativa. Vedel (1980, pág. 12) entiende ese principio de legalidad como todo aquello que se ajusta a la ley, mientras que

para Kelsen (1977, pág. 35), no se trata de un simple compendio de normas, sino que obedece a un ordenamiento jerárquico. Esto hace que el actuar que se adelanta en estas entidades se encuentre sometidos a reglas a las que se deben sujetar todas las actividades de la administración estatal.

Los procedimientos para seleccionar los contratistas deben sujetarse a los principios orientadores de la administración pública; lo anterior a pesar de que existe y debe aplicarse también el principio de autonomía de la voluntad y que, además, pueden también aplicarse algunas cláusulas propias del régimen de contratación privada. Rodríguez (2016, pág. 111) señala al respecto que ese carácter discrecional se ve limitado en la práctica misma de la actividad de la administración, al recordar que su actuar no incluye todo aquello que puede, sino que se debe ajustar a lo que la legislación le autoriza. A pesar de que la legislación autoriza a que las estipulaciones contractuales guarden correspondencia con lo esencial y natural de los contratos estatales, debe siempre garantizarse la prevalencia de los intereses generales como precepto orientador para dar aplicación al principio de autonomía de la voluntad.

En este propósito deben siempre incorporarse las modificaciones derivadas de la entrada en vigencia de la Ley 80, uno de cuyos objetivos fue superar el tratamiento dual que previamente se les daba a los contratos administrativos; antes de esa norma se diferenciaba el tratamiento dado a aquellos contratos que implicaban un vínculo más estrecho con las actividades de la administración o con la prestación de servicios de carácter público, en comparación con el que se les daba a otros contratos que se asimilaban más a las negociaciones entre personas particulares.

El principio que motivó la expedición de la Ley 996 de 2005 fue el de evitar que los partidos políticos que ejercen el poder y el control de las entidades del Estado pudieran tener ventaja electoral sobre aquellos otros que ejercen la oposición y carecen de capacidad burocrática y administrativa, tal como lo registran Acosta y Arbeláez (2019, pág. 34); la suspensión temporal de los procesos contractuales durante los períodos previos a los procesos de elección popular precisamente intentó prevenir que, a través de la ejecución de recursos públicos, se pagaran favores políticos que beneficien a quienes tienen la posibilidad de asignar tales contratos.

El desarrollo de este trabajo busca contribuir al debate mediante el estudio de posibles alternativas jurídicas que permitan conciliar los intereses que por un lado tiene la población en general que hace uso de los productos y servicios que el Estado presta a través de contratistas, con los derechos que del otro lado tienen todos los partidos políticos para participar en procesos electorales cada vez más transparentes.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. Objetivo general.

Establecer elementos jurídicos que deben considerarse frente a la celebración convenios administrativos de fomento en los períodos de vigencia de la Ley de Garantías Electorales

1.4.2. Objetivos específicos.

1. Identificar la naturaleza jurídica de los convenios administrativos de fomento en el marco del régimen de contratación pública.
2. Analizar la jurisprudencia aplicable a la ejecución de recursos públicos en relación con la Ley de Garantías Electorales.
3. Estudiar los efectos prácticos de los convenios administrativos de fomento respecto de la ejecución de recursos públicos.

2. MARCO DE REFERENCIA TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Los derechos que han tenido los servidores públicos a través de la historia del siglo XX en la vida política, se mantuvieron limitados. Después, a través del acto legislativo 01 de febrero de 1945, que transforma el artículo 164 de la Constitución Política de 1886, la cual estableció limitaciones y penalidades para los empleados y subalternos de la rama jurisdiccional, al igual que al Ministerio Público al determinar que no “podrán ser miembros activos de partidos políticos ni intervenir en debates de carácter electoral, a excepción del ejercicio del sufragio” generando que “el quebrantamiento de esta prohibición constituye causal de mala conducta”.

En la introducción de la Constitución de 1991 y en otras determinaciones, se manifestó el interés de generar los requisitos institucionales que se necesitan para crear y fomentar los dispositivos de intervención democrática. Como se puede ver dentro del articulado que posee la Constitución como se señala a continuación.

- Artículos 1 y 2: Habla sobre la participación como particularidad fundamental del Estado.
- Artículo 3: Hace mención de la autorización de la soberanía en cabeza del pueblo, que se ejerce de forma directa o a través de sus delegados.
- Artículo 40: Alude al derecho que posee todo individuo a colaborar en la integración, práctica y vigilancia del poder político.

- Artículo 95: Compromiso de formar parte en la vida política y cívica del país.
- Artículos 99 y 100: Refiere al ejercicio de los derechos políticos.
- Artículo 103 a 106: Procedimientos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía.
- Artículo 107 a 111: Tratan sobre los partidos y movimientos políticos.
- Artículo 112: Consagra el estatuto de la oposición.
- Artículo 258 a 263: Versan sobre el sufragio y las elecciones
- Artículo 303 y 314: Tratan sobre la colaboración popular de gobernadores y alcaldes
- Artículo 374 al 379: Artículos que tienen que ver con la participación popular en reformas constitucionales.

Dentro de los artículos más importantes de la Constitución de 1991 con relación al tema de la participación del individuo en campos de la política, están: El artículo 40, donde se señalan las acciones por medio de las cuales los ciudadanos pueden practicar el “derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”, es decir, elegir y ser elegido; poder ser partícipes de la democracia, en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares, conformar y crear partidos políticos, agrupaciones políticas, poder asumir cargos públicos. De igual forma, en el artículo 95, hace alusión a los “deberes de la persona y el ciudadano”. Establece que uno de los deberes es “participar en la vida política, cívica y comunitaria del país”.

Conforme a lo señalado en el artículo 40, bajo los numerales 1, 7 y 85 de la Constitución, los derechos políticos que tiene el ciudadano a ser elegido y a la equidad de poder ingresar a los cargos públicos, se consideran como derechos esenciales de uso inmediato. Por lo tanto, constituyen derechos esenciales, que poseen una fuerza superior que se necesita para ser incluyentes, imperativos e influyentes para todos, como lo indican los artículos 4° y 5° de la Constitución Política de 1991.

Legalmente se establecieron normas concretas que tienen que ver con los integrantes tanto de las entidades públicas como de los miembros del Congreso, y así mismo del Presidente y Vicepresidente de la República. Dentro de esos preceptos están: La estipulación del plazo para las campañas electorales que está dado dentro de los cuatro meses anteriores a cada elección popular, e igualmente estableció una sucesión de restricciones, instauradas para los servidores públicos, buscando eludir la producción de inestabilidades o inseguridades imprevistos en el debate electoral, conforme lo establece el artículo 1° de la Ley 996 de 2005 o Ley de Garantías Electorales, preceptos que buscan respaldar el principio de equidad, así como los principios de moralidad, ecuanimidad y eficiencia de los procesos electorales, de acuerdo con los artículos 13, 40 y 209 de la Constitución Política de 1991.

De otra parte, cabe señalar, lo dispuesto por la Corte Constitucional bajo sentencia C-1153 de 2005, con relación al objetivo que busca la Ley de Garantías Electorales, señala que:

El artículo primero del proyecto de ley prescribe que dicho estatuto garantizará la igualdad de condiciones para los candidatos y fijará la participación en política de los servidores públicos, más las garantías de la oposición. Esta pretensión del proyecto de ley deriva del texto constitucional, por lo que no tiene reparo. En efecto, el artículo 4° del Acto Legislativo 02 de 2004 señaló que la ley estatutaria regularía las garantías

a la oposición y la participación en política de servidores públicos en aras de preservar la igualdad electoral entre candidatos a la presidencia.

Es decir, que los señalamientos de dichas normas se difunden y se imponen sobre las prácticas internas que tengan las entidades públicas, y las determinaciones que adopten los servidores públicos se deben sujetar a dichas normas de nivel superior.

En el caso de la nómina a nivel oficial para cargos de elección popular, no puede ser modificada mientras dure la campaña electoral, buscando con ello respaldar la existencia del derecho político que tiene el individuo de ser elegido, y a la equidad de poder acceder bajo el Estado Social de Derecho a poseer cargos con funciones públicas, conforme a lo establecido bajo los artículos 1, 13, 40.1 y 40.7 de la Constitución Política de 1991.

El motivo de este impedimento, es generar mayor estabilidad laboral para los servidores públicos mientras dure la etapa de la campaña electoral, abarcando a los empleados de libre nombramiento y remoción, todo este proceso traspasa los entornos administrativos y conforma una faceta política de más trascendencia, que es generar garantía en cuanto a la imparcialidad, objetividad e igualdad en las contiendas electorales dentro del Estado Social de Derecho; e igualmente, respaldar el encadenamiento del servicio que realizan las corporaciones públicas, buscando con ello eludir las dificultades administrativas que se puedan presentar a causa de la salida de empleados, generando con ello que puedan presentarse mensajes erróneos o a favor de cierto candidato, o encausamiento político.

Además de las leyes orgánicas, las leyes o normas estatutarias conforman leyes con mayor fuerza vinculante dentro del sistema jurídico de Colombia, constituyendo el compendio total constitucional, y de esta manera integrar el juicio de entendimiento de la vigilancia constitucional de otras normas. Estas normas estatutarias están estipuladas bajo el

artículo 152 y 153 de la Constitución Política de 1991 y conforme a la Corte Constitucional, las normas estatutarias abarcan normas, fundamentos que tienen una jerarquía fundamental y diferenciación dentro del ordenamiento jurídico; por lo tanto, la Constitución instauró que para que dicha ley sea decretada, se debe seguir un procedimiento más riguroso que el que se tiene en cuenta con otras normas, por lo cual se hace mención de la “reserva de ley estatutaria”.

Este tipo de leyes estatutarias, según lo indica la Sentencia C-131 de 1993 son de obligatorio cumplimiento, y cuentan con la particularidad de cosa juzgada constitucional, que surge de los fallos de control: i) Poseen impacto erga omnes y no solamente interpartes, ii) Habitualmente están impuestas para todos los sucesos a futuro y no en casos específicos, iii) no son juzgados por las mismas situaciones en repetidas ocasiones, iv) Las sentencias de la Corte, con relación a asuntos de exequibilidad o inexecuibilidad, no pueden conformar temas de disputa en repetidas ocasiones. v) Quienes forman parte como operador jurídico de la nación tienen compromisos por efecto de la cosa juzgada material por las sentencias de la Corte.

Con relación a las restricciones generadas bajo la Ley 996 de 2005, establecidas en el artículo 38, están instauradas para todos los organismos de control, incluyendo la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, y las autoridades señaladas en el impedimento de participación en política del artículo 127 superior.

Por lo tanto, según la Corte Constitucional en la Sentencia C-1153 de 2005, al indagar la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 o Ley de Garantías Electorales,

se pormenorizó el contenido de dicho artículo, como se señala a continuación. En esta sentencia por tanto, se señaló que bajo el artículo 38 se instauran determinadas restricciones para los servidores públicos que son autorizados a través de la Constitución para ejercer actividad política; dentro de las restricciones están: Coaccionar a los subalternos con el fin de que respalden ciertas causas políticas, divulgar propaganda electoral a través de medios informativos legales, otorgar concesiones laborales a compañeros al interior de la entidad con el fin de que integren el mismo grupo político (salvo que dicha concesión surja de la participación dentro de un concurso público de méritos, proporcionar privilegios a ciudadanos para incidir en su inclinación electoral, y el destituir empleados de carrera por motivos de buen servicio.

También dentro del párrafo de dicho artículo se hace el señalamiento concreto del impedimento que tienen los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas, en el lapso de cuatro meses anteriores a las elecciones. Estos impedimentos tienen que ver directamente con lo que se menciona a continuación.

- No solemnizar pactos o convenios interadministrativos para la realización de recursos públicos.
- No designar recursos públicos de los organismos que estén bajo su control, o en las entidades donde formen parte de las juntas directivas, para realizar reuniones políticas, donde vayan a formar parte candidatos elegido mediante votación popular o sus delegados.

- No dar inicio a obras públicas o proyectos a nivel social, en aquellas reuniones donde se encuentren formando parte aquellos candidatos a cargos de elección popular o sus delegados.
- No cambiar la nómina de las entidades territoriales, en los cuatro meses anteriores a las elecciones, excepto en los casos de cargos por faltas definitivas o utilización de principios de carrera administrativa.

De esta definición, según Trujillo (2015, pág. 51), se deben destacar dos temas fundamentales, uno de ellos es el señalado en la Sentencia C-1153 de 2005 acerca de “algunas prohibiciones para los servidores públicos autorizados por la Constitución para el ejercicio de la actividad política”, lo que significa que, este tipo de restricciones no están enfocadas a los funcionarios del artículo 127 de la Constitución de 1991, que de forma estricta imposibilita “tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas”, funcionarios del Estado que están trabajando en la rama judicial, en los órganos electorales, de vigilancia y protección.

El otro asunto, según Trujillo (2015, pág. 47), es la composición del párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, ya que conforme a lo estipulado, pareciera que estas normas están enfocadas solamente para organismos territoriales, pero, el tema, el objetivo y la relevancia que tiene la sentencia y los contenidos del artículo 127 de la Constitución de 1991 funcionan para todos aquellos empleados de entidades estatales, abarcando los órganos de control.

Según la Sentencia C-1153 de 2005, el artículo 38 de la Ley Estatutaria 996 de 2005 estableció restricciones, con el propósito de impedir cualquier equívoco en cuanto a las

restricciones de los servidores públicos; de igual manera, esta sentencia señaló que, se debe manifestar inexecutable los términos “a excepción de” y “que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y seguridad, a los demás servidores públicos autorizados por la Constitución”; lo cual permite comprender según Trujillo (2015, pág. 47) que los sujetos pasivos de estas restricciones son todos los servidores públicos.

La ley 996 de 2005 fomenta la práctica equilibrada y clara de la democracia, y se estableció para respaldar que el enfrentamiento democrático se lleve a cabo teniendo en cuenta estipulaciones equitativas y claras para quienes eligen. El objetivo de esta ley, es consolidar la imparcialidad de los servidores públicos que estructuran y vigilan las contiendas electorales, y que, así como los candidatos y los mismos electores se beneficien de los recursos brindados por el Estado, de forma que la voluntad popular se manifiesta sin restricciones de ninguna índole, y que la determinación de la sociedad se proyecte en quien se elige como persona encargada de manejar la autoridad que está en disputa.

Bajo esta ley se instauran prohibiciones para la práctica de la labor gubernamental para respaldar la equidad y claridad en la actuación administrativa en medio del debate electoral, impidiendo que la nómina estatal o la contratación directa se use como mecanismo dentro de la campaña electoral para favorecer a uno o determinados candidatos (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2018, pág. 5).

Con relación al contenido establecido dentro del Título III de la Ley 996 de 2005, que trata sobre las prohibiciones y acciones limitantes, y según Reyes (2017, pág. 38) es de vital importancia, teniendo en cuenta las amplias exclusiones de contenido efectuadas por la Corte Constitucional, que declaró inexecutable todo el artículo 37 de dicha ley, bajo el cual se

permitía la participación en política de los servidores públicos, al igual que los otros cinco artículos que conforman este título. En este título, el legislador buscó conceder diversidad en sus funciones, permitiéndole a los servidores públicos tener una mayor participación en la política nacional, aspecto contradictorio al contenido constitucional, que quiere eludir que los servidores públicos participen en esta área.

De esta forma, la Corte suprimió los permisos con los que contaban los servidores públicos para formar parte activa en las labores de sus partidos políticos, pero dejó vigentes las restricciones complementarias de la regla. Con relación al parágrafo 38, según Reyes (2017, pág. 41), se implantan restricciones amplias con relación a las labores de gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas a nivel municipal, departamental o distrital, con relación al manejo contractual, que perjudica de forma directa la labor estatal en su variedad de niveles. Y como señala Reyes, estas restricciones buscan impedir que la actividad contractual y la integración al empleo público, sean usadas para adquirir favores políticos, de ciertas personas, de tal forma que apoyen la campaña presidencial de un cierto candidato.

Según Reyes (2017, pág. 44), la contratación interadministrativa de la que trata el artículo 38 y conforme a las particularidades y objetivos de éste, la prohibición de la ejecución de dicha contratación es bastante refutable, como lo señala la Corte Constitucional en la Sentencia T-232 de 2014, que los contratos interadministrativos pueden ser equiparados con relación al contrato comercial para efectos legales. Los objetivos de los contratos administrativos son bastante distintos, puesto que son convenios de gestión conjunta llevados a cabo entre dos o más entidades estatales, que reglamentan la representación de intereses, que están enfocados a la obtención de los propósitos que busca el Estado. Aspecto que según

Reyes, hace que su restricción dentro del período de garantías electorales no únicamente se considera arbitraria, sino que se transforma en una restricción directa para la consecución de los objetivos del Estado.

2.2. TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO

El surgimiento del servicio público se genera dentro de un entorno político, jurídico y económico donde el Estado y la sociedad se dividen, y a cada estamento le atañen labores diferentes, aunado a que el individuo queda sólo frente al Estado, aspecto que ha generado que, en esa distribución de labores, sea al individuo al que le incumbe la gran cantidad de tareas.

Como la noción de servicio público está en unión de los intereses del Estado y de los políticos, se inicia un desarrollo del derecho público equivalente al servicio público, obedeciendo igualmente al desarrollo de los modelos de Estado, con base en la noción que existe sobre las actividades que deben conformar los servicios públicos.

Con el surgimiento de la revolución industrial, en el medio del siglo XIX y principios del siglo XX, el Estado confronta una dificultad que motiva que se requiera reformular su postura con relación a la actividad administrativa. Con la llegada de los métodos masivos de transporte, el requerimiento de instalar redes de alumbrado público y otra serie de avances, dejaron notar la poca habilidad de las personas particulares para prestar esta clase de servicios desenvolviéndose a través de sus propios medios.

Con el fin de poder prestar estos servicios, sin fallarle intempestivamente a las doctrinas liberales existentes en el momento, y eludir el dejar pasar los principios básicos, al procurar una participación diferente en las libertades de las personas, se debía dar aplicabilidad a un nuevo encausamiento de la labor gubernamental: La concesión.

Bajo esta forma de trabajar, se consigue armonizar las doctrinas liberales habituales con la nueva realidad, ya que los particulares pueden comprometerse con la prestación de los nuevos servicios que emanaron de los progresos industriales, conservando la titularidad de estos por parte del Estado, quien se encarga de respaldar bajo su dirección todas las actividades que realiza el particular en su labor.

A causa del surgimiento de la Primera Guerra Mundial, la Gran Depresión y la Segunda Guerra Mundial, en el mundo se vuelcan todas las situaciones, generándose enormes dificultades económicas y problemáticas sociales que los particulares no pueden confrontar. A raíz de lo anterior, se presentan necesidades por parte de los Estados, fundamentalmente en Europa, de prepararse para enfrentar la guerra, lo cual generó que se presentaran grandes inversiones en infraestructura que no podían efectuar los particulares. En diversas situaciones, se necesitó el financiamiento de enormes obras para la edificación y reparación de carreteras para militarizar tropas, o generar redes telegráficas o de telefonía para poder tratar la problemática de guerra que se venía presentando.

A causa de estas guerras surgidas a nivel mundial, se requirió que el Estado participara más activamente, para enfrentar problemáticas de pobreza que los empresarios privados no podían asumir, además de problemáticas económicas que atravesaban las naciones, puesto que todo fue destruido en los combates. En el momento de la gran depresión, el Estado se

transforma en una fuente de empleo, cuando es el Estado quien dirige y gestiona los servicios públicos como el saneamiento esencial, el suministro de energía, o de teléfono.

De esta forma, surge el servicio público dentro de las labores de la administración, el cual encierra una noción distinta al interior del derecho administrativo y a nivel general del derecho público.

Con relación a los servicios públicos, Duguit y Gastón Jéze, fomentaron y difundieron el concepto de servicio público, conformando las personas más características de la “escuela de los servicios públicos”. El encausamiento que le dio Duguit, según Mercado (2013, pág. 40) es a través de una noción social, lo que significa que está separada de las ideas individualistas y subjetivas que vienen de la revolución francesa. El profesor León Duguit posee un rol organizador y modelador de la noción jurídica de los servicios públicos, como cimiento fundamental de la noción de Estado y soberanía, derivando en el rol que tiene la administración pública con base en los servicios públicos.

Para Duguit (1924, pág. 239) los servicios públicos son “aquellas actividades que se imponen a los gobernantes, cuyo ejercicio constituye para ellos el cumplimiento de una obligación jurídica, y que les da el poder de mandar cuando permanecen dentro de estos límites” Con relación a lo anterior, se puede deducir, según Mercado (2013, págs. 40-41) que los servicios públicos poseen una doble implicación, ya que son obligaciones o deberes que se le implantan al Estado, pero de igual forma, legalizan su actuación.

Por lo tanto, según Mercado (2013, pág. 42) el propósito de la labor de los gobernantes es generar, presidir, conducir, estructurar y hacer marchar de manera permanente los servicios públicos, lo que significa, que el Estado con base en la premisa de la solidaridad

y a través de sus agentes, con facultad de mando, se compromete y debe cumplirle a la sociedad, generando y conduciendo las actividades que se puntualizan en los llamados servicios públicos. En ese caso los gobernantes se encargan de servir a la comunidad, y los gobernados son quienes reciben dichos servicios, y por los cuales deben cancelar la prestación de dichos servicios.

Duguit (2011) señala que:

En los Estados modernos los servicios públicos son cada vez más numerosos (...) En nuestros días, estos servicios públicos de guerra, de policía y de justicia siguen existiendo de manera necesaria; pero a su lado ha nacido todo un conjunto de nuevos servicios que tienen carácter técnico, industrial y comercial (...) los ferrocarriles, la iluminación eléctrica, los teléfonos, todos los cuales son indispensables para la vida nacional. Desde entonces, los gobiernos tienen una misión singularmente compleja y unos deberes infinitamente más numerosos. Deben asegurar sin interrupción el funcionamiento de todos estos servicios que son indispensables para la vida de su Nación. Si no tienen el poder y si no saben cumplir estas funciones, no merecen conservar su situación, su poder ya no es legítimo y debe cesar (Duguit, 2011, pág. 109)

Agregando también Duguit, que estas labores llamadas de servicio público deben estar respaldadas, normativizadas y vigiladas por los dirigentes, surgiendo así otro antecedente, que según Mercado (2013, pág. 49) con relación al compromiso o responsabilidad pública, se establece que “el funcionamiento del servicio público es susceptible de acarrear, de una parte, la responsabilidad del Estado, o más exactamente, del organismo colectivo, y de otra, la responsabilidad personal de los agentes encargados del servicio” (Duguit, 1924, pág. 252)

Por lo tanto, en la teoría de Duguit, la idea de servicio público transforma la noción de soberanía como cimiento del derecho público, ya que el trabajo de este autor constituye un análisis total de las ideas dominantes de poder y soberanía que están actuales (Duguit, 1924, pág. 259), puesto que el Estado no conforma un dominio total que se apropia de la fuerza, sino que bajo el principio de la solidaridad, es el Estado el que tiene compromisos para con la sociedad, labores o tareas que se ven puntualizados en los servicios públicos.

Según Mercado (2013, págs. 49-50), de acuerdo con los rasgos característicos de la escuela de Burdeos, los servicios públicos son las labores que desempeñan los individuos u entidades públicas que buscan la ejecución de los requerimientos que son de interés general. Por lo tanto, los servicios públicos contienen componentes subjetivos, que tienen que ver con las labores que desempeñan los sujetos o las entidades; e igualmente, componentes materiales, que conforma la ejecución del interés general, que es la causa por la cual se genera la actividad, sin tener en cuenta la entidad o la persona que la lleve a cabo.

Según Duguit (1975, pág. 259), el Estado posee compromisos de índole positiva, a causa de lo cual surge una idea nueva de la estructura y esencia del Estado, es decir, los gobernantes como servidores de los gobernados, se ven comprometidos a generar, estructurar y respaldar aquellos servicios que son esenciales, con los cuales se busca encargarse de todo el método de los requerimientos públicos, aspecto que conforma un incremento de la tarea que tiene el Estado en todos los órdenes y en la noción de Estado como tal, y del estado de servicio público, conforme a lo que se señala a continuación.

Los gobernantes están jurídicamente obligados a asegurar la organización y el funcionamiento de los servicios públicos. Con este propósito dictan reglas generales: Las leyes. Este es el fin perseguido por los gobernantes y que les imprime su carácter.

Ninguno puede violar esta regla, ni el particular, que no puede usar el servicio sino conforme a la ley, ni los gobernantes, ni sus agentes, que no pueden hacer nada para impedir el funcionamiento del servicio conforme a su ley (Mercado, 2013, pág. 51)

La teoría del servicio público surgió inicialmente por León Duguit, un socialista mítico que respaldaba la equidad social y económica de las personas, y deseaba mayor justicia a nivel social fundamentada en principios de equidad y solidaridad social. Para Duguit no era factible diferenciar entre actos de poder y actos de gestión fundamentados en la noción de soberanía, ya que para él la noción de soberanía era tan inadmisibles como la noción misma de gobierno.

Según Duguit (1920) definió el servicio público como:

Toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante (Duguit, 1920, pág. 261)

El Estado posee la propiedad de poder rechazar el ingreso al mercado a quienes buscan formar parte del sistema, restringiendo la participación a la previa concesión, así se cumplan todos los requerimientos que se necesitan en cuanto a la normatividad vigente sobre el tema. Labores que se distinguen como servicio público, cuya noción, conforma una de las más controvertidas por el derecho administrativo.

El servicio público es aquella noción bajo la cual el Estado puede autorizar o no la prestación de un servicio al sector privado. De acuerdo con Manrique (2014, pág. 566), el servicio público se comprende como aquella actividad que puede ser explotada a nivel

económico, y bajo la cual el Estado posee la propiedad potestativa de permitir o no su aprovechamiento en el mercado.

Según Manrique (2014, pág. 568), los servicios públicos se encuentran conformados por los componentes que se mencionan a continuación, y que permiten comprender la clase de actividades que se encuentran clasificadas de tal manera.

- Actividad que se puede explotar a nivel económico: El poder de intervención por parte del sector privado dentro de la economía, se argumenta en la consecución del provecho económico, el cual surge por la generación de bienes o la prestación de servicios dentro del mercado, por lo tanto, si no existiese remuneración por las labores que los privados ejecutan, no existiría quien formara parte o se interesara en la prestación de estos servicios.
- Labor concesionable: Conforman un componente trascendental para la existencia del servicio público como tal, primordialmente porque su concepto se fundamenta en la definición del mismo. De no existir una concesión en cuanto a la prestación de servicios públicos, no se podría pensar en la existencia del mismo. El hecho de que exista una concesión para la prestación de un servicio, conlleva a que el Estado manifieste la existencia de dicho servicio bajo su mando. Si la labor no está bajo el dominio del Estado, no habría concesión ninguna y el poder acceder a la prestación de este servicio sería sin impedimentos.
- Actividad Inspeccionada: Los servicios públicos conforman su complacencia por parte del Estado, directa o indirectamente, sobre aquellos requerimientos que se van conformando como regulares para que exista un funcionamiento organizado de la

sociedad, que son indispensables para su permanencia, y por este motivo, no se puede dejar su manejo al capricho de los particulares, solamente bajo el amparo de su propio interés monetario.

Con base en estos razonamientos, esta noción de servicio público se ha conformado en una sucesión de controversias entre juristas del derecho administrativo, ya que determinar las actividades que generan provecho colectivo, no conforma un tema sencillo de descifrar (Manrique F. , 2014, pág. 69).

Definir el servicio público ha sido un intento de diversos autores, pero fuera de poder concretar una definición, lo que se generó fue un caos, puesto que surgieron cantidades de definiciones con juicios diferentes. En el derecho administrativo el servicio público conforma una de las definiciones de mayor controversia, aunque cada autor crea su propia idea o noción, conforme a un estudio realizado, estas concepciones muestran que muchas de ellas son similares.

De estas similitudes en su descripción, posibilitan determinar cuatro ramas de la designación de servicio público, donde cada una le otorga diversidad en tamaño y peso, conforme a la trascendencia que le otorga cada uno de ellos al servicio público como tal.

- Teoría generada por León Duguit, que estima al servicio público como toda labor que debe ser respaldada, reglamentada y vigilada por los gobernantes.
- Teoría generada por Gastón Jéze, que señala que el servicio público conforma toda labor de la administración pública.

- Teoría propuesta por Maurice Hauriou, quien señala que el servicio público conforma una porción de la labor de la administración pública.
- Teorías que no le dan mayor trascendencia a la noción de servicio público, como sucede con la planteada por Henri Berthélemy.

Según Fernández (2016, pág. 48), también cabe señalar que la estructuración y el diseño de la idea de servicio público ha sido perjudicada por una dificultad semántica, que tiene que ver con llamar a una actividad de diferentes formas; por lo tanto, para lo que ciertos autores llaman servicio público, para otros conforma una función pública, haciendo relación a una misma actividad.

De igual forma, para determinar la estructuración de la idea de servicio público con relación al acento público, con el fin de definir si lo establece la entidad que presta el servicio, o el requerimiento cuya complacencia procura, o el sistema jurídico al cual se obedece, o si es la misma ley la que lo señala.

Así mismo, el servicio público se puede distinguir en servicios públicos propios y servicios públicos impropios, como se describen a continuación.

- Los servicios públicos propios: El servicio público se puede definir como una labor técnica que está enfocada al público, con el fin de complacer un requerimiento de índole general, con base en un régimen jurídico especial, exorbitante del derecho privado. Si esta labor la distingue la normatividad como servicio público, y la realiza directamente la administración pública, o indirectamente, a través de particulares a

quienes se les encomienda su realización, como es el caso de los contratos de concesión, dejando ver que conforma un servicio público propiamente dicho.

- Con relación a los servicios públicos impropios, tienen que ver cuando la labor no la contempla la ley como servicio público, y puede ser realizada de forma directa a través de particulares, ya que no le compete a la administración pública ni el Estado. Para este tipo de servicio, se utilizan distintas descripciones como servicio público impropio, virtual de interés público o servicio reglamentado.

Esa clase de servicio, surge de una autorización o licencia de índole administrativo, que elimina obstáculos dentro de la práctica de un derecho individual restringido, de ejecutar una labor privada, que se distingue de la labor comercial habitual, porque compromete al titular a ejercer el servicio para quien lo necesite, bajo reglamentación jurídica concreta que abarca, excepto algunas exclusiones, el establecimiento de una tarifa forzosa (Fernández J. , 2016, pág. 64).

Según Jiménez (2015, pág. 32), el servicio público posee unas particularidades jurídicas primordiales, que, si no cuenta con ellas, se adultera su concepción, dentro de las cuales están las que se mencionan a continuación.

- Generalidad: Conforman aquella observación de que todos los integrantes de la comunidad tienen el derecho de usar los servicios públicos, conforme a las modalidades existentes, y teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos estipulados bajo las normas para poder acceder a ellos, y, además, sin que algunos no puedan disfrutar de lo que otros sí pueden (Jiménez, 2015, págs. 32-34).

La naturaleza de generalidad para un servicio público tiene que ver con los derechos humanos, ya que, con el solo hecho de ser un ser humano, habiendo cumplido con las estipulaciones legales instauradas, tiene el derecho de utilizar dicho servicio público, solamente restringiéndose con relación a la capacidad instalada para la prestación del servicio (Fernández J. , 2016, pág. 63).

- Igualdad: Conforman el trato equitativo que deben recibir todos los usuarios, sin que esto entorpezca la instauración de las distintas categorías para su prestación, y desde que, al interior de cada categoría, todos los usuarios sean tratados por igual. La generalidad, y la igualdad en el servicio público son establecidas y respaldadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por medio de diversos mecanismos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos (Fernández J. , 2016, pág. 65).
- Regularidad: Esta característica radica en que la prestación del servicio público no se lleva a cabo de forma caprichosa, sino que se encuentra reglamentada concretamente, bajo una normatividad jurídica.
- Continuidad: La característica de mayor importancia es la continuidad, que no debe entenderse de forma literal, sino teniendo en cuenta la naturaleza general que tiene como compromiso de complacer la realización de un servicio público. Se comprende como la oferta constante de poder utilizar dicho servicio dentro de los horarios y condiciones establecidas de manera manifiesta dentro de las normas que lo reglamentan. Para esta clase de servicios y según el régimen que lo reglamenta, hace

relación a la continuidad absoluta, que quiere decir cuando se requiere de ese servicio de manea colectiva y que satisface dicho servicio público, no permitiendo que sea interrumpido. Y Cuando se habla de continuidad relativa, es cuando el servicio se presta en ciertas ocasiones (Jiménez, 2015, pág. 45).

- Obligatoriedad: Es el compromiso que tiene el Estado de respaldar la prestación del servicio por el tiempo que dure el requerimiento de índole general que debe complacer, así mismo el compromiso que tiene el prestador del servicio en brindarlo, desde que exista la necesidad, desde que no haya un plazo concreto instaurado, y el servicio se encuentra bajo delegación de la administración pública; si se encuentra a cargo de particulares, debe ser durante el plazo que dure la concesión de este. Por lo tanto, la obligatoriedad recae en el compromiso de quien debe prestar dicho servicio. Cuando no se presta el servicio, debe tener una penalización (Jiménez, 2015, pág. 45).
- Adaptabilidad: Denominada también mutabilidad, y hace alusión a la permanente probabilidad de transformar su reglamentación en aspectos relacionados con el prestador del servicio, el usuario, o en conjunto; buscando enmendar errores, aumentar su eficacia, respaldar la seguridad y las estipulaciones del servicio, o beneficiarse de los avances tecnológicos. Por lo tanto, el servicio público, permanentemente debe tener transformaciones conforme a los nuevos requerimientos de los usuarios, para brindarles la mejor atención (Jiménez, 2015, pág. 46).
- Permanencia: Se asemeja a la obligatoriedad o como una dimensión de la continuidad. Es el deber de mantener la prestación del servicio, durante el tiempo que persista el requerimiento de tipo general que busca complacer y estimular su establecimiento, ya

que el Estado está comprometido en proteger el bienestar de la sociedad (Jiménez, 2015, pág. 46).

- Gratuidad: Esta característica no puede estimarse como fundamental, ya que en el momento en que estos servicios públicos son llevados a cabo por particulares, tienen la noción de realizar la labor buscando obtener lucro, por lo tanto, no se concibe la gratuidad (Jiménez, 2015, pág. 47).

2.3. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA O PÚBLICA EN COLOMBIA

El surgimiento de la contratación pública se generó desde que nace la república, como aquel mecanismo que posee el Estado para satisfacer ciertos requerimientos, con base en hacer convenios con otros para la prestación de un servicio, poder abastecerse de un bien, o básicamente para poder tener acceso a una labor de consultoría, asesoría o análisis concretos acerca de asuntos trascendentales para el gobierno. Bajo este panorama, y buscando reglamentar la contratación estatal, inicialmente, para sacar provecho para el interés general que prime sobre el interés particular. Lo que significa que está por encima el interés del Estado para amparar el patrimonio público, sin que se deje a un lado, los intereses y derechos de los particulares, con relación a una ecuánime retribución por sus servicios, buscando mantener una equidad entre los intereses tanto de una parte como de la otra.

De esta manera, bajo el artículo 3° de la ley 80 de 1993 se definen los objetivos que busca la contratación pública en Colombia, como se señala a continuación.

Artículo 3°. De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

Es decir, que debe existir un vínculo justo entre las partes intervinientes en un convenio estatal, y además ninguna de las partes podrá actuar en perjuicio de la otra (Reyes L. , 2014, pág. 55).

La contratación pública es aquella “actividad a través de la cual grandes cantidades de recursos públicos son utilizados por entidades de esa misma naturaleza para comprar y adquirir bienes y servicios del sector privado” (Giraldo, 2005, pág. 165), y que también se vincula con el término de administración pública, que hace alusión “al conjunto de personas u órganos del Estado que ejercen de manera principal la actividad o función administrativa” (Rodríguez L. , 2002, pág. 54). A continuación, se menciona el proceso de desarrollo que han presentado las normas de contratación pública en Colombia, para poder observar las normas que cimentaron esta actividad (Villa, 2018, pág. 78).

- Código fiscal de 1873: Reglamentaba la caducidad
- Ley 53 de 1909: Ley, que por primera vez instaure vínculos entre el Estado como contratante y el particular como contratista (Reyes L. , 2014, pág. 82).

- Ley 110 de 1912: Esta norma no era un estatuto de contratación, sino un código fiscal que direccionaba la manera de dirigir los bienes y rentas del Estado. Aunque, es el principio con el que se comienza la reglamentación sobre la contratación en las entidades estatales. Hacía alusión a la dirección de los bienes inmuebles del Estado, utilizó la figura de arrendamientos de los bienes del Estado, también trataba el tema de la negociación de los bienes de utilidad pública, a través del contrato de concesión, de la escogencia del contratista por medio de un proceso de licitación, que para la época consistía en una subasta, era el comienzo de un contrato de suministro. Bajo esta norma se instauró la caducidad, y señaló la probabilidad de que culmine un contrato de manera unilateral por parte del Estado (Castro, García, & Martínez, 2010, pág. 80). Bajo esta ley se detalla la caducidad, el contrato de obra y prestación de servicios, conforma el primer estatuto contractual que busca por medio de la licitación y el contrato, escoger al contratista (Reyes L. , 2014, pág. 86).
- Ley 130 de 1913: Conformo el código procesal de lo contencioso administrativo, aprueba los contratos como actos del derecho privado, de manera inicial en la historia de los contratos de administración.
- Ley 65 de 1915: Bajo esta ley se determinó independizar del proceso de licitación a determinados contratos que solemnizaba la nación, puesto que, para determinados bienes, como el papel sellado, era un único proveedor que suministraba dicho papel, es decir, que era un único proponente.
- Ley 61 de 1921: Norma que establece principios de presupuesto, sobre la cuantía de las cuotas que se debían cancelar en los contratos que el Estado solemnizara para

adquirir un crédito (hoy denominado empréstito), instaurando una licitación concretamente para adquirir materiales para prestar el servicio de transporte. Es decir, con esta ley se instaura de forma obligatoria la licitación para la compra de materiales por parte del Estado (Villa, 2018, pág. 77).

- Ley 105 de 1931: Bajo esta norma se menciona la injerencia en las disputas contractuales en el derecho común, se da observancia a la jurisdicción ordinaria.
- Ley 106 de 1931: Genera el requerimiento de realizar licitación para la contratación de los correos nacionales.
- Ley 167 de 1941: Bajo esta ley surge el Código Contencioso Administrativo y confirma la exigencia de concertar la cláusula de caducidad dentro de los contratos de obra, prestación de servicios y explotación de bienes del Estado, y son los jueces comunes quienes se encargan de dar solución a las disputas de los contratos.
- Decreto 351 de 1955: Trata sobre los contratos de suministro
- Decreto 1050 de 1955: Referente a los contratos de empréstito
- Decreto 550 de 1960 Hace mención a los contratos interadministrativos (Reyes L. , 2014, pág. 91).
- Decreto extraordinario 528 de 1964: En Colombia la autoridad de lo contencioso administrativo empezó a gobernar entre los años 1913 y 1914, con base en las prácticas del derecho francés. Se instauró bajo el acto legislativo 3 de 1910, cuya tarea consistía en conceptuar y pronunciarse sobre el Estado, si éste no satisfacía los actos administrativos conforme a lo señalado en la Ley 167 de 1941, conformando el primer

código contencioso administrativo que rigiera en el país, donde se le otorgó competencia a las demandas que surgieran por daños generados por autoridades públicas (Santofimio J. , 2017, pág. 89). En los artículos 30 y 32 de este decreto, se le otorga la facultad de intervenir en las disputas contractuales a la jurisdicción contenciosa administrativa, interviniendo sobre las disputas de los “contratos administrativos” llevados a cabo por la Nación, Departamentos, Municipios, Intendencias, Comisarías y entidades públicas tanto nacionales como territoriales.

En ese momento sólo se les daba prioridad a los contratos administrativos, no se tenía claridad de todos los contratos que solemnizaba el Estado. Buscando diferenciar el contrato de derecho privado, al de un contrato administrativo, teniendo en cuenta su objetivo, se le otorgaron una serie de particularidades (Villa, 2018, pág. 81).

- Leyes 4 de 1964 y 36 de 1966: Tratan sobre contratos de obra pública
- Decreto Ley 150 de 1967: Se instauró como norma para los contratos administrativos la licitación pública y privada, aceptación y registro del presupuesto, creación y aceptación de garantías, se requiere como exigencia para la aceptación de una licitación en contrato, la aprobación del Consejo de Estado, concepto y aceptación del consejo de ministros, firma del presidente de la nación, la divulgación a través del diario oficial, y como cláusulas obligatorias de: caducidad, aprehensión de la aceptación del presupuesto, garantías, cláusula penal pecuniaria, renuncia a aprobación diplomática (Reyes L. , 2014, pág. 82).
- Decreto 222 de 1983: Este decreto surgió con base en la Ley 19 de 1982, a través del cual se determinaron las nuevas normas del contrato administrativo, y se le otorgaron

nuevas facultades al presidente de la república. Este decreto señala las reglas de la contratación estatal que se utilizarán en la Nación, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y entidades públicas. Para las entidades industriales y comerciales del Estado, se les dará utilidad a las normas establecidas en este decreto, siempre y cuando solemnizen contratos de empréstito y obra pública. De igual forma, reglamenta la contratación en Departamentos y Municipios frente a lo relacionado en: Distribución, clases, responsabilidad, terminación y principios referentes al título 4, acerca de transformación, interpretación y terminación unilateral del contrato. Estas normas, reglamentaban determinados temas con relación a los departamentos y municipios de la Nación, su vigencia fue solamente durante 10 años, a causa de las problemáticas que se presentaron con su uso (Villa, 2018, pág. 69).

Según Reyes (2014, pág. 90), se debe señalar que, con la Constitución Política de 1991, Colombia se transformó en un Estado Social de Derecho, y por lo tanto, surge a la vida un nuevo contrato social, bajo los cuales se basan los juicios básicos que conforman un patrón de Estado que forma parte activa, imparcial y razonable. Por lo tanto, desde la Constitución, cuando se trata de contratación, siempre va a estar por encima el interés general sobre el interés particular, lo que conlleva el surgimiento de diversas normas que buscan ser el apoyo del postulado de la constitución.

- Ley 80 de 1993: Con el decreto 222 de 1983, no se respaldaban todas las perspectivas que se esperaban con la Constitución, por lo cual se consideró necesario generar un estatuto para la contratación de acuerdo con el Estado Social de derecho fundamentado en normas, donde los compromisos no son solamente para el representante legal, produciendo con este estatuto normas de gran eficacia. Esta

norma es la base fundamental de la contratación estatal en el país, a la cual se le han efectuado las transformaciones que ha habido lugar, pero manteniendo su propia naturaleza (Villa, 2018, pág. 92). Esta norma empezó a reglamentar la actividad precontractual, contractual y poscontractual, con esta ley y sus modificaciones, se conforma el medio a través del cual se rige toda la contratación de bienes y servicios por parte del Estado, para todos los órdenes y rangos, y para particulares que solemnicen contratos con el Estado. Fue el presidente César Gaviria Trujillo quien sancionó esta ley, para acoplarla a los requerimientos de brindar a las entidades del Estado la normatividad que otorgara alternativas de solución a las problemáticas que puedan surgir dentro de la actividad contractual hasta el momento. Aunque ha sufrido cambios, continúa conformando la ley que cimenta la actividad estatal.

Esta ley tuvo la particularidad de describir y estipular los aspectos a tener en cuenta para la selección de contratistas en un mismo documento, estableciendo las normas bajo las cuales se reglamentan los contratos con el Estado, tuvo en cuenta la escogencia del contratista, pero no buscó cambiar los convenios para contratar. Al momento de efectuar contrataciones con el Estado, se observaron algunos vacíos jurídicos que contenía dicha norma, por lo cual fue necesario hacerle modificaciones buscando reducir la inestabilidad de la norma, estas modificaciones no buscaban derogar o reemplazar el régimen de contratación.

- Ley 489 de 1998: Fue una de las primeras transformaciones que sufrió la ley 80 de 1993, bajo la cual se decretaron normas esenciales a las entidades de administración pública, en su artículo 45 se aprueba la generación de comisiones intersectoriales, que se encargaban de organizar los servicios públicos cuando en ellos participaban más

de dos ministerios, departamentos administrativos o entidades descentralizadas. Para el año 2004 surgió la comisión intersectorial de la contratación pública por medio del Decreto 3620 de 2004, dentro de sus funciones con relación a la contratación pública están: Respaldo la conexión y organización de las labores de las entidades públicas, promulgar la aplicación de políticas públicas que direccionen la labor precontractual y contractual, buscando adoptar preceptos claros para la minimización en costos operativos y de transacción, robustecer la planeación de las organizaciones, la valoración de la gestión contractual a través de indicadores, poniendo en marcha el sistema de contratación electrónica (Roczek, 2016, pág. 86).

- Ley 1150 de 2007: Bajo esta norma se incorporan preceptos enfocados en la transparencia en la contratación estatal, con esta norma se transforman ciertas determinaciones de la Ley 80 de 1993, además de que se incorpora el concepto del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), que tiene el propósito de poseer una plataforma virtual que posibilite compendiar, homogeneizar e incorporar información, así como generar mecanismos por medio de los cuales las entidades públicas puedan obtener los mejores desarrollos dentro de los procesos de contratación. La trascendencia que posee esta ley, es que generó transformaciones al estatuto de contratación estatal, esta ley está creada a través de diversos decretos reglamentarios, algunos de los cuales han sido abolidos y otros están vigentes (Villa, 2018, pág. 94). Esta ley conforma una de las modificaciones más preponderantes de la Ley 80 de 1993, y surge motivada por distintos proyectos como el de contratación del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, y el Departamento Nacional de Planeación, bajo el manual de buenas prácticas para la labor contractual pública, a

través del cual se pudieron determinar motivos y deficiencias de la ley 80 de 1993. Bajo este proyecto se pudo indagar la jurisprudencia contractual en pronunciamientos producidos entre los años 1996 y 2002, lo que de acuerdo con Rodríguez (2011, pág. 94), “permitió identificar dificultades en la planeación, la etapa precontractual, contractual y de liquidación en 10 años de vigencia de la ley 80” (Roczek, 2016, pág. 89).

- Decreto 2474 de 2008: Decreto bastante extenso que reglamenta de forma parcial la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, trabaja de manera pormenorizada las clases de selección, publicidad, selección objetiva y otros temas de la contratación pública (Roczek, 2016, pág. 91).
- Ley 1474 de 2011: Estatuto anticorrupción, bajo esta norma se asimilan los compromisos de los servidores públicos y también de los particulares que dirigen recursos públicos, se incrementa la vigilancia a la administración y la inversión de los recursos. Con esta norma se buscó establecer reglamentación para robustecer los mecanismos de previsión, indagación, penalidad por prácticas de corrupción y eficacia en las labores de vigilancia de la gestión pública, generando preceptos administrativos para combatir la corrupción. Dentro de la administración pública se buscan generar preceptos para combatir la corrupción, generando una cantidad de dispositivos administrativos que buscan minimizar fenómenos que perjudican a la nación. Bajo este estatuto se denegaron determinados comportamientos de gestión de intereses individuales realizados por servidores públicos, se instauraron los procesos verbales de responsabilidad fiscal y disciplinaria para aligerar estas actuaciones administrativas (Villa, 2018, pág. 87).

- Decreto 1510 de 2013: Con este decreto se reglamenta el sistema de compras y contratación pública, y se genera un nuevo entorno normativo unificado para la contratación pública. Según Pinto (2014, pág. 60), bajo este decreto se generan los beneficios que se mencionan a continuación.
 - El vínculo de los propósitos que tiene la contratación con los propósitos de la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente.
 - El avance del vínculo entre las entidades estatales para la compra en unión de bienes, obras y servicios.
 - Robustecimiento de la planificación con la reglamentación del plan de adquisiciones anual.
 - Regulación de los convenios marco en precios y temas internacionales, como lo son los Tratados de Libre Comercio (TLC) entre otros.

Dentro de las modificaciones que se presentan a través de este decreto, están las que se mencionan a continuación.

- Fecha de renovación del Registro Único de Proponentes (RUP).
- Formalidades habilitadoras del RUP.
- Nuevo método para el concurso de méritos.
- Transformaciones en el régimen de garantías.
- Mejores perspectivas de los organismos del Estado para efectuar compras públicas.

- El método para poner en marcha los TLC firmados por Colombia.
- Método del cálculo de capacidad residual, y cobertura del riesgo.

A continuación, en la Tabla 1, se muestran los decretos y leyes instauradas desde la puesta en marcha de la Ley 80 de 1993 hasta el año 2015 y la normatividad que lo deroga.

Tabla 1. Normatividad de la contratación pública hasta el 2015

| Norma | Reglamentación | Derogación |
|----------------------|---|--|
| Ley 80 de 1993 | Por la cual se expide el Estatuto General de contratación de la administración pública | |
| Decreto 855 de 1994 | Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 | Decreto Nacional 734 de 2012 |
| Decreto 287 de 1996 | Por el cual se reglamentan los artículos 24,25,29 y 30 de la Ley 80 de 1993 | Decreto Nacional 734 de 2012 |
| Ley 598 de 2000 | Por la cual se crean el Sistema e Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal (SICE), el Catálogo Único de Bienes y Servicios (CUBS) y el Registro Único de Precios de Referencia (RUPR), de los bienes y servicios de uso común en la administración pública y se dictan otras disposiciones | Decreto Nacional 019 de 2012 |
| Decreto 2170 de 2002 | Por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999 | Decreto Nacional 734 de 2012, derogado por el Decreto Nacional 066 de 2008 |
| Ley 816 de 2003 | Por medio de la cual se apoya la industria nacional a través de la contratación pública | |
| Decreto 1896 de 2004 | Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 | Decreto Nacional 734 de 2012 |
| Decreto 2166 de 2004 | Por medio del se modifica el Decreto 1896 de 2004 y se reglamenta parcialmente el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 | Decreto Nacional 734 de 2012 |
| Decreto 2178 de 2006 | Por medio del cual se crea el Sistema Electrónico para la Contratación Pública | Decreto Nacional 3485 de 2011 |
| Decreto 2434 de 2006 | Por el cual se reglamenta la Ley 80 de 1993, se modifica parcialmente el decreto 2170 de 2002 y se dictan otras disposiciones | Decreto Nacional 066 de 2008 |
| Ley 1150 de 2007 | Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y transparencia de la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones | |

| Norma | Reglamentación | Derogación |
|--------------------------|---|--|
| Decreto 066 de 2008 | Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva y se dictan otras disposiciones | Decreto Nacional 734 de 2012, derogado por el Decreto Nacional 2474 de 2008 excepto el artículo 83 |
| Decreto 2474 de 2008 | Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva y se dictan otras disposiciones | Decreto 734 de 2012 |
| Decreto 2025 de 2009 | Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 7 se dictan otras disposiciones | Decreto 734 de 2012 |
| Decreto 3576 de 2009 | Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y el Decreto 2025 de 2009 | Decreto Nacional 734 de 2012 |
| Decreto 3806 de 2009 | Por el cual se expiden disposiciones sobre la promoción del desarrollo de las MiPymes y de la industria nacional en la contratación pública | Decreto Nacional 734 de 2012 |
| 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 | |
| Decreto Ley 4170 de 2011 | Por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente. Se determinan objetivos y estructura. En él se establece la administración del órgano, sus funciones y recursos de operación | |
| Decreto 3485 de 2011 | Por el cual se reglamenta el Sistema Electrónico para la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones | Decreto Distrital 734 de 2012 |
| Decreto 019 de 2012 | Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública | |
| Decreto 734 de 2012 | Por el cual se reglamente el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones | Decreto Nacional 1510 de 2013 |
| Ley 1563 de 2012 | Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones | |
| Decreto 1397 de 2012 | Se modifica el numeral 1 del artículo 6.1.1.2 del Decreto 734 de 2012, sobre el cálculo de la capacidad residual | Decreto Nacional 1510 de 2013 |
| Decreto 1510 de 2012 | Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública | |
| Decreto 791 de 2014 | Por el cual se reglamenta el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013 y se modifica el artículo 18 del Decreto 1510 de 2013 | |
| Decreto 1082 de 2015 | Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del Sector administrativo de planeación nacional | |

Fuente: (Rojas, 2015, págs. 71-72)

- Ley 1714 de 2014; Bajo esta norma se establecen principios que rigen las actuaciones de las entidades públicas, que no pueden estar sujetas a reserva sin saber de las determinaciones que ésta contiene. La transparencia conforma el motor que dirige las maneras de respaldo y expresión para los sectores sociales marginados. Según Villa (2018, pág. 90), se debe señalar que el poder acceder a la información pública, se debe comprender y utilizar en pro de la parte más frágil en un vínculo estatal, es decir, en este caso la población. Con base en esta transparencia en la gestión pública, respalda a la ciudadanía para realizar de la mejor manera la vigilancia, así como la eficacia del derecho constitucional para el desarrollo.

Al utilizar la claridad en la información dentro del sector público, acarrea una responsabilidad y honorabilidad por parte de la administración pública, en los actos que se realicen frente a la ciudadanía, y les permite a los ciudadanos realizar vigilancia principalmente en la forma en que se desenvuelven los servidores públicos.

- Decreto compilatorio 1082 de 2015: Se genera conforme a lo establecido por el gobierno de crear decretos únicos para los sectores de gobierno del país, con su formulación, se aspira a que las normas se ejecuten con base en la razón, al igual que sintetizar la reglamentación con relación a asuntos concretos del sector administrativo.

Según Villa (2018), las normas que han surgido con relación al tema de la contratación pública buscan generar la mayor claridad en cada proceso que se ejecuta a través de ellas.

3. CARÁCTER JURÍDICO DE LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS DE FOMENTO DENTRO DEL MARCO DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

En este capítulo se estudia la forma como los convenios administrativos de fomento se enmarcan dentro del régimen de contratación pública en Colombia. En primer lugar, se hace referencia a la función social que cumple la contratación estatal.

3.1. FUNCIÓN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Para que el Estado pueda cumplir su función constitucional se hace necesaria la contratación estatal, dado que algunos particulares están en capacidad de desarrollar actividades con mejores estándares de calidad (Vega, 2017). De acuerdo con Manchego (2016), esa forma de entender la función estatal es lo que permite el cumplimiento de la función pública, prevista en el artículo 209 de la Constitución Política vigente, que se debe dar de acuerdo con criterios de equidad, eficacia, moralidad, celeridad, economía e imparcialidad. Adicionalmente, se requiere hacer uso de tecnologías, principios y métodos contables tendientes a alcanzar y mantener la eficiente ejecución de la administración pública.

La contratación estatal, tal como lo advierte Rodríguez (2016, pág. 20), debe su existencia a la exigencia de que el gobierno se coloque en las circunstancias óptimas requeridas para el ejercicio de sus responsabilidades, tal como lo demanda la ciudadanía. En un comienzo las denominadas cláusulas exorbitantes eran las que se utilizaban para

diferenciar los contratos estatales de los contratos entre particulares; la inexistencia del denominado derecho administrativo hacía que la Nación se encontrara en igualdad de condiciones con los particulares, es decir, regida por la legislación privada (Baptista, 2015, pág. 47). Una vez se configuró el derecho administrativo se produjo un proceso de transformación que dio origen a dos tipos diferentes de contratos, pues además de los contratos privados surgieron los contratos públicos, cada uno a cargo de diferentes competencias: la jurisdicción de lo contencioso administrativo se encargaba de los contratos públicos mientras que la jurisdicción común tenía competencia para todo lo relacionado con contratos privados (Cabrera, 2016, pág. 16).

Fue la Ley 80 de 1993 la que estableció que todos los contratos que celebre la administración pública serán competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa. Echeverry (2015, pág. 75) advierte que los contratos estatales pueden poseer características particulares que son propias del orden constitucional o legal, por lo que se deben entonces enfocar o canalizar hacia el derecho civil, comercial o de contratación estrictamente estatal.

Habiendo hecho este análisis sobre la función que cumple la contratación en la marcha del Estado, a continuación, se revisan los elementos que caracterizan la naturaleza de los contratos que se celebran en cumplimiento de esa función.

3.2. NATURALEZA DEL CONTRATO ESTATAL

El contrato estatal se caracteriza por los siguientes atributos: es bilateral, oneroso, conmutativo, principal y solemne y desde el enfoque doctrinario las propiedades son: típicos y atípicos, *intuitu personae*, de colaboración y de ejecución sucesiva o instantánea, de los

cuales se describen algunos a continuación (Ocaña, 2014, pág. 69). A continuación, se explica el alcance de cada una de esas características.

La bilateralidad, descrita mediante el Artículo 1496 del Código Civil, se refiere a que las partes intervinientes se comprometen mutuamente de forma equitativa, siendo una el deudor y la otra el acreedor. Esta condición lleva a que cuando una de las partes incumple sus compromisos, la otra queda eximida de cumplir sus obligaciones, con excepción de la condición de resolución tácita a que se refiere el Código Civil (Acosta N. , 2016, pág. 40). En efecto, el Artículo 1609 de ese Código establece que cuando una de las partes haya realizado su compromiso queda facultada para exigir el reintegro de lo pactado a cargo de la parte que haya incumplido.

Entre tanto, la onerosidad se relaciona con el fin que las partes buscan, como es la obtención de algún rendimiento o lucro. Mientras que a la administración le interesa que se alcancen los propósitos del servicio o suministro contratado, al contratista le interesa obtener una ganancia económica como contraprestación (López, 2015, pág. 420). Así mismo, se dice que es un contrato principal porque surge de forma autónoma, sin subordinación a otro contrato (Díaz, 2014, pág. 14), lo cual no impide la existencia de contratos complementarios, especialmente cuando se efectúan para que se realicen obras adicionales que pueden surgir de forma ocasional; en estos casos, el contrato complementario queda condicionado a que se solemnice el contrato principal.

El atributo de los contratos estatales como solemnnes corresponde al cumplimiento de determinados requisitos; en caso de que se incumplan no ocasionan efectos jurídicos, de conformidad con el Artículo 1500 del Código Civil; el Artículo 39 de la Ley 80 prevé los

requisitos que pueden generar impacto jurídico, como son la exigencia de que se reflejen por escrito en un documento, sin que se exija que sea por medio de escritura pública, a menos que correspondan a la cesión de dominio o la imposición de servidumbres o gravámenes sobre bienes inmuebles. Es decir que está prohibida la celebración de contratos verbales, por mutuo acuerdo o consenso (Sánchez L. , 2017, pág. 49). Además, se considera típicos dado que se encuentran legislados de acuerdo con los principios del derecho privado, del estatuto de contratación o por preceptos específicos (García, 2017); en cambio, los atípicos son los que no corresponden a ninguna de las clases previstas por la legislación, aunque generan un acuerdo de voluntades que genera compromisos.

Los contratos se consideran Intuito Personae cuando una condición fundamental es la persona con quien se celebran; en este caso, si la labor contratada es ejercida por una persona diferente no se toma como la ejecución de lo contratado. En cambio, cuando la selección se hace con base en determinadas propiedades que pueden ser satisfechas por diferentes personas, deja de ser un contrato intuito personae. Criterio que se ve fortalecido según lo fija la ley 80 de 1993, bajo el artículo 41, inciso tercero, el cual contempla: *“Los contratos estatales son intuito personae y, en consecuencia, una vez celebrados no podrá cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante”* (Álvarez & Rodríguez, 2014, pág. 58).

El Artículo 3 de la Ley 80 define que al solemnizar estos contratos se debe señalar que su fin corresponde a la realización de los objetivos propios del Estado, la prestación eficaz y permanente de servicios públicos, además de la objetividad de los derechos y la generación de utilidades para el contratista que, al suscribirlo y ejecutarlo, contribuye a que se alcancen esos objetivos. También los contratistas deben reconocer que su condición los hace copartícipes de los organismos estatales cuyos objetivos contribuyen a alcanzar; de esa

manera, están realizando una labor social que también genera responsabilidades; entre tanto, el Artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 abolió lo referente a la seguridad en la obtención de utilidades avaladas por el Estado.

La Ley 80 también se refiere a los propósitos del Estado, dirigidos a la satisfacción de intereses colectivos, para el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos. Las responsabilidades de los particulares cuando ejecutan contratos con el Estado no se limitan a la obligación de cumplir los compromisos u obligaciones señaladas en las minutas, dado que su naturaleza de copartícipes de la gestión pública hace que concurren con el Estado para alcanzar sus propósitos (Higueta, 2014, pág. 63),

En los artículos 4° y 5° de la Ley 80 de 1993 se detallan las obligaciones y los derechos de los contratistas y los organismos del Estado, los cuales conforman reglas de comportamiento, buena conducta y requerimientos bajo los que se deben realizar los diferentes trámites contractuales (Ocaña, 2014, pág. 70).

Estos elementos que caracterizan al contrato estatal por supuesto también aplican de forma general a los convenios administrativos de fomento. En esta modalidad de contratos resulta de especial importancia la aleatoriedad o conmutatividad en este tipo de contratos, como se verá a continuación.

3.3. ALEATORIEDAD O CONMUTATIVIDAD DEL CONTRATO ESTATAL

Una característica destacada de estos contratos es su aleatoriedad o conmutatividad, que sirve de base para la gestión de procesos relacionados con el restablecimiento de la

equidad económica y financiera de los contratos. Cuando se trata de contratos aleatorios no existe estabilización entre los servicios o rendimientos a cargo de cada parte, lo que limita la posibilidad de solicitar la correspondiente restitución. Sería viable exigir el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre los derechos y las obligaciones de estos contratos cuando se hubiera acordado la estabilidad entre lo que recibe cada parte, lo que posibilitaría establecer la rentabilidad o pérdida que se puede generar como consecuencia de la ejecución del contrato. Cuando se trata de contratos conmutativos, se puede establecer o regular del sostenimiento del equilibrio económico y financiero, el cual se pacta en el momento inicial de la contratación.

El contrato conmutativo se encuentra definido en el Artículo 1498 del Código Civil, el cual señala:

El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, el contrato es aleatorio.

De acuerdo con la norma, un contrato se considera conmutativo cuando las responsabilidades de las partes intervinientes resultan semejantes, mientras que en un contrato aleatorio no existe proporción económica entre las responsabilidades contractuales.

De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de Casación Civil de 1952, se presenta contraste entre los dos tipos de contratos, ya que en esta sentencia se señala que las prestaciones que se generan desde que surge el contrato conmutativo, le permiten determinar a las partes la utilidad o pérdida que puede producir dicha contratación; mientras

que en contrato aleatorio, al surgir dicho contrato, no pueden tener establecido la ganancia o pérdida resultante de éste, ya que están supeditadas de una eventualidad imprevisible.

En los contratos conmutativos se permite establecer las ganancias o pérdidas a cargo de cada interviniente, lo que no sucede en los contratos aleatorios, en los que se configura una posibilidad de que surjan responsabilidades como consecuencia de circunstancias futuras imprecisas o inciertas, que pueden suceder o no. Si bien no es posible disponer el carácter aleatorio de los contratos estatales, si está previsto en ellos el deber de restablecer el equilibrios económico y financiero propio de los contratos conmutativos. Es decir que en los contratos aleatorios los riesgos son una condición propia de la negociación, lo que hace que una de las partes tiene la posibilidad de obtener provecho, lo que no es posible para la contraparte, mientras que en el contrato conmutativo ambas partes tienen esa misma posibilidad de obtener beneficios económicos.

El contrato estatal usualmente es conmutativo, en cumplimiento de los postulados del estatuto contractual, específicamente los fijados en los artículos 17 y 28 de la Ley 80, en los siguientes términos.

Artículo 27. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones adquiridos surgidos al momento de proponer o contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disposiciones de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias

que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

De igual forma, el artículo 28 de la ley 80 de 1993, señala que:

Artículo 28. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

El hecho de que el contrato estatal sea usualmente conmutativo hace que se deba mantener la equidad económica y financiera que se establece durante el proceso de negociación, de manera que se conserve simetría entre los beneficios y derechos, independientemente de su propósito.

En efecto, el numeral 8 del Artículo 4 de la Ley 80 al respecto estipula que:

Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos, si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

De igual forma, el numeral 1 del artículo 5 del Estatuto General de la Contratación Pública prescribe que el tiene derecho a requerir la restitución de la situación de igualdad o simetría económica. Por esa razón, la ejecución de las responsabilidades que se derivan de la ejecución de un contrato estatal no debe corresponder a sucesos imprecisos, dado que esa condición es el elemento central que lo diferencia del contrato aleatorio.

Algunos analistas consideran que esta condición dificulta o impide que el gobierno cumpla sus fines; de acuerdo con esta posición, la administración no se encuentra capacitada para ejecutar contratos aleatorios, a pesar de que la realización de su misión constitucional hace necesario que en algunos casos se dé esa condición. Tal es el caso de los contratos de seguros, en lo que la inadmisión de contratos aleatorios impediría su ejecución, como quiera que la aleatoriedad es una característica esencial del negocio de seguros.

Adicionalmente, es la misma normatividad la que faculta al gobierno para que ejecute todo tipo de contratos, lo que impide que las mismas normas impongan la exigencia de contratos conmutativos. En efecto, el Artículo 32 del Estatuto Contractual hace la definición de los contratos estatales en los siguientes términos:

Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...).

Nótese que la expresión “actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto...”, se refiere a *transacciones jurídicas* ejecutadas por las instituciones administrativas. En otras palabras, un contrato estatal es una transacción jurídica que un organismo estatal ejecuta, lo que incluye los contratos aleatorios. De esta manera, cuando una entidad del Estado ejecute un contrato de seguros su actuar corresponde a un negocio jurídico generador de responsabilidad, en concordancia con el Artículo 32 de la ley 80 de 1993; así mismo, ese contrato corresponde a un contrato aleatorio, según lo dispone el Artículo 1498 del Código Civil. Esta situación genera la probabilidad de que los organismos del Estado desarrollen contratos aleatorios, con todas las implicaciones jurídicas que se derivan de esa condición.

Visto de esta forma, el alcance que se le debería dar al Artículo 28 del Estatuto Contractual no corresponde a decir que todos los contratos ejecutados por instituciones estatales se deban considerar conmutativos; en cambio, la interpretación debería ser en el sentido de que la simetría entre servicios y derechos propia de los contratos conmutativos no se debe extender a los contratos aleatorios.

En síntesis, los contratos estatales pueden ser aleatorios o conmutativos, lo que dependerá a la clasificación que corresponda de acuerdo con la tipicidad del contrato en cuestión (Pinto F. , 2003, pág. 82).

Expuestos los anteriores elementos que de forma general caracterizan a la contratación pública, a continuación, se revisan otros elementos específicos propios de los convenios administrativos de fomento.

3.4. DIFERENCIA ENTRE CONVENIO DE LA ADMINISTRACIÓN Y CONTRATO ESTATAL

La noción de convenio de la administración se ha preparado de manera considerable por la doctrina, esta noción tiene que ver con el negocio jurídico de colaboración. El convenio efectuado por la administración pública, en contraste con el contrato estatal, asume que los intereses que tienen las partes son concordantes; de tal forma que, las partes que constituyen el convenio unen sus empeños a fin de impulsar una causa común.

No obstante, a causa de este acuerdo de voluntades se generan compromisos u obligaciones que deben tener las partes, así como sucede con el contrato, puesto que estos

convenios no son solamente expresiones de buena voluntad. De esta forma, los convenios que se realizan en la administración se describen como:

(...) el vínculo jurídico en el que ella, la administración, esto es, una o más personas jurídicas públicas, se una con otra u otras personas mediante un acuerdo de voluntades, para la realización de fines de interés mutuo en el marco de la ejecución de funciones administrativas (Chávez, 2012, págs. 50-51) .

Esta definición se puede reevaluar y definir ya que el convenio, encima de ser un vínculo jurídico, hace alusión al acuerdo de voluntades que, fundamentado en la ejecución de intereses comunes, solemniza la administración pública con otra persona, generándose con ello relaciones jurídicas con el propósito de llevar a buen término un fin común (Perdomo, 2014, pág. 49).

De otra parte, cabe señalar que el convenio está constituido por tres elementos esenciales que se mencionan a continuación.

- Se solemniza por la administración pública, lo que significa que es “una administración nacional y una administración territorial. Dicha administración pública se compone de un conjunto de personas jurídicas previstas en la constitución y en la ley (...)” (Ibañez, 2007, pág. 207).
- Constituye un acuerdo que surge por intereses comunes entre la administración pública y la persona con la cual se va a solemnizar dicho acuerdo, por lo tanto, no se parte de una contradicción de intereses.
- Constituye un acuerdo que genera compromisos entre las partes, es decir, relaciones jurídicas con base en las cuales las partes se responsabilizan o comprometan para

ejecutar prestaciones; sin embargo, estas prestaciones no buscan conseguir sufragar algún interés por la contraparte, sino que, buscan conseguir la realización del interés común de las dos partes. De esta forma, el convenio constituye por ende un negocio jurídico real, pero no constituye un negocio de contraprestación, sino de colaboración (Perdomo, 2014, pág. 50).

La noción analizada de convenio administrativo en Colombia emerge de normas especiales diferentes a la ley 80 de 1993 (ya que el hecho de que el Estatuto sea General no significa que es la única norma con relación a los contratos que solemniza la administración pública, sino que, en ese sentido existen otras normas que pueden instaurar juicios distintos al adoptado bajo la ley 80). Dentro de esas normas, al establecer la noción de convenio, no adopta una estructura como juicio subjetivo, sino que se toma en consideración los intereses que tienen las partes cuando se va a solemnizar el acuerdo.

La diferencia que existe entre contrato y convenio emana de lo expuesto en el artículo 11 de la ley 29 de 1990, a través de la cual se crearon normas para fomentar las actividades científicas y tecnológicas; ley con la cual se le otorgaron facultades extraordinarias al gobierno nacional, como se señala a continuación.

De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución, revístese al gobierno, por el término de un año contado a partir de la sanción de la presente ley, de facultades extraordinarias para: (...) 2. Dictar las normas a que deban sujetarse la nación y sus entidades descentralizadas para asociarse con los particulares en actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías. (...) 4. Regular las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científica y tecnológicas.

De esta forma, los numerales 2 y 4 de la ley 29 de 1990 determinan facultades extraordinarias en dos situaciones distintas; en primera instancia el numeral 2, hace alusión a la normatividad en cuanto a mecanismos de asociación con los particulares, y el numeral 4 hace alusión a la posibilidad de reglamentar las modalidades de contratos para desarrollar actividades tanto científicas como tecnológicas. Es así como, en desarrollo de estas facultades extraordinarias, surgieron dos decretos ley distintos; en primera instancia, por la facultad que se tiene por el numeral 2 otorgado por el artículo 11 de la ley 29, el gobierno promulga el Decreto Ley 393 de 1991, decreto en el cual se establecieron dos estilos de asociación: La creación y asociación de sociedades y los convenios especiales de cooperación.

Como segunda medida, por la facultad conferida a través del numeral 4 del artículo 11 de la ley 29 de 1990 surgió el decreto 591 de 1991, reglamentación donde se establecieron una sucesión de clases de contratos para fomentar el desarrollo de actividades científicas. De una forma poco adecuada, bajo el artículo 17° de este decreto se asumió la probabilidad de solemnizar convenios especiales de cooperación que se habían reglamentado bajo el Decreto 393 de 1991.

De esta forma, se puede señalar que a través de los convenios se buscaba crear asociaciones, es decir, negocios jurídicos en los cuales los intereses que tenían las partes fueran iguales. Por lo tanto, se considera que una de las maneras de asociación es crear sociedades, es decir, el ejemplo modelo de negocios jurídicos de cooperación. En un conjunto de normas distintas a la anterior, se reglamentaron las diversas clases de contratos para impulsar actividades de ciencia y tecnología, estas clases de contratos tenían, a excepción de la repetición de los convenios de cooperación, unos vínculos negociales fundamentados en

la contraprestación de intereses; por lo tanto, el Decreto 591 de 1991 reglamenta unos vínculos propios del negocio jurídico de contraprestación (Perdomo, 2014, pág. 51).

Al momento de expedir la Ley 80 de 1993, esta tiene la tarea de derogar diversas determinaciones del Decreto 591 de 1991; aunque, no se pronuncia acerca del Decreto 393 de 1991, situación que no es por casualidad, ya que el mismo Estatuto no efectuó ningún pronunciamiento acerca de la reglamentación que había con relación a la asociación, pero sí se trabajó y derogó una parte considerable de la reglamentación con relación a los contratos de ciencia y tecnología. Sin embargo, la noción de convenio administrativo surge por el vínculo que se presenta cuando las partes tienen intereses comunes y concordantes, noción que se fundamenta en la distinción que surge en la Ley 29 de 1990 y los Decretos 393 de 1991 y 591 de 1991 (Perdomo, 2014, pág. 51).

El convenio administrativo está enfocado hacia las tendencias novedosas de intervención del Estado constitucional, democrático y también social actual y conlleva una de las expresiones de la manera como actualmente se diligencia o administra lo público, donde se puede denotar especialmente la utilización de mecanismos consensuales dentro de la labor administrativa. Esta situación se observa en distintos entornos del derecho público y brinda una multiplicidad de tonalidades jurídicas que corresponden a actuaciones de intervención mixta; es decir acuerdos de voluntades llevadas a cabo por entidades públicas con particulares, que de manera genérica se pueden determinar como convenios administrativos; nombre que está permitido, puesto que estos negocios jurídicos surgen de la actividad propia del Estado y forman parte de los convenios de la administración como un segundo nivel éstos, complementario a lo que corresponde a los convenios interadministrativos (Chávez, 2014, pág. 3).

Los convenios administrativos son negocios jurídicos convencionales, se diferencian de manera significativa de los contratos estatales, los cuales también corresponden a un acuerdo de voluntades solemnizado con particulares, ya que, en los convenios, no se presenta una contraposición de intereses entre las partes; entre tanto, en los contratos estatales, si se presenta. De tal manera que, un convenio administrativo, se comprende como aquellos acuerdos con carácter vinculante llevados a cabo entre un particular y una persona jurídica pública, a fin de reunir acciones para ejecutar un propósito mutuo y de beneficio general (Chávez, 2014, pág. 7).

A continuación, se realizan algunas puntualizaciones que posibilitan fortalecer la identificación de los convenios administrativos, en aspectos tales como: Los intereses de las partes que celebran el contrato, el régimen general que aplica a los convenios administrativo y el sistema para seleccionar al contratista.

- Intereses de las partes en el convenio administrativo: A través del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP) se reglamentan todos aquellos acuerdos que se solemnizan por las entidades del Estado con los particulares; éstos están reglados según un juicio de complacencia para las dos partes, en cuanto a los fines que buscan las entidades del Estado, como de los intereses privados y de lucro que tienen los particulares que se encuentran para la solemnización de este convenio. Esto es así, aunque el artículo 3 de la ley 80 de 1993 señale que los particulares, fuera de conseguir utilidades, y cuyo amparo respalda el Estado, colaboran con las entidades del Estado para conseguir sus objetivos y cumplir una labor social, que, como tal, acarrea compromisos (Chávez, 2014, pág. 9).

La doctrina nacional ha catalogado a los contratistas administrativos como colaboradores de ésta; aunque, en este caso la colaboración a la administración y la analiza desde el punto de vista contractual, adopta dos perspectivas desde el aspecto de los intereses que tiene la persona que colabora: i) Colaboración desde el aspecto débil, es decir cuando son contratistas que están adscritos por medio de contratos administrativos o estatales, a causa de lo cual, el contratista realmente ayuda a la administración, pero en retribución recibe un precio que conlleva una utilidad, un ánimo de lucro, como en el caso de negocios jurídicos, donde se precise un método de vinculación, asociación o participación público-privada que se encuentra determinada en la ley 1508 de 2012. Ii) De otro lado, colaboración en sentido fuerte, que quiere decir, en el momento en que el particular se vincula con la administración dentro de un entorno para realizar una actividad convencional, firmado con propósitos uniformes con los de la entidad pública, en cuyo caso, el objetivo no es recibir en contraprestación algún reconocimiento económico con ánimo de lucro.

Cuando se habla en dicho estatuto de colaboradores de la administración, apelativo que se les otorga a los contratistas, no parece que quepa duda acerca del aspecto objetivo en que las personas privadas, cuando solemnizan contratos con el Estado, lo hacen buscando intereses particulares; primordialmente, la consecución de una ganancia económica, conforme lo señala el artículo 3 de la ley 80 de 1993. Con relación a este tema, Villar (2003, pág. 20) señala que en el contrato administrativo se presenta una contradicción entre los propios intereses de cada una de las partes, ya que, en dicho contrato, no existe una sola parte interesada (en este caso el particular) sino que también se encuentra el interés que tiene la administración pública, puesto

que el “solo quiere tener una lícita ganancia con la realización, debida y correcta de aquello se compromete a hacer. La administración, sin embargo, pretende servir los fines públicos mediante el objeto del contrato administrativo” (Villar, J., 2003, pág. 21). Ese ánimo de lucro u objetivo solamente a nivel patrimonial que suscribe la voluntad del contratista y define el interés por el cual se solemniza el negocio jurídico, describe a los contratos administrativos estatales. Caso contrario sucede con la solemnización de un convenio administrativo, puesto que el particular busca los mismos propósitos que tiene la entidad oficial con la cual se vincula, ya que existe una verdadera coincidencia de intereses, a causa de lo cual, lo convierte en un acuerdo distinto al contrato estatal que se llama convenio (Chávez, 2012, pág. 65).

- Régimen general de los convenios administrativos: Tanto el convenio administrativo como el interadministrativo conforman las dos categorías en las cuales se clasifica el convenio de la administración. En cuanto al régimen jurídico del convenio administrativo, las normas aplicables de la actividad convencional se refieren a la reglamentación de los contratos solemnizados por las entidades del Estado con los contratistas, ya que, de cierta manera, se prevén normas de excepción sobre esta figura.

En tal sentido, se debe tener en cuenta que, con relación al entorno de uso del Estatuto General de Contratación Estatal, que éste al reglamentar sin hacer ninguna diferenciación de todos los contratos que las entidades estatales solemnicen con particulares, debe utilizarse a los mismos, excepto cuando dicha ley manifieste una excepción. Es decir, que lo establecido en la Ley 80 de 1993, se debe utilizar para todos los acuerdos de voluntades que solemnicen las entidades del Estado con los

particulares, a excepción que esa misma norma excluya de su uso alguna clase de negocio jurídico; o que otra norma de categoría legal superior determine la prevalencia de un régimen especial distinto de aquel, según lo señalado en los artículos 1, 13 y 32 de la ley 80. Así mismo, esto significa que el alcance de este régimen se encuentra supeditado al uso de regímenes especiales de las distintas clases de convenios. Esto sucede, cuando al estudiar algunas clases de convenios, las normas especiales se remiten al régimen general de la ley de la contratación administrativa; o, a causa de exista un vacío en las normas de ordenamiento especial, se requiere remitirse por similitud a las normas generales.

Por lo tanto, se puede señalar que, en lo concerniente al régimen de los convenios administrativos, éstos se encuentran sujetos a una reglamentación que abarca dos niveles, cuya preponderancia y uso se debe establecer en cada caso: i) El régimen general de los contratos administrativos o estatales, que abarca eventualmente el uso del derecho privado en determinados aspectos, y ii) El régimen especial de cada clase de convenio administrativo (Chávez, 2012, pág. 68).

- Selección del contratista del convenio administrativo: Cuando la administración se vincula a nivel contractual con un particular a través de un convenio administrativo, se debe considerar que desde el punto de vista del derecho positivo, se utiliza la celebración de convenios administrativos que hace alusión al actual régimen contractual instaurado de manera general para los acuerdos que suscriban entidades del Estado con particulares, el cual se ajusta a la Ley 80 de 1993, incluidas sus modificaciones y decretos reglamentarios, excepto las reglamentaciones que fijen que

se debe tener un régimen especial diferente acerca de la materia, como sucede con ciertas clases de convenios.

De esta forma, el régimen general señalado, determina que en el proceso de selección que a nivel general se implanta para contratos que se solemnizan con entidades del Estado, según lo establece la Ley 1150 de 2007 en el artículo 2° numeral 1°, es la licitación pública; entre tanto, las excepciones establecen que se realice a través de un proceso abreviado de selección, concurso de méritos y contratación directa, reglamentados mediante numerales de este mismo artículo, al igual que la contratación de cuantía mínima incorporada a través la Ley 1474 de 2011, en su artículo 94, regulada a través del decreto 2516 de 2011. O si, por el contrario, se le deben asignar a la administración, determinado nivel de discrecionalidad para la selección del contratista pertinente (Chávez, 2014, pág. 66) .

3.5. LOS RÉGIMENES ESPECIALES

A pesar de que el fundamento de la contratación del Estado lo conforma la ley 80 de 1993, el poder legislativo ha generado reglas con el fin de perfeccionar o reformar sus resultados y repercusiones; así mismo busca actualizar el aparato de vigilancia del Estado sobre esta clase de contratación. Dentro de los regímenes especiales, a pesar de que utilizan las mismas normas, de igual forma existen supervisiones o normas que cada entidad posee a nivel interno, acoplado con los requerimientos de cada una de ellas. Dentro de las normas que se expidieron después de la Ley 80, se encuentran las que se mencionan a continuación.

- Ley 142 de 1994: (art. 31 y 32) Ley de servicios públicos domiciliarios, los contratos están regidos por la legislación privada.

- Ley 143 de 1994: (art. 8 y 76) Ley del sector eléctrico, en ella se manifiesta que los contratos regidos por la legislación privada.
- Ley 105 de 1993: (art. 54) Ley del sector de transporte, en el caso de la aeronáutica civil se regirán por el régimen especial de contratación, en esta entidad se utiliza el mismo régimen del art. 38 de la ley 80 de 1993, lo cual conlleva a que se deben regir a través de un régimen de contratación propio.
- Ley 100 de 1993: (art. 195, núm. 6): Las Empresas Sociales del Estado (hospitales públicos) están reglados por la legislación privada, aunque se permite la inclusión de cláusulas exorbitantes que requieran.
- Ley 226 de 1995: (art 2) Ley de privatizaciones; se señala que la ley 80 de 1993 no se utiliza dentro de los procesos de enajenación accionaria.
- Ley 182 de 1995 y ley 335 de 1996: Ley de televisión, esta clase de contratos tienen un régimen propio.
- Ley 21 de 1992 y 30 de 1992: Las universidades estatales cuentan con un régimen especial de contratación.
- Ley 31 de 1992: Norma únicamente para la práctica de las labores desarrolladas por el Banco de la República, se estima igualmente como Ley Orgánica del Banco de la República.

De esta forma, se denota que los regímenes especiales no se encuentran exentos del control del Estado, sino que también utilizan preceptos especiales con el fin de respaldar la supervisión de todas las labores de cada entidad (Martínez & González, 2014, pág. 82);

aunque esta circunstancia no obstaculiza las tareas a desarrollar por dicha entidad, esto significa que se trabaja con posterioridad, pero esto no exime de responsabilidad a todos los funcionarios de cada una de ellas.

Cabe señalar lo reglamentado en la Constitución de 1991, a través de los artículos 83, 84, 90 y 209 donde se estipulan de manera clara los principios que encierran la contratación administrativa y que usan en todas las operaciones que realiza el Estado: Buena fe, autonomía de ciertas instituciones, posterioridad del control, iniciativa privada libre, cooperación entre contratistas particulares y el Estado para lograr los propósitos públicos, preeminencia de lo sustancial frente a los aspectos de forma, eficiencia, economía, celeridad, publicidad, responsabilidad y moralidad.

Dentro de la organización del Estado en Colombia, existe una clase especial de entidades, que se llaman entidades de régimen especial, en las cuales se utilizan dentro de sus vínculos contractuales las normas de la legislación privada, ya que las labores ejecutadas tienen un vínculo cercano con el sector privado y con el fin de evitar desequilibrio a nivel jurídico o mercantil; así como que estas puedan realizar de manera ágil sus labores, se ha instaurado que estén reglamentadas de la misma forma que para las empresas privadas (Grueso, 2014, pág. 195).

Según Grueso (2014, pág. 195) existen tres aspectos que se estiman como determinantes: i) Estos regímenes no están autorizados para instaurar cláusulas exorbitantes dentro de los contratos, aspecto que es particular de los contratos del Estado, pero no está presente dentro de los contratos privados. ii) Aplica el régimen laboral para personas que se encuentran laborando en estas entidades, pero no el régimen disciplinario, iii) Se utiliza el

principio de austeridad en el gasto para las entidades estatales del régimen privado, para determinar si este límite es aplicable, acarreado las consecuencias que surgen de su uso.

De acuerdo con lo establecido en la ley 1150 de 2007 donde se instaura que para aquellas entidades del Estado que poseen régimen de contratación que no está reglado a través de la ley 80 de 1993, sino por el derecho privado, y a las que se le aplicarán los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal que están estipulados en la Constitución de 1991; y así mismo estarán regidas por el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación del Estado (Ahumada, Sierra, & Sierra, 2016, pág. 38).

Con base en los principios señalados con anterioridad, y aunque se ha utilizado el régimen privado, las entidades del Estado deben cumplir con los principios de la función administrativa como son: Igualdad, eficacia, economía, celeridad y publicidad. Esto se puede comprender como dilaciones en la contratación, cuando se busca cumplir con esos principios, las entidades del Estado con régimen de contratación privado, han asumido dentro de sus procesos de contratación, prácticas que toman del Estatuto de Contratación de la Administración Pública (Grueso, 2014, pág. 197).

De igual manera, existe otra diferencia entre los contratos de entidades estatales con los de régimen especial, es el régimen laboral de contratación de sus empleados, de acuerdo con Grueso (2014, pág. 204) en este aspecto se ha constatado a través de la observación de las reglas de su generación, o por los estatutos de ciertas entidades que se desempeñan en Colombia con naturaleza única, en las cuales exceptuando los cargos de dirección y confianza, los empleados están contratados a través de contrato de trabajo normado por reglas

del Código Sustantivo del Trabajo y las demás reglamentaciones que se utilizan para los trabajadores privados, y para los cuales no se les utilizan normas del sector público.

De igual manera, dentro de las diferencias que hay entre las entidades de régimen especial y de naturaleza única, lo conforma el presupuesto con el que trabajan las dos entidades; las de régimen especial tienen un presupuesto que no integra el presupuesto general de la nación, lo cual quiere decir que, estas entidades trabajan con su propio presupuesto (Ahumada, Sierra, & Sierra, 2016, pág. 50).

Para poder entender el carácter jurídico de una institución con régimen especial, se observa el Banco de la República, el cual se estima como una organización de naturaleza única, debido a su esencia especial y a causa de las funciones que éste desempeña en la nación; funciones que no están definidas dentro de los estándares instaurados para otra entidad descentralizada amparadas por la Constitución y por la ley (Grueso, 2014, pág. 206)

De esta forma, según Grueso (2014, págs. 207-208) se puede señalar que la designación de carácter jurídico para esta clase de entidades especiales hace alusión a que no se le aplican las normas generales que se instauran para las entidades estatales, por lo cual, solamente se le utilizan las normas que emitidas para crearlas, donde se instauró una regulación especial en cuanto a su presupuesto, vínculos laborales, temas tributarios, etc. (Ahumada, Sierra, & Sierra, 2016, pág. 52).

3.6. ACTIVIDADES DE FOMENTO

Según lo estipulado por el artículo 2 de la Constitución de 1991 el fomento conforma una de las actividades de mayor trascendencia, para que el Estado pueda llevar a cabo los propósitos constitucionales que son: Impulsar el progreso a nivel general y respaldar la eficacia de los principios, los deberes y los derechos estipulados en la Constitución.

La actividad de fomento se ha definido como el trayecto entre “la inhibición y el intervencionismo del Estado, que pretende conciliar la libertad con el bien común mediante la influencia indirecta sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública” (Jordana, 1949, págs. 41-54).

Así mismo, se encuentra la definición dada por Dromi (1998, pág. 68) quien señala que el fomento es “una acción dirigida a proteger o promover las actividades y establecimientos de los particulares, que satisfagan necesidades públicas o que se estimen de utilidad general”. Este autor señala que ésta, constituye una actividad sugestiva o incentivadora cuyo propósito es persuadir o estimular para que se ejecute, o no se realice algo que tenga que ver con intereses públicos, sin que se requiera llevar a cabo coacción.

La actividad de fomento, según Cassagne (2002, pág. 343) conforma la práctica de actos favorables, es una de las maneras de participar, y que muestra la particularidad de las labores que desempeña el Estado. De tal forma, que se considera que los sectores para los cuales se enfoca el fomento según el Estado son los de mayor trascendencia; puesto que, son esenciales para su progreso, como sería el caso de las industrias. La actividad de fomento constituye un mecanismo de intervención en la economía de una nación. Al respecto, en la sentencia C-324 de 2009 se señala la trascendencia de la actividad de fomento, y coincide

con la apreciación de Cassagne (2002, pág. 350) al definir esta actividad como un instrumento para la intervención de la economía.

De igual manera, existen diversas formas de realizar esa intervención por parte del Estado, las cuales han sido clasificadas por analistas del derecho administrativo. Uno de los que se encargó de realizar dicha clasificación fue Dromi (Dromi, 1998, pág. 34) quien realizó esta clasificación comenzando por los aspectos negativos, que son aquellos que buscan obstaculizar las actividades que no se quieren impulsar; en cuanto a los aspectos positivos, tienen que ver con el hecho de que brindan ventajas, beneficios o prestaciones. La clasificación que presenta también se relaciona con el propio contenido del mecanismo como son los medios honoríficos, económicos, jurídico y psicológicos, los cuales se describen a continuación.

- Medios honoríficos: Se puntualizan en la concesión de condecoraciones, distinciones, títulos, etc., con el propósito de destacar las actividades realizadas por los particulares en provecho para el interés público (Dromi, 1998, pág. 34).
- Medios jurídicos: Se presentan habitualmente a partir de principios del derecho administrativo. Corresponden a la concesión de una condición de prerrogativa que brinda ventajas de distinta naturaleza, concesión, licencia, permiso, autorización o monopolio (Dromi, 1998, pág. 35).
- Medios psicológicos: Los describe como la publicidad que efectúan de forma directa las entidades públicas; frente a lo cual Dromi (1998, pág. 35) señala que a esta categorización le hace falta un componente correspondiente que es el beneficio o ayuda, así esté enfocada a que los particulares formen parte por algo.

- Medios económicos: Tiene que ver con la subvención, en donde el provecho puede ser: Real como, por ejemplo, la explotación directa de bienes del Estado; o financiera, que se comprende como los auxilios, los cuales pueden ser: i) Directo, subvenciones propiamente dichas, e, ii) Indirectos, exenciones fiscales, desgravaciones, etc. (Dromi, 1998, pág. 36).

De esta forma, se puede señalar que, la actividad de fomento se puede concebir como un mecanismo de intervención dentro de la economía cuyo propósito es generar igualdad de oportunidades, perfeccionamiento de las condiciones de vida de la población y el progreso económico del país dentro del marco de un Estado Social de Derecho (Manrique L. , 2015, pág. 66). Por lo tanto, es fundamental señalar a continuación como fue el manejo de la subvención en Colombia antes de la Constitución, y con ella.

- Subvención en Colombia previa a la Constitución Política de 1991: Según lo señalado, el Estado está en capacidad de usar la subvención como mecanismo económico, el cual se puede otorgar de forma directa a través de un subsidio o una erogación directa por parte de la administración, o de forma indirecta a través de exenciones fiscales. Sucede lo mismo, que según sea su objetivo y beneficio, se puede brindar para situaciones de coyuntura económica o para las mismas entidades públicas.

De acuerdo con este contexto, con relación a las actividades de fomento que se otorgan en dinero; bajo el acto legislativo 1 de 1945 se reformó la Constitución de 1886, que determinaba la posibilidad de que el Congreso se encargara de impulsar empresas convenientes y favorecedoras, dignas de proyectar y respaldar.

Facultad que fue precisada a través del artículo 1° de la ley 25 de 1977 que permitía que las empresas útiles y benéficas que eran acreedoras de fomento y respaldo por el Estado, a las que era factible impulsar a través de iniciativa legales, eran las entidades bien públicas o privadas sin ánimo de lucro, que se acomodaran a los proyectos de cada sector que estuvieran vigentes, y que estuvieran diseñados o implantados por parte de las administraciones a nivel bien sea nacional, seccional o local, a través de las entidades descentralizadas o, entidades que el Congreso determine.

De igual manera, bajo el artículo 2° de la ley 25 de 1977, le posibilitaba al Congreso adueñarse de presupuestos de la Nación y las entidades descentralizadas, para ser utilizados en programas de fomento a nivel regional y para empresas útiles y benéficas. A través de esta norma, se efectuaba una categorización de los sectores donde se podía llevar a cabo la actividad de fomento; incluye servicios de salud, educativas, científicas y culturales, agropecuarias, ecológicas, de obra pública, vivienda y urbanismo, proyectos hidroeléctricos, desarrollo comunitario, etc.

Posteriormente, bajo el artículo 3° de la Ley 30 de 1978 bajo el cual se determina que los objetivos de esta norma son: Brindar los recursos financieros tanto para personas del sector pública como privado sin ánimo lucrativo, que efectúen trabajos benéficos para la comunidad, para los sectores a los cuales hacía alusión el artículo 3° de la ley 25 de 1977, para la subvención de gastos de funcionamiento e inversión.

Los mecanismos que se utilizaban para su puesta en marcha eran: i) La ejecución de un gasto público al año para proyectos concretos de las entidades estipuladas dentro de la ley 25 de 1977, ii) La distribución de las apropiaciones correspondientes, según

lo señalado en los correspondientes pliegos, antes del 1 de septiembre de cada año las Comisiones Cuartas Constitucionales Permanentes; y iii) El compromiso por parte de los congresistas de determinar dentro de la circunscripción electoral a través de la cual fueron escogidos, las entidades y los proyectos que son dignos de recibir la ayuda financiera otorgada por la Nación, según los propósitos estipulados en dicha norma. E igualmente, los congresistas podían determinar entidades domiciliadas por fuera de su circunscripción, si efectúan labores que sean de provecho para toda la nación.

- Subvención en la Constitución de 1991: Colombia logró llevar a cabo todas las clases de fomento que se mencionaron anteriormente. Con relación a las subvenciones, bajo el artículo 355 constitucional determinó que ninguna rama del poder puede ordenar auxilios ni donaciones para ninguna persona de derecho privado. De igual forma, señala que el gobierno puede solemnizar contratos con entidades de carácter privado sin ánimo de lucro idóneas, a fin de fomentar proyectos o labores de interés público que estén conforme a los planes de desarrollo nacionales o regionales.

De esta manera, se debe señalar que el numeral 4º del artículo 136 de la Constitución, de conformidad con lo establecido bajo el artículo 355 de la Constitución le impidió 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 la ley preexistente”.

El artículo 355 de la Constitución fue ampliado a través del Decreto 777 de 1992, por medio del cual se regularon los contratos permitidos con relación a su objeto y estipulaciones. De tal forma que, el Consejo de Estado se pudo manifestar a través

del Concepto con Radicación 11001-03-06-000-2008-00049-00-1911 de 2008, donde se precisó acerca de las determinaciones tomadas por la Constitución para poder seguir con la actividad de fomento, uniéndola con la solemnización de determinados contratos que debían cumplir con ciertos requisitos singulares, conforme a lo estipulado por la Constitución y por los decretos reglamentarios, requisitos que se señalan a continuación.

- Con relación a las partes del contrato: Correspondientes a los sujetos o entidades públicas que se encuentran estipulados dentro del artículo 355 de la Constitución de 1991, y son: La Nación, los Departamentos, Los Distritos, Los Municipios.
- Dentro del Decreto 777 de 1992 se hace referencia a estos sujetos o entidades públicas, según se señala a continuación.
 - Los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y entidades estatales, tanto industriales como comerciales.
 - También en este decreto hace alusión a los sujetos privados que corresponden a entidades privadas sin ánimo de lucro idóneas.
- En cuanto al objeto del contrato: Tiene que ver con lo que se señala a continuación.
 - Fomento de programas y prácticas de interés público
 - Conforme al Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo

- Que lo estipulado en el contrato tenga relación con el objeto social de la entidad sin ánimo de lucro
 - Que la actividad no integre las excepciones estipuladas bajo el artículo 2° del Decreto 777 de 1992.
 - Que se acoja al principio de legalidad del gasto, es decir, que el gasto tiene que estar presupuestado.
 - Debe existir un mandato constitucional que lo acredite
- Requisitos generales del contrato
- Debe acatar el principio de igualdad
 - Debe figurar por escrito
 - Debe acatar las exigencias y requerimientos estipulados por ley para contratar con particulares.
 - Debe sujetarse a lo estipulado por el Decreto 777 de 1992 y los decretos que lo modificaron.
 - Puede incluir cláusulas exorbitantes

De tal manera que, en el momento en que la actividad que el Estado desee impulsar o fomentar, esta actividad se puede efectuar desde que se cumplan las estipulaciones señaladas anteriormente, y de esta forma se estaría conforme a lo señalado en el artículo 355 de la Constitución. De no ser de esta manera, se deberá regir según lo señalado por la Ley General

de Contratación Administrativa y las normas especiales para cada caso que se presente en la solicitud de consulta.

De acuerdo con Manrique (2014, pág. 331) se puede analizar que en la Constitución se presenta una prohibición a nivel general con relación a que ninguna rama del poder público puede ordenar auxilios a favor de terceros; de igual manera, la Constitución de 1991 abarca excepciones al autorizar subsidios, incentivos, beneficios, etc., que se presentan debido a que existe el deber que tiene el Estado por ser un Estado de Derecho de amparar los derechos de los colombianos.

Dentro de la lista de excepciones que señala la Constitución de 1991 y sobre las cuales respalda, se encuentran estipuladas a forma de ejemplo, las que se señalan a continuación:

- Asistencia y amparo especial para la mujer en estado de embarazo, desde que esta mujer se encuentre en condición de desempleo o desamparo.
- Subsidio alimentario para individuos de la tercera edad en condición de indigencia.
- Atención gratuita a todo niño en las entidades de salud que cuenten con aportes del Estado.
- Impulso para las actividades deportivas y sus diversas formas de recreación o competitivas.
- Acceso a la propiedad de tierras para los empleados rurales.
- Condiciones especiales para el crédito con destino a proyectos agropecuarios.
- Educación gratuita en entidades estatales.

- Promoción para acceder a manifestaciones culturales de forma igualitaria.
- Estímulo a entidades o individuos que ofrezcan desarrollo y fomento tanto científico como tecnológico.
- Fomento de entidades, empresas y proyectos que tengan que ver con el progreso de la economía, la sociedad y la cultura a nivel departamental.
- Generación de subsidios, a fin de que los individuos que tengan ingresos más reducidos puedan satisfacer necesidades esenciales (Manrique L. , 2014, pág. 320) .

Para la aplicabilidad de las excepciones señaladas anteriormente, el congreso ha expedido una serie de leyes que otorgan, crean o posibilitan mecanismos especiales en distintas áreas, con procesos y particularidades que en muchos casos coinciden. Dentro de esas normas se pueden señalar las que se enumeran a continuación.

- Sector agrícola: Ley 41 de 1993, Ley 69 de 1993, Ley 160 de 1994, Ley 302 de 1996.
- Sector social: Ley 368 de 1997, Ley 509 de 1999, Ley 1505 de 2012.
- Sector laboral: Ley 1660 de 2013
- Sector cultural: Ley 397 de 1997, Ley 814 de 2003, Ley 1237 de 2008.
- Asuntos económicos: Ley 633 de 2000.
- Temas de Servicios Públicos: Ley 1117 de 2006.
- Temas de salud: Ley 380 de 1997, Ley 1412 de 2010.

Con relación a toda esta reglamentación, la Corte Constitucional ha determinado bajo los mandatos de las sentencias: C-372 de 1994, C-506 de 1994, C-205 de 1995, C-251 de 1996, C-152 de 1999, C-1168 de 2001, C-042 de 2006, C-507 de 2008, C-324 de 2009, C-414 de 2012 donde se establece que desde que, la misma Constitución apruebe las ayudas, y éstas se encuentren bajo el marco legal y dentro de los objetivos fundamentales del Estado: se puede como excepción, que el Congreso produzca subvenciones que estén por fuera de los lineamientos contractuales instaurados bajo el artículo 355 de la Constitución.

A través de la descripción que se hizo anteriormente, se puede determinar que, debido a la multiplicidad de determinaciones, ha generado que los asuntos generales del fomento, no sean iguales para todos los casos. Se debe recalcar que las normas que hacen mención del tema, aunque conlleva una transparente actividad de fomento, casi siempre esos auxilios o beneficios se le brindan a través de mecanismos como fondos, planes, programas, descuentos, condiciones especiales, condonaciones, o créditos blandos; así mismo, delegan en las entidades encargadas la puesta en marcha, la formalización y reglamentación de las condiciones y procesos a ejecutar (Manrique L. , 2015, pág. 44).

3.7. APLICACIÓN EN ESPAÑA DE ACTIVIDADES DE FOMENTO

La pretensión de cimentar un método de educación concertado nació con la reglamentación de determinaciones como fueran la Ley Moyano de 1857 o la Ley Villar-Palasi; pero fue en 1985 por medio de la Ley Orgánica de Derecho a la Educación (LODE) 8 (BOE, 1985, pág. 198), que se afianzó de manera legal la educación concertada como una

opción tanto para la educación pública como la privada no concertada (Fernández & Muñiz, 2012, pág. 112).

De igual manera, se insinuó el requerimiento de optimizar las ayudas públicas que el Estado brindaba para los centros educativos de naturaleza privada a través de la implantación en el cumplimiento de una sucesión de formalidades. Pero su naturaleza según Martínez (2004, pág. 87), se fundamenta como primera medida en la colaboración de la administración pública en la práctica de un servicio público fundamental como lo es la educación; está catalogado de esta forma, en unión con los centros públicos llamados “centros sostenidos por la Administración con fondos públicos” que están normativizados en el artículo 27.7 de la Constitución Española (BOE, 1978, pág. 201).

Como segunda medida, su naturaleza se basa en su carácter privado, ya que la administración pública, no puede realizar las labores que deben cumplir los encargados de una institución educativa, según lo establece la LODE (1985) en su artículo 61.7: “la administración educativa no podrá adoptar en ningún caso medidas que supongan su subrogación en las facultades respectivas del titular o del Consejo Escolar del centro”

Y el tercer aspecto que se tiene en cuenta para determinar su naturaleza, es la restricción de su autonomía con relación al sistema privado de educación no concertado, ya que los colegios concertados se tienen que supeditar a la inspección y el control por parte de la Administración; sin embargo, mantendrán su autonomía, cuando se trata de determinar las normas internas y económicas, al igual que en temas relacionados a la elección tanto del alumnado como del profesorado (Castaño, 2019, pág. 150).

La aparición del término “concierto” se dio inicialmente bajo el artículo 9º de la LODE (1985), el cual señala:

Los conciertos educativos tienen por objeto garantizar la impartición de la educación básica obligatoria y gratuita en centros privados mediante la asignación de fondos públicos destinados a este fin por la Administración, en orden a la prestación del servicio público de la educación en los términos previstos en la ley orgánica 8/1985, de 3 de julio. (BOE, 1985)

El fundamento reglamentario de donde se basa la figura de concierto educativo es en el cumplimiento de dos objetivos, de una parte, respaldaba el ingreso a la educación gratuita y obligatoria; y de otro lado, posibilitaba a los padres a escoger el modelo de educación que querían para sus hijos. Estribaba en el uso eficaz de los derechos educativos que estaban reglamentados bajo el artículo 27 de la Constitución (1978) (Miguez, 2015, pág. 269); artículo que está derogado, aunque parece que la noción y objetivo de este mecanismo jurídico continúa siendo vigente.

El artículo que actualmente reglamenta todo lo relacionado al régimen de conciertos, es el 116 de la Ley Orgánica 8 de 2013 para mejorar la calidad en la educación. Sin deterioro de su diligenciamiento, inspección y reforma que les corresponde a las comunidades autónomas (Martínez A. , 2004, pág. 59).

Con el fin de poder suscribirse a este sistema de conciertos, el Real Decreto 2377 de 1985 autoriza el Reglamento de Normas Básicas relacionados con los conciertos educativos; para lo cual se deberán rebasar los obstáculos de ingreso instaurados por la reglamentación educativa. Estos centros educativos deben tener el permiso administrativo que corresponde, el cual se les otorga cuando cumplan con las condiciones instauradas por ley, la cuales, de

acuerdo con el artículo 14 de la LODE (1985) hace alusión a “la titulación académica del profesorado, relación numérica alumno-profesor, instalaciones docentes y deportivas y número de puestos escolares”.

Específicamente, dentro de los requisitos que debe tener el centro educativo para la conformación e impartición de conciertos educativos son: La enseñanza se debe brindar de manera gratuita, y se deben cumplir ciertas condiciones mínimas de calidad en la educación, se debe constituir un mecanismo de gestión y vigilancia, el uso de reglas similares a las instauradas en los centros públicos para el proceso de admisión de estudiantes, instaurar un mecanismo que debe estar supeditado a vigilancia para la escogencia de los docentes, además de que debe existir una relación media alumnos/docentes que no sobrepase la instaurada por parte de la administración educativa (Castaño, 2019, pág. 150).

Fuera de la autorización y haber cumplido con las mínimas estipulaciones, la reglamentación implanta otra disposición que se basa en el individuo o entidad titular del centro; de tal forma que, de acuerdo con la LODE, únicamente personas naturales o jurídicas de índole privado y de nacionalidad española, podrán crear y manejar centros educativos con estas particularidades, desde que no estén bajo el marco de alguna de las excepciones establecidas bajo el segundo apartado del artículo de la LODE (1985).

Con posterioridad a que se hayan cumplido las determinaciones señaladas con anterioridad, Villarroya (2000, pág. 73) señala que, para conceder los conciertos se fijará un orden de prelación entre los diversos centros, lo cual se fundamenta en circunstancias como los requerimientos de escolarización, situación económica de los estudiantes o la instrucción

de asignaturas con un alta exigencia pedagógica que se efectúe dentro de cada uno de estos centros educativos.

Para Villarroya (2000, pág. 80), el concierto educativo conforma un pacto de dos partes y de índole convencional entre la administración estatal y la institución educativa privada, que se fundamenta en una responsabilización mutua de compromisos y obligaciones. La administración pública es la entidad encargada de conceder los fondos y subvencionar los costos; mientras que el centro educativo, deberá transmitir de manera gratuita el aleccionamiento a los estudiantes.

El Real Decreto 2377 de 1985 señala que tanto la administración pública como los centros educativos poseen obligaciones específicas, y las insta a través del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos, como se señala a continuación para cada una de las partes.

- Obligaciones de la administración pública: Dentro de sus obligaciones, se encuentran las que se señalan a continuación.
 - Otorgar la parte que corresponde de los presupuestos generales del Estado y de la Comunidad Autónoma, en lo correspondiente para cada uno de los centros, con base en los módulos económicos por unidad escolar y nivel educativo instaurados en la ley.
 - Determinar los beneficios tanto fiscales como no fiscales que le competen a causa de la práctica de la labor educativa, e igualmente, a causa de los efectos apropiados de su estimación como fundaciones de beneficencia para docentes.

- Aprobar la captación de recursos que se realice a través de actividades por fuera de la escuela y de otros servicios complementarios.
- Obligaciones del centro concertado: Dentro de estas obligaciones se encuentran las que se señalan a continuación.
 - Brindar o transmitir sin ningún costo las materias que se instauraron en el concierto, de acuerdo con los planes de estudio y la programación establecida en la ley.
 - El porcentaje de alumnos/docente por cada una de las unidades escolares se tiene que acomodar a lo instaurado en la norma, por lo tanto, no puede ser menos de lo instaurado por la administración pública.
 - La condición como centro concertado, debe quedar consignado en el nombre del centro educativo, en la documentación, así como en todo lo concerniente a propaganda y anuncio de la entidad educativa.
 - Tendrá que estar funcionando todas las unidades escolares pertenecientes, de acuerdo con la cuota de enseñanza que ha sido objeto de concierto.

De acuerdo con la fuente de donde provenga la financiación, los conciertos educativos se encuentran catalogados en dos clases: Los de régimen general de una parte, y los particulares por la otra (De Castro, 2004, pág. 151).

Los centros educativos de régimen general tienen la particularidad de que son centros que son financiados totalmente por la administración pública, y se encargan de brindar una

enseñanza completamente gratuita; también son centros que están enfocados a las fases de educación infantil, primaria y la ESO.

En cuanto a los centros educativos de régimen particular, se encargan de impartir las demás enseñanzas, de los poderes públicos reciben una financiación parcial, por lo cual deben acudir a otra clase de fuentes para poder complementar sus ingresos; complementación que puede surgir de realizar actividades extraescolares o por medio de servicios complementarios o aportes voluntarios brindados por familias que deseen colaborar.

Así mismo, el concierto educativo, no es concedido al centro escolar como tal, sino que es otorgado con base en las unidades escolares, ya que una unidad escolar la constituye un grupo de alumnos a quienes se les brinda atención de manera conjunta por un profesor, se puede presentar que un mismo centro educativo se encuentre sujeto a diversos conciertos.

Para las fuentes de financiación pública, cada año, de acuerdo con Martínez (2004, pág. 54) se fija el monto total de fondos de índole público a través de los presupuestos de las administraciones, la cuales se destinarán para el mantenimiento de los centros educativos concertados; con relación a su distribución, la cuantía del módulo económico por unidad escolar, se establecerá dentro de los Presupuestos Generales del Estado y en su caso en los de las Comunidades Autónomas, sin que estos últimos puedan ser menores a los instaurados en los primeros (Castaño, 2019, pág. 161)

3.8. PARTICULARIDADES DE LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS DE FOMENTO

Debido a la desviación producida, en repetidos casos, de dineros públicos originalmente destinados a fomentar entidades privadas con fines altruistas o para la atención de necesidades comunitarias regionales (Gaceta Constitucional 77), la Asamblea Nacional Constituyente que expidió la Carta Política de 1991, decidió a través del artículo 355, establecer la prohibición a "las ramas u órganos del poder público" el decreto de "auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado". Simultáneamente, la misma norma facultó al Gobierno en todos sus niveles, para celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro e idóneas para el impulso de programas y actividades vinculadas con los planes de desarrollo tanto seccionales como nacional; en tales contratos se pueden utilizar recursos presupuestales, siempre que se cumpla con lo reglamentado por el Gobierno Nacional, de acuerdo con el decreto 777 de 1992.

La normatividad desarrollada hasta el momento en cumplimiento del inciso 2 del mencionado artículo constitucional, le ha agregado al espíritu de esa norma los elementos que se enumeran a continuación.

El decreto 777 de 1992 establece que se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acrediten la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato, definiendo que la autoridad facultada para celebrar el respectivo contrato debe evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado. Adicionalmente, el artículo 12 del citado decreto indica que las entidades sin ánimo de lucro deben estar constituidas con seis meses de antelación a la

celebración del contrato y tener vigente el reconocimiento de su personería jurídica. Aquellas que estén obligadas por disposición legal a presentar declaración de ingresos y patrimonio o declaración de renta, suministrarán, además, copia de las correspondientes a los tres últimos años gravables, si es el caso. El término de duración de las entidades sin ánimo de lucro no podrá ser inferior al término del contrato y un año más.

Lo que buscó el artículo 355 de la Constitución de 1991 es eliminar los auxilios parlamentarios que existían previamente y que generaban corrupción. Al prohibir, mediante el primer inciso, la existencia de auxilios o donaciones en las tres ramas del poder público, se eliminó esa mala práctica; el segundo inciso se refiere a las ESAL y limita la posibilidad de hacer contratos con ellas por fuera de los respectivos presupuestos; con esto no se necesita volver a referirse en este inciso a las tres ramas del poder público, sino solo al gobierno, pues al fin y al cabo el presupuesto nacional es aprobado por el Congreso y es el ejecutivo el encargado de su ejecución en mayor proporción; las otras ramas del poder público inciden básicamente en la parte de gastos, más no contratan obras o servicios que por su naturaleza ameriten incluirse en este inciso.

Se excluyen algunos contratos, ya sea porque se identifica en ellos el ánimo de lucro, por tratarse de la transferencia de recursos a particulares, o por existir propiamente contraprestación. El artículo 2° del decreto 777 de 1992 consagra las siguientes exclusiones:

1. Contratos celebrados con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando de ellos se derive una contraprestación a favor de la entidad estatal.

2. Transferencias realizadas con recursos de presupuestos nacionales, departamentales, distritales o municipales con destino a personas de derecho privado para desarrollar funciones públicas o prestar servicios públicos a cargo del Estado.
3. Apropiaciones presupuestales a favor de personas jurídicas conformadas por múltiples entidades del Estado.
4. Transferencias realizadas por instituciones del Estado a personas naturales como consecuencia de la ejecución de obligaciones de subsidio o asistencia establecidas en la Constitución Política de 1991.
5. Contratos celebrados entre instituciones jurídicas para el desarrollo de un proyecto específico por cuenta de la entidad estatal siguiendo instrucciones de esta última.

El Consejo de Estado considera que el ánimo de lucro se constituye cuando la entidad es destinataria de rentas que pueden corresponder a la distribución de utilidades, ya sea durante su vigencia o durante su liquidación. Para establecer la distinción, se hace necesario estudiar los estatutos de la sociedad, para establecer si está prevista o no la distribución de utilidades (Radicación 7234, 1982, pág. 21).

3.9. LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO ESAL

De acuerdo con la Guía de Entidades sin Ánimo de Lucro publicada por la Cámara de Comercio de Bogotá (2007, 1), las E.S.A.L. son personas jurídicas que se constituyen por la voluntad de asociación o creación de otras personas (naturales o jurídicas) para realizar

actividades en beneficio de los asociados o de terceras personas o de la comunidad en general y no persiguen el reparto de utilidades entre sus miembros.

Para crear organizaciones o entidades sin ánimo de lucro, se debe manifestar de forma expresa la disposición voluntaria de ejercer el Derecho de Asociación, ya sea que se haga dentro de cualquiera de las siguientes figuras jurídicas: fundaciones, corporaciones o asociaciones y entidades del Sector Solidario o que se puedan asimilar, como es el caso de Cajas de Compensación o de carácter religioso, etc.

3.5.1. Fundación.

La fundación es una persona jurídica que nace de la voluntad de una o varias personas naturales o jurídicas y cuya finalidad es propender por el bienestar común bien sea de un sector o gremio en particular o de toda la comunidad y surge de la afectación que se realice de un patrimonio por su fundador o fundadores. Dentro de sus características deben contar con un patrimonio que se determina desde que se constituyen, el carácter irrevocable de la afectación patrimonial, el carácter indefinido de la vigencia legal de la institución, la prohibición de disolverse o liquidarse por decisión de sus miembros o fundadores y la facultad de constituirse por una única persona.

Al respecto Gaitán señala que “una fundación es una persona jurídica sin ánimo de lucro 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” (2014, pág. 6).

3.5.2. Corporación o asociación.

Surge como consecuencia de la voluntad de varias personas naturales o jurídicas con el fin de generar bienestar de sus familias, de una agremiación o de la comunidad en general. Se distingue por requerir la participación de varias personas para su constitución, una vigencia delimitada en el tiempo y la posibilidad de que los asociados puedan decretar su disolución o liquidación (Torres & Ortiz, 2017, pág. 16).

3.5.3. Entidades del sector solidario.

Constituidas para la realización de actividades de cooperación, ayuda mutua, solidaridad o autogestión de los asociados. Tal es el caso de cooperativas, fondos de empleados, precooperativas, asociaciones mutuales y organismos cooperativos de grado segundo y tercero (Cámara de Comercio de Bogotá, 2017), de acuerdo con la Ley 454 de 1998.

3.5.4. Constitución de las entidades sin ánimo de lucro.

El decreto Ley 2150 de 1995 eliminó la necesidad de que se produzca un acto administrativo para que se reconozca la personería de estas entidades, por lo que su nacimiento a la vida jurídica una vez son registradas en una cámara de comercio; su constitución se realiza mediante escritura pública o documento privado, de acuerdo con lo establecido por el Artículo 40 del Decreto 2150.

El acta de constitución debe contener como mínimo: fecha y lugar de reunión, nombre, identificación y domicilio de los fundadores, voluntad de constituir la E.S.A.L., constancia de aprobación de estatutos, nombramiento de órganos directivos (opcional), firma

o constancia de firma de presidente y secretario y firma de todos los fundadores o asociados. Dado que los estatutos son la columna vertebral normativa de la Entidad, deben contener, entre otros, los siguientes elementos: nombre, clase de persona jurídica, domicilio, duración, objeto, patrimonio, forma de hacer los aportes, aspectos financieros, viabilidad (Cámara de Comercio de Bogotá, 2017). Los órganos de dirección son la Asamblea General de Asociados y el Consejo de Fundadores y los órganos de administración pueden ser la Junta Directiva, el Consejo Directivo y el Comité Ejecutivo.

3.5.5. Responsabilidades de las entidades sin ánimo de lucro ante la administración pública.

Las siguientes son las responsabilidades aplicables desde su creación: presentación de informes siempre que les sean requeridos por la entidad encargada de su vigilancia y control; remisión de estatutos y sus correspondientes reformas a la entidad de vigilancia y control, lo mismo que la exhibición de sus libros oficiales y estados financieros al menos una vez cada año, incluyendo balance general, estado de resultados, cambios en la situación patrimonial y en el capital de trabajo, así como informe de flujo de efectivo. Se agregan además informe de gestión y de ejecución presupuestal anual. Todos esos informes deben estar certificados mediante firma del contador y del representante legal.

3.5.6. Inspección, control y vigilancia de las entidades sin ánimo de lucro.

El ejercicio de la función administrativa de inspección, control y vigilancia se rige por el artículo 189 numeral 26 de la Constitución Política (Robles, 2019, pág. 32).

La Ley 190 de 1995 establece que todas las personas jurídicas o naturales sujetas a su campo de aplicación deben llevar un sistema contable acorde con principios de aceptación

general, así como a la consolidación de estados financieros, que se deben someter a un proceso de auditoría. El Gobierno puede expedir otras normas orientadas a que esa auditoría logre identificar situaciones violatorias de los dispuesto por esa misma Ley.

Si la ESAL aplica de forma diferente los recursos recibidos del Estado queda sujeta a multas y sanción de cancelación de su personería jurídica, además de posibles procesos penales. Por su parte, el respectivo representante legal queda sujeto al régimen de responsabilidad administrativa establecido por la Ley 80 de 1993 y a procesos penales, en caso de que celebre contratos de cualquier tipo.

En el caso de Bogotá, El Decreto Distrital 267 de 2007 determinó las funciones de la Subdirección de Personas Jurídicas, entre las cuales se encuentra: “Ejercer, conforme a las disposiciones legales vigentes, la inspección, control y vigilancia de las asociaciones y corporaciones sin ánimo de lucro, así como de las instituciones de utilidad común con domicilio en el Distrito Capital, para garantizar que cumplan con los estatutos, de conformidad con la legislación aplicable” (Suárez & Rojas, 2019, pág. 69).

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 38 del Decreto 059 de 1991, en cumplimiento de sus facultades, la Subdirección de Personas Jurídicas puede: practicar visitas de inspección, solicitar información y documentos que considere necesarios, examinar los libros, cuentas y demás documentos de las entidades, solicitar se alleguen los proyectos de presupuesto y los balances de cada ejercicio con arreglo a las normas vigentes sobre la materia y asistir a las reuniones que realicen, las asambleas y los órganos de administración.

La administración distrital tiene identificadas como causales de investigación sobre las E.S.A.L, según lo señala la Alcaldía Mayor de Bogotá (2014, pág. 33) las que se señalan a continuación.

- Cuando sus actividades se desvían del objeto social.
- Cuando la E.S.A.L. se aparte ostensiblemente de los fines que motivaron su creación.
- Cuando se incumplan las disposiciones legales o estatutarias que las rigen.
- Cuando sus actividades sean contrarias al orden público, las leyes.

Así mismo el procedimiento sancionatorio a las E.S.A.L. debe seguir los pasos que se señalan a continuación

- Se puede iniciar el proceso por queja presentada por cualquier persona o por los propios asociados, o de oficio por la Entidad Gubernamental de Inspección, control y vigilancia.
- Se inicia mediante visita Administrativa y el recaudo de pruebas.
- Se expide auto de apertura de la investigación en el que se comisiona a los servidores públicos que adelantarán la investigación.
- Se adelanta notificación y traslado al representante legal de la entidad para garantizar el debido proceso.
- Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, el representante legal podrá presentar los descargos, solicitar y aportar pruebas.

- Recibidos los descargos se procede a la práctica de las pruebas solicitadas, en la medida que sean pertinentes para el esclarecimiento de los hechos.
- Se expide la decisión administrativa absolviendo o imponiendo la sanción que corresponda.
- Se produce la notificación e interposición de recursos de reposición y de apelación.

La administración distrital tiene como política que el término de la investigación hasta la decisión que deba adoptarse no puede sobrepasar de noventa (90) días hábiles contados a partir de la fecha en que se ordena la investigación. Adicionalmente, Si la situación que se atribuye a la entidad es grave y afecta los intereses de la misma o de terceros se podrán congelar transitoriamente los fondos de la E.S.A.L. mientras se adelanta la investigación y se adopta una decisión.

Los tipos de sanciones a imponer incluyen:

- Suspensión y cancelación del registro de la personería jurídica.
- Cancelación del registro de inscripción de dignatarios o representante legal, cuando se compruebe que han violado los estatutos, reglamentos y demás normas que la rijan.
- Suspensión de los actos ilegales que no se acomoden a los fines de la institución bajo el apremio de multas diarias sucesivas hasta de \$500 mil cada una.

De acuerdo con la ley 222 de 1995, en el caso de las E.S.A.L. también constituye delito suministrar datos a las autoridades para expedir constancias o certificaciones contrarias a la realidad, y ordenar, tolerar, hacer o encubrir falsedades en los estados financieros o en

sus notas. Actualmente la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C., cuenta con el Sistema de Información de Personas Jurídicas-SIPEJ, para consultar las entidades que se encuentran registradas y sobre las cuales la Subdirección de Personas Jurídicas ejerce inspección, control y vigilancia.

3.5.7. Control de legalidad de las Cámaras de Comercio.

La Superintendencia de Industria y Comercio estableció que las Cámaras de Comercio deben abstenerse de inscribir el documento de constitución de la entidad sin ánimo de lucro, cuando tal documento no exprese en su totalidad los requisitos formales previstos, así como el nombre de la persona o entidad que desempeñará la función de revisoría fiscal, si dicho cargo estuviere creado. En ningún caso las Cámaras de Comercio tendrán facultad para realizar control de legalidad sobre la adecuación de tales requisitos a las normas que los regulan. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2017)

Esta Superintendencia también estableció que la dirección, el teléfono y el fax de la entidad sin ánimo de lucro, deberán suministrarse a la Cámara de Comercio al momento de efectuar la solicitud de registro del documento de constitución o del certificado especial, aunque su omisión no faculta a la Cámara para abstenerse de efectuar dicha inscripción. La Cámara de Comercio del distrito ha establecido que dentro de los actos exentos de impuesto de registro se encuentran la inscripción del certificado especial de las entidades sin ánimo de lucro, expedido por la autoridad competente, así como las providencias judiciales o administrativas cuando no incorporen un derecho apreciable en dinero a favor de una o de

varias personas, como los actos administrativos expedidos por la autoridad que ejerce inspección y vigilancia de las entidades sin ánimo de lucro.

3.10. NUEVA REGLAMENTACIÓN PARA CONTRATACIÓN CON ENTIDADES PRIVADAS SIN ÁNIMO DE LUCRO

3.10.1. Decreto 092 de 2017.

La expedición del Decreto 092 de 2017 a través del cual “se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”, norma con la cual se derogan los decretos reglamentarios 777 de 1992 y los demás decretos que lo antecedieron.

El decreto 092 de 2017 hace alusión a las entidades públicas que tienen la facultad de solemnizar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro, tiene que ver con las entidades señaladas dentro del artículo 355 de la Constitución de 1991 que son: Entidades públicas del gobierno nacional, departamental, distrital y municipal con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, con el fin de fomentar planteamientos y actividades previstos dentro del Plan Nacional y los proyectos de desarrollo a nivel local; al margen de la designación que las partes le otorguen al acto jurídico, así como de la parte que tuvo la idea de solemnizarlo.

Bajo el artículo 355 de la Constitución se hace alusión solamente a las entidades del gobierno a nivel nacional, departamental, distrital y municipal; por lo tanto, a aquellas

entidades del Estado que no conforman la rama ejecutiva, no pueden solemnizar convenios o contratos, según lo dispone esta norma.

Cabe recalcar que el Decreto 092 de 2017, se encargó de legislar sobre los convenios de asociación para entidades privadas sin ánimo de lucro, sobre las cuales existe normatividad bajo el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y por autorización del legislador se pueden solemnizar para el desarrollo de actividades que tienen que ver con los objetivos y funciones de las entidades del Estado, según los indicadores establecidos bajo el artículo 355 de la Constitución de 1991, al que ordenó dirigirse con ese fin; por lo que, a través del Decreto 092 de 2017, se regulan dichos convenios a través de los cuales no se restringen a las entidades estatales nacionales, departamentales y municipales.

El tipo de contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro e idoneidad de las cuales hace alusión el artículo 355 de la Constitución y el Decreto Reglamentario 092, es de índole limitativo o de excepción, y actúa únicamente cuando existen las condiciones que se estipulan en el artículo 2° del Decreto 092 de 2017.

De otro lado, esta reglamentación abarca las normas que se deben acatar en el momento en que se encuentre en presencia de los convenios a los que se hace alusión, según lo señala la Agencia Colombia Compra Eficiente en la guía de contratación de los convenios de asociación de entidades sin ánimo de lucro, para darle aplicabilidad a la nueva reglamentación (Acosta & Guarnizo, 2017, pág. 81).

A través del Decreto 092 de 2017 se regulan los convenios de asociación de entidades privadas sin ánimo de lucro a las que se refiere el inciso 2° del artículo 355 de la Constitución de 1991 y a los estipulados en el artículo 96 de la ley 489 de 1998 estableciendo

las desigualdades y particularidades que integra a cada una, conforme a las entidades que les es permitido para celebrarlos , el objeto a pactar y los procesos de selección, en el momento en que haya pluralidad; al igual que el efecto y el uso de la reglamentación contractual del Estado en cada uno de ellos.

De esta forma, cuando se hace alusión a la pluralidad de entidades para solemnizar el convenio de que trata el inciso 2° del artículo 355 de la Constitución, el artículo 4° del Decreto 092 de 2017 estipula el proceso a seguir para seleccionar al contratista. Con relación a la escogencia de la entidad privada sin ánimo de lucro, en el momento en que se deba utilizar el convenio del cual hace alusión el artículo 96 de la ley 489 de 1998, se debe respaldar la escogencia de manera objetiva y demostrar los criterios que se tuvieron en cuenta para esa selección. Para estos convenios se utilizan las normas establecidas bajo los artículos 5, 6, 7 y 8 del Decreto 092 de 2017, junto con los principios de la contratación estatal, el régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades; es decir se utiliza el estatuto contractual estatal, excepto lo establecido bajo esta norma (Acosta & Guarnizo, 2017, pág. 84).

3.10.2. Aspectos innovadores del Decreto 092 de 2017

Es fundamental destacar los aspectos más novedosos de este Decreto, señalando inicialmente el rol que esta norma le brinda a la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente, a la cual autorizar para que se encargue de expedir la guía para contratar con las ESAL (guía que es obligatoria para las entidades del Estado); e igualmente, para que se encargue de dirigir el Registro Público de las ESAL por medio del SECOP. Al respecto la

Guía para la Contratación con entidades sin ánimo de lucro instaure aspectos relevantes, los cuales se señalan a continuación.

- Entorno de uso del Decreto 092 de 2017: Norma que se usa para los contratos llevados a cabo entre entidades del Estado y las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad para aquellos contratos que se solemnizan con entidades sin ánimo de lucro para fomentar programas y actividades de interés público que estén de acuerdo con los planes de desarrollo; además, para todos aquellos contratos, que por disposición manifiesta del legislador, pueden utilizar esta clase de régimen, como lo estipulado dentro del artículo 96 de la ley 489 de 1998.
- Congruencia del uso de la contratación con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad: Los contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro a los que hace alusión el artículo 355 de la Constitución y el Decreto 092 son excepcionales, y únicamente se pueden aplicar desde que el proceso de contratación satisfaga las estipulaciones que se encuentran establecidas bajo el artículo 2º del Decreto 092 de 2017, condiciones que se expresan a continuación.
 - Que exista una relación directa entre la finalidad del contrato y las actividades o programas dispuestas dentro del plan de desarrollo, si esta relación no se da de esta manera, el proceso de contratación se debe efectuar bajo las reglamentaciones de la ley 80 de 1993. Las actividades o programas dispuestas dentro del plan de desarrollo que son la finalidad del contrato buscan solamente fomentar los derechos de individuos en condiciones de vulnerabilidad, fomentar los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las expresiones a

nivel artístico, cultural, deportivo y de fomento para la diversidad de las etnias en Colombia.

- No debe darse un vínculo conmutativo entre las partes, ni directrices concretas que señalen la manera como el contratista tiene que cumplir el propósito del contrato. Aquellos contratos que se han solemnizado con base en el artículo 355 de la Constitución y el Decreto 092 de 2017 no se catalogan como conmutativos, ya que la entidad del Estado no obtiene bienes y servicios, ni tampoco encomienda la realización de una obra, fijando instrucciones. Al respecto, la entidad estatal determina llevar a cabo una actividad o programa correspondiente al plan de desarrollo a favor de toda la comunidad.
- No existen propuestas en el mercado diferentes a las de las entidades sin ánimo de lucro, y si se presentan, la contratación con éstas produce un valor más elevado que el dinero (que aumenten la eficacia, eficiencia, economía y gestión del riesgo) para conseguir los objetivos buscados por el plan de desarrollo. El fundamento sobre el cual se basa el Decreto 092 de 2017 radica en que las diversas maneras de estructuración que posibilita el ordenamiento jurídico poseen múltiples probabilidades de minimizar los costos de administración de una actividad o programa.
- Definición de la reconocida idoneidad de la entidad sin ánimo de lucro: La idoneidad es el atributo o característica de ser apropiado para alcanzar un objetivo, y esta idoneidad debe ser aceptada e identificada. Esto significa que la Constitución de 1991 únicamente permite solemnizar esta clase de contratos que posean un reconocimiento

público manifiesto, por lo tanto, para cumplir esta condición se deben seguir los aspectos que se señalan a continuación.

- Que haya correlación del propósito que tiene la ESAL y la actividad o programa predispuesto dentro del plan de desarrollo.
 - Que la ESAL posea el grupo misional, técnico y administrativo que se requiere para dar cumplimiento de la actividad o programa del plan de desarrollo, gracias a que es factible vincular y capacitar nuevos individuos; capacidad que se puede valorar a través de indicadores que evalúen la estancia de colaboradores habituales o temporales.
 - Que la ESAL posea la experiencia que se necesita, experiencia que debe tener relación con el progreso de los programas o actividades efectuados por esta entidad y que sean parecidos o relacionados con los programas o actividades proyectados en el plan de desarrollo y acorde a la magnitud, valor y complicación del proyecto. Para las entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad de creación incipiente, se puede contribuir con la experiencia de sus creadores; de igual forma, para aquellas entidades que poseen un estilo de estructuración supeditada de una matriz internacional o grupo asociado de entidades sin ánimo de lucro que tengan subordinación funcional, pueden brindar la documentación que refleje su experiencia con dicha matriz.
- Estructura organizacional: Deja ver el desarrollo de la entidad tanto en sus procesos, la utilización de la información y en toda la administración o mando corporativo. El consejo que da la guía, e constatar asuntos como, por ejemplo, entes de administración

y dirección, estados financieros supervisados por un contador público o revisor fiscal, política justificada de conflictos de intereses, política de la gestión de riesgos operativos y gestión documental

- Indicadores de eficiencia: Deja ver el nivel de preparación y entrega a proyectos misionales realizados por la ESAL y se definen conforme al nivel de complejidad que tenga el proyecto que se busca llevar a cabo. La Guía señala los que se relacionan a continuación.
 - Puntuación del régimen tributario especial al que hace alusión el artículo 356-2 del Estatuto Tributario
 - Indicadores de rendimiento que posibiliten instaurar la eficiencia en el gasto efectuado por la ESAL, de tal manera que, el porcentaje de los recursos que emplea para sufragar los requerimientos que tenga la comunidad, debe ser más elevado que el empleado para realizar su propia administración.
 - Indicador de eficacia o rendimiento del esfuerzo de la ESAL para alcanzar aportaciones por parte del sector privado, con el propósito de que esta propuesta no sea desincentivada por los aportes del Estado.
- Reputación: Con el fin de constatar el prestigio de la ESAL, la entidad del Estado debe recoger toda la información que se pueda acerca de las entidades sin ánimo de lucro y saber de todas sus actividades y el rendimiento que han tenido, buscando de reducir los riesgos para la realización del proyecto. De igual manera, deben constatar

por medio de mecanismos como encuestas, la manera en que la comunidad beneficiaria percibe dicha entidad.

También debe examinar el historial fiscal, disciplinario y penal de los administradores de la entidad privada sin ánimo de lucro, y asegurarse de que esas personas se encuentren dentro de las que están catalogadas como políticamente expuestas.

La Entidad del Estado, debe examinar el recorrido y el funcionamiento de las entidades sin ánimo de lucro para la realización de proyectos parecidos a los que les va a prestar apoyo financiero, analizando los documentos de evaluación que publica el SECOP según lo estipula el artículo 7° del Decreto 092 de 2017.

Otro aspecto novedoso que abarca el Decreto 092 de 2017 en los artículo 7° y 8° lo conforma la inclusión de normas para la contratación de interés público al ampliarla para el uso de principios y normas del sistema de contratación público; de tal manera que, la ley 80 de 1993 y demás preceptos, constituyen el régimen jurídico de estos contratos, sin detrimento del uso especial de las concretas determinaciones que estipula el decreto reglamentario vigente acerca del tema (Rodríguez M. , 2017, pág. 11).

A través de la Guía de Contratación se precisan tres fases para el proceso de contratación con la ESAL, las cuales se señalan a continuación.

- Fase de planeación: Esta fase es inherente al régimen establecido en la ley 80 de 1993 y se utiliza totalmente para la contratación con las ESAL con base a lo señalado en el artículo 8° del Decreto 092 de 2017. Rodríguez (2017, pág. 11), señala que el uso del principio de planeación implica la ejecución de múltiples medidas por parte de la administración dentro de las que se encuentran las que se señalan a continuación.

- Realizar los análisis pertinentes con el fin de determinar el motivo, de qué manera y con quién se necesita llevar a cabo la contratación de interés público con el propósito de sufragar los requerimientos que se instauraron en los planes de desarrollo
- Tener la disponibilidad de los presupuestos requeridos
- Conseguir los permisos requeridos siendo fundamental el del representante legal de la entidad
- Efectuar un estudio concienzudo de la pertinencia y oportunidad de la contratación
- Determinar los compromisos que tendrá que asumir la ESAL
- Efectuar un estudio de riesgos previsible
- Reglamentar los contratos para que tengan el consentimiento de las garantías, así como la concesión del correspondiente registro presupuestal

De igual manera, la formulación de los análisis previos y estudios del sector, conforman un mecanismo de planeación fundamental y reglamentario de los contratos de interés público; sobre este aspecto Rodríguez (2017, pág. 21) transmite el pronunciamiento del Consejo de Estado en la Sentencia 11001-03-25-000-2012-00762-00 (2520-12) de 2014, en la cual se señala que en los contratos estatales, las entidades deben ajustarse y dar cumplimiento al principio de planeación, ya que es esencial efectuar estudios que sean lo bastante válidos e integrales antes de comenzar un proceso contractual. Si no se cumple con este deber legal, se

transgreden los principios generales de contratación, siendo el más esencial el principio de planeación; así como los de economía, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, etc.

De esta manera, la Guía para contratar con ESAL instauro que, en la fase de planeación, la entidad del Estado debe sustentar todos los estudios y análisis que definieron la determinación de usar la contratación que ha sido aprobada por el artículo 355 de la Constitución de 1991 y la condición de la población que ha sido beneficiaria del proyecto que se va a llevar a cabo por parte de la ESAL. Así mismo, el Decreto 092 de 2017 y la Guía para la contratación la ESAL, implantan que en la fase de planeación se lleve a cabo un análisis del sector económico que, según el Decreto 1082 de 2015 se utiliza para la contratación de interés público con base en el Decreto 092 de 2017, el estudio del sector abarca tres aspectos fundamentales del mercado: los generales, el estudio de demanda y el de oferta; estudios que tienen que ver con la actividad o programa de interés público que se busca considerar, con el fin de respaldar los requerimientos planteados por el régimen de contratación que se necesita (Ley 80 de 1993 o Decreto 092 de 2017); y para este último caso, acerca del tipo de selección, es decir por contratación directa o proceso de selección.

- Fase de Selección: En esta fase, el Decreto 092 de 2017 instauró dos tipos de selección para respaldar la transparencia: Contratación directa y proceso de selección; dentro de esta última modalidad, se necesita que se efectúe un proceso abierto y público, de acuerdo con lo señalado en el artículo 7° del Decreto 092 de 2017.

Con relación al principio de transparencia, Rodríguez (2017, pág. 21) cita lo señalado por el Consejo de Estado en la Sentencia No. 11001-03-26-000-2003-00014-1(24715) de 2007 donde se manifiesta que el principio de transparencia descarta o rechaza una postura cubierta, misteriosa, sombría e ilegal dentro de la actividad contractual; si no que lo que se busca es que exista una escogencia objetiva de lo que ofrece el contratista del Estado para alcanzar los propósitos de la contratación, y poder sufragar todos los intereses de una colectividad, de acuerdo con lo establecido bajo el artículo 29 de la ley 80 de 1993 de una forma transparente, pura, sana, distinto a estimaciones subjetivas, que no se vea presionada, ni que tampoco exista cualquier indicio de corrupción por parte bien sea de administradores o particulares que conforman las partes de selección contractual del Estado.

No obstante, el principio de transparencia emana del principio de selección objetiva con base en el cual, en los procesos de selección debe existir como oferta más apropiada para la entidad estatal, aquella que esté acorde a los requerimientos y condiciones objetivas de valoración que hayan sido señaladas dentro de los documentos del proceso; que se elija el mejor ofrecimiento en fundamento a juicios objetivos y a través de los mecanismos de selección estipulados dentro del ordenamiento jurídico (Rodríguez M. , 2017, pág. 22).

Según lo señalado por el Decreto 092 de 2017 se instaura que existirá Proceso Competitivo en el momento en que exista pluralidad de entidades sin ánimo de lucro para elegir aquella que ponga de manifiesto las más óptimas condiciones de idoneidad para llevar a cabo el propósito de la contratación. Bajo el inciso 2° del artículo 4° del Decreto 092 de 2017 estipula determinadas medidas para realizar el

trámite de este proceso, como los indicadores de idoneidad, el plazo para la presentación de ofertas y su valoración por la entidad estatal.

Acercas de este tema, la Guía para la contratación con entidades sin ánimo de lucro insta que las entidades públicas no son las encargadas de efectuar el proceso de licitación pública para solemnizar esta clase de contratos; además señala que hay autonomía para determinar los términos y condiciones para estos procesos; sin embargo, sí determina qué documentos de índole obligatoria se deben llenar para las fases tanto de planeación como de selección: i) Análisis y papeleos de la etapa de planeación; ii) Documentos que instauran términos y condiciones para seleccionar la ESAL; iii) Argumentación que abarque comunicaciones entre la entidad del Estado y la ESAL; iv) Ofertas planteadas, y v) Reportes de valoración.

Con relación a la modalidad de contratación directa, esta puede ser conveniente, en el momento de que, a causa de la fase de planeación, se puede certificar la no existencia de pluralidad de ESAL con total idoneidad para solemnizar el contrato a causa de la clase de actividad que esta misma lleva a cabo. Conforme a lo señalado dentro artículo 4° del Decreto 092 de 2017; tampoco se puede proceder a realizar un proceso competitivo si el propósito del contrato de interés público tiene que ver con la realización de programas a nivel artístico, cultural, deportivo y de fomento de la variedad étnica del país, que únicamente pueden efectuar ciertas personas bien sea naturales o jurídicas, aspecto que debe ser totalmente demostrado en los documentos que anteceden al proceso. Lo determinante es poder relacionar y demostrar la clase de actividad que se va a contratar incluidas las condiciones de

excepción de la ESAL para realizarlas hasta que, únicamente a esta última entidad le pueda ser asignada dicha actividad (Rodríguez M. , 2017, pág. 25).

De igual forma, Rodríguez (2017, pág. 19) define una contradicción manifiesta entre el artículo 4° del Decreto 092 de 2017 y lo señalado en el artículo 355 de la Constitución, donde la solemnización de contratos de interés público se restringe para ESAL y no se amplía en cuanto a personas naturales, según está establecido por el reglamento. Así mismo, la sala del Consejo de Estado emitió el concepto 2319 de 2017 y advierte que no se podría utilizar por las personas naturales a las que hace alusión el inciso tercero de esa norma.

Otro tipo de contratación directa corresponde al que se estipula en el inciso 1° del artículo 5° del Decreto 092 de 2017, que hace alusión a los casos donde se solemnizan convenios de asociación a los cuales se refiere el artículo 96 de la ley 489 de 1998 y la ESAL, donde se efectúan aportes en un porcentaje no menor al 30% del valor total del convenio.

Acerca de la diferencia que existe entre estos contratos previstos por el artículo 355 constitucional y los convenios de asociación previstos por la Ley 489 de 1998, el Consejo de Estado señaló por medio de Sala de Consulta y Servicio Civil: Se presentan diferencias entre los contratos de respaldo para programas y actividades de interés público que se encuentran normados a través del Decreto 777 de 1992, y a partir del 1° de junio de 2017 a través del Decreto 092 de 2017, y los convenios de asociación que están señalados bajo el artículo 96 de la ley 489 de 1998, las cuales se señalan a continuación.

Los contratos de apoyo son solemnizados por personas jurídicas sin ánimo de lucro, y los de asociación tanto con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro como con ese ánimo. El propósito de los contratos de apoyo es el fomento de programas de interés público fundamentados o planes de desarrollo, mientras que en los de asociación, además de ese propósito, pueden emplearse para actividades propias de las entidades del Estado o para dar creación a personas jurídicas. Otra diferencia se presenta en la solemnización, pues los contratos deben hacerlo con cargo a recursos del presupuesto de la entidad estatal, mientras que para los de asociación se fijan los aportes de la entidad estatal y de la persona jurídica particular (Consejo de Estado, 2017, págs. 3-6).

Está previsto que el diseño de estos contratos debe hacer posible que se valore la idoneidad de la ESAL durante su ejecución, de cara a los programas o actividades previstas en el plan de desarrollo. Para esa valoración se deben poder realizar controles acordes con el alcance de esos programas o actividades, y con objetivos o estándares de servicio o calidad.

La valoración debe tener en cuenta los logros obtenidos como resultado de la participación de la ESAL, conforme a los problemas hallados durante la ejecución del correspondiente contrato y a los métodos empleados para la verificación. Adicionalmente, debe incluirse un componente que corresponda a la participación de la comunidad local, a fin de que puedan exponer los beneficios derivados de la ejecución del contrato. Esa evaluación se basará en una encuesta sobre la reputación de la ESAL. El resultado correspondiente debe divulgarse, y debe servir de

referencia para otras entidades estatales interesadas en contratar servicios similares (Muñoz, 2018, pág. 88).

El Decreto 092 de 2017 no establece pautas referentes a la fase de liquidación. Es la Guía para la contratación con entidades sin ánimo de lucro la que señala que la liquidación es opcional, en la medida en que se necesite efectuar un informe o evaluación final del contrato.

Según Rodríguez (2017, pág. 20), es apropiado culminar esta fase, ya que casi siempre estos contratos implican prestaciones de realización periódica, por lo tanto, la liquidación hace más sencillo realizar el informe o evaluación definitiva en cuanto al cumplimiento de todas las obligaciones por las partes. Por lo tanto, por expresa remisión al artículo 8° del Decreto 092 de 2017 las reglamentaciones sobre las que se debe fundamentar el proceso de liquidación, será el estipulado en el sistema de compras pública y contratación estatal que se encuentra establecido dentro en la ley 80 de 1883 y la ley 1150 de 2007 (Muñoz, 2018, pág. 87).

Finalmente, hay que precisar que respecto del Decreto 092 de 2017 se instauró el medio de control de Nulidad por inconstitucionalidad ante el H. Consejo de Estado, deprecando la suspensión provisional del inciso segundo del artículo 1, de los literales “a” y “c” y del inciso quinto del artículo 2, del inciso segundo del artículo 3, del inciso final del artículo 4, así como del artículo 5 ibídem.

La máxima autoridad de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de Colombia, en providencia del 6 de agosto de 2019, con Ponencia del Magistrado Carlos

Alberto Zambrano Barrera, decretó la suspensión provisional de las normas referenciadas, excepto la del artículo 5 de la norma en cita.

Para arribar a dicha conclusión y luego de hacer una génesis de artículo 355 constitucional, sostuvo que por tratarse (la norma acusada) de un reglamento constitucional o autónomo, el Presidente de la República transgredió los artículos 115 y 211 de la Constitución Política, al delegar en Colombia Compra Eficiente, la potestad reglamentaria e interpretativa (a través de la expedición de una guía) de ciertas expresiones del Decreto; entidad que no hace parte del Gobierno Nacional, amén de ser una facultad indelegable.

También precisó que la normatividad en estudio fue más allá de lo regulado en el artículo 355, al establecer que “el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previstos en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo” cuando el cánón constitucional solo exige que sean “acordes” al interés público, lo cual, implica limitaciones al momento de contratar, porque se estaría en presencia de procesos de selección a los que están sujetos los contratos ordinarios de la administración pública, desconociendo el carácter especial de la normatividad demandada.

Respecto a la limitación introducida en el literal “a” del artículo 2 del decreto acusado, consideró el H. Consejo de Estado que restringe la posibilidad de celebrar estos negocios jurídicos con entidades sin ánimo de lucro que tengan por objeto actividades y programas de interés público distintas a las allí previstas (relacionadas con personas en debilidad manifiesta, indefensión, derechos de las minorías, educación, derecho a la pasa, manifestaciones artísticas, culturales, deportiva y de promoción de la diversidad étnica

colombiana); contrariando el precepto constitucional, al establecer una condición no prevista en ella.

En lo concerniente al literal “c” del artículo 2 cuya legalidad se cuestiona, consideró el órgano de cierre que se condicionaba la posibilidad de suscribir esta clase de convenios a la inexistencia de oferta en el mercado y/o en caso de existir pluralidad de ofertas, que dicho ofrecimiento resulte ser el más favorable en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo, desconociendo la finalidad de la norma constitucional, que no es la de garantizar la libre competencia en el mercado y por tanto, no es dable aplicarle las reglas de selección previstas en el Estatuto General de Contratación Pública, como lo prevé dicha norma reglamentaria.

Frente al artículo 4 del Decreto demandado, sostuvo el H. Consejo de Estado que resultaba violatorio del principio de igualdad, al establecer la posibilidad de prescindir del proceso de selección allí previsto, cuando se trate de entidades sin ánimo de lucro que tengan por objeto la realización de actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana.

4. JURISPRUDENCIA APLICABLE A LA EJECUCIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS EN RELACIÓN CON LA LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES

En el terreno de la jurisprudencia, los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en ejercicio de su función de control constitucional, y el Consejo de Estado, en su función de control de legalidad, han agregado otros elementos y consideraciones que se enumeran en este punto.

4.1. LOS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS QUE PUEDEN CELEBRAR CONTRATOS A LOS QUE REFIERE EL ARTÍCULO 355

El Consejo de Estado, a través del concepto 1.710 de 2006, en relación con cuáles organismos del Estado están habilitados para celebrar los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 en cuestión, señala al respecto:

Con fundamento en la autorización constitucional al gobierno para suscribir estos contratos, tanto a nivel nacional, como departamental, distrital y municipal, el decreto 777 de 1992 “por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”, entiende por entidades públicas destinatarias del mismo, tanto las previstas por la Constitución y la ley - entre las cuales se encuentran los establecimientos públicos (Artículo 2° párrafo) - , como las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas.

De acuerdo con el Decreto 777 de 1992 que cuando el Consejo de Ministros debe aprobar estos contratos cuando las entidades descentralizadas contratantes correspondan al

orden nacional, ya sea que se trate de empresas industriales o comerciales del Estado o entidades de economía mixta, específicamente cuanto la cuantía contratada iguale o supere los cinco mil SMMLV. En 1193 el Decreto 2459 hizo que esta aprobación se exceptuara para los contratos que la nación y los establecimientos públicos celebren. Cuando se trate de entidades descentralizadas, la autorización debe emitirla la administración central competente.

4.2. EL INTERÉS PÚBLICO

Consultada la Corte Constitucional en la Sentencia C-337 de 1993 sobre el concepto de interés público que debe aplicarse para la interpretación del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución, se pronunció transcribiendo el concepto del tratadista Jean Rivero, según el cual el hombre no se puede bastar a si mismo. De manera expresa señala que la iniciativa privada no está en capacidad de responder a necesidades vitales para toda la comunidad, como la seguridad nacional constituyen el dominio típico de la administración pública, mientras que otras que pueden desarrollar los particulares, en virtud del principio de división del trabajo.

4.3. LA EXCEPCIÓN EN EL CASO DE LOS RECURSOS PARAFISCALES

De acuerdo con la Corte Constitucional en la Sentencia C-183 de 1997, los recursos parafiscales no deben asignarse libremente por parte de las autoridades; ese tipo de rentas tienen origen en la finalidad para la cual fueron creadas, por lo que no están sujetas al inciso segundo del Artículo 355 constitucional.

Las contralorías ejercerán control fiscal sobre los contratos celebrados con fundamento en el artículo 355 de la Constitución Nacional a través de las entidades que los otorguen, como lo señala la Ley 42 de 1993.

4.4. ESTÍMULO A LA CONFORMACIÓN DE ASOCIACIONES SIN ÁNIMO DE LUCRO

En cambio, las asociaciones sin ánimo de lucro que crean establecimientos de educación financiados con aportes de padres de familia y con recursos del Estado con el propósito de alcanzar la universalidad de la educación básica, pueden ser estimuladas por el Gobierno Nacional a través de contratos como los autorizados por el segundo inciso del Artículo 355 constitucional, en concordancia con el Artículo 191 de la Ley General de Educación, o Ley 115 de 1994.

4.5. SERVICIOS DE SALUD

En materia de salud, se prevé que se puedan contratar servicios con hospitales universitarios dirigidos a la atención de personas no vinculadas al sistema de salud, con el fin de garantizarles el acceso a este derecho constitucional. Esta contratación la puede hacer el Ministerio de Salud haciendo uso del segundo inciso del Artículo 355 de la Constitución.

4.6. LO QUE DICE LA LEY 80 SOBRE ESTAS ENTIDADES

Santofimio (2007, pág. 121) considera que se ha invertido el principio de la Ley 80 de 1993, con lo que han dado traslado la regla general para contratar con determinadas entidades que no solamente son administrativos, sino que cumplen funciones de carácter público o prestan servicios públicos; tal es el caso de sociedades que se conforman entre entidades públicas previstas en el Artículo 94 de la Ley 489 de 1998 y en las leyes 142 y 143 de 1994. Igual sucede en algunos hospitales o en otras entidades públicas que contratan con organismos sin ánimo de lucro a las que les corresponde el derecho privado como su régimen principal.

En el marco de la Ley 1150 de 2007 la situación se hizo más extrema, dado que allí se exceptuó a las entidades públicas que desarrollen sus actividades en condiciones de mercado y competencia del régimen de contratación pública. Lo anterior a pesar de que el Artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 establece que se deben aplicar principios de derecho público, especialmente en materia de contratación que se deban regir por el derecho privado, cuando, a pesar de que la actividad sea propia del mercado y la competencia, pero sea hecha por servidores públicos. Al respecto, el citado Artículo 13 dispone que:

[...] Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso, y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal [...].”

Es decir que los procesos de selección adelantados por entidades exentas del régimen de contratación pública tienen el deber de preservar los principios propios de la función administrativa, los de control fiscal, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la Ley 80, entre otros.

4.7. ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO DE CARÁCTER MIXTO

La Sentencia C-506 de 1994 señala que el permiso de que se conformen fundaciones y asociaciones sin ánimo lucro mixtas que incluyan aportes de la Nación de forma directa o por entidades descentralizadas implica la viabilidad de emplear mecanismos válidos y legítimos para que se asocien y participen en la gestión de funciones públicas o presten servicios públicos sin que comporten traslado de recursos públicos a personas particulares; esa autorización estaba conforme a la Constitución de 1886, sin que existiera entonces un régimen constitucional específico que definiera sus cometidos y objetivos, como tampoco su régimen jurídico. Vale la pena resaltar que, en principio y de acuerdo con la Corte, dichas modalidades de asociación son contrarias a la Constitución Política de 1991. Esa indefinición legal de los objetivos específicos es precisamente el que facilita que se trasladen de forma irregular recursos públicos mediante la modalidad de "auxilios", expresamente prohibidos por el artículo 355 de la Carta.

Con base en estas consideraciones, la Corte declaró exequible el artículo 1 del decreto 393 de 1991, que establece que la Nación y sus entidades descentralizadas podrán asociarse con los particulares bajo dos modalidades: mediante la creación y organización de sociedades civiles y comerciales y personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y

fundaciones, así como mediante la celebración de convenios especiales de cooperación. Adicionalmente, la sentencia reitera que los aportes podrán ser en dinero, en especie o de industria; entendiéndose por aportes en especie o de industria, entre otros, conocimiento, patentes, material bibliográfico, instalaciones, equipos y trabajo de científicos investigadores, técnicos y demás personas que el objeto requiera.

4.8. DISTINCIÓN ENTRE APORTES Y AUXILIOS

La Corte, mediante la Sentencia C-254 de 1995, resalta que la Carta prohíbe la liberalidad, “es decir la ausencia de deber de realizar la respectiva erogación, que es enteramente voluntaria para quien dispone de sus bienes; la connotación negativa radica en que el Estado, por regla general, no puede disponer de sus bienes gratuitamente, es decir sin contraprestación”; sin embargo, el decreto 777 de 1992 establece la excepción a la prohibición de otorgamiento de auxilios, el cual no contempla entidades con ánimo de lucro como las empresas exportadoras, por lo que debe concluirse, a juicio de la Corte, que se trata de un auxilio prohibido por la Constitución. De otra parte, los aportes del Estado a sociedades de economía mixta no constituyen auxilio o donación, dado que en este caso el Estado persigue un fin lucrativo mediante la percepción de utilidades o el reembolso final de su participación; además de que durante la vida social tiene control, dada su condición de socio sobre los recursos aportados. En cambio, el aporte del Estado a una fundación de carácter mixto constituye auxilio o donación, y por lo tanto no puede realizarse, debido a que, en este caso, luego de efectuada la asignación de capital, el Estado pierde su control, que compete a

esa fundación, la que se gobierna según las reglas del derecho privado, según la Sentencia C-372 de 1994.

La condición de debilidad manifiesta de las víctimas de desastres de la naturaleza y otras calamidades deja sin efecto la prohibición que se fija en el Artículo 355 para darles apoyo, como tampoco sucede respecto de la oferta de incentivos y la colaboración con particulares interesadas en crear personas jurídicas para investigaciones y actividades científicas o tecnológicas, como quiera que quienes son receptores de esos estímulos ejercen funciones señaladas al Estado por la misma Constitución en los artículos 69 y 71, tal como lo reconoció la mencionada Sentencia C-372.

En cambio, el artículo 355 sí prohíbe acciones como el otorgamiento de becas con recursos corrientes de la nación y que provengan de la participación municipal; lo anterior al considerar que este tipo de becas se producen para favorecer a un particular, lo que puede corresponder entonces a una modalidad de los abolidos auxilios parlamentarios. En cambio, se considera una modalidad de cumplir los deberes constitucionales del Estado el hecho de conceder subsidios destinados a productores pequeños para proyectos públicos para adecuar tierras, igual que la promoción de obras de infraestructura y el fomento al acceso a la titularidad de tierras de trabajadores del agro, mencionados en los artículos 64 y 65 constitucionales, y por lo que la consagración legal de estos subsidios no viola el artículo 355 de la misma Constitución (Corte Constitucional, 1995, pág. 14).

En el caso del ICETEX, a través de un fondo creado con recursos del presupuesto nacional, puede, de acuerdo con la Corte, ser garante de los préstamos otorgados por las instituciones financieras a los estudiantes de educación superior, dado que ese fondo tiene la

naturaleza de una sociedad de economía mixta y, como consecuencia de ello, los aportes que el Estado hace en esa sociedad no tienen el carácter de auxilios, como quiera que no se hacen a una persona natural o jurídica de derecho privado, según la Sentencia C-372 de 1994.

En este aspecto del otorgamiento de becas debe resaltarse el reciente programa conocido como “Ser pilo paga”, por medio del cual el Gobierno Nacional buscó que los mejores estudiantes del país que tuvieran bajos recursos económicos, accedan a Instituciones de Educación Superior acreditadas de alta calidad. Ese programa tuvo una acogida inicial muy favorable, dado que les permitió a muchos jóvenes acceder a universidades muy costosas que no estaban al alcance de sus familias. Adicionalmente, se lograron otros beneficios como la reducción de los índices de deserción de los beneficiarios y el estímulo que representó no solamente para los beneficiarios sino para los estudiantes en general, dado que el mejoramiento en su desempeño tenía una recompensa por la cual se vieron motivados a mejorar su desempeño académico, de acuerdo con la investigación realizada por Álvarez y otros (Álvarez, y otros, 2017).

No obstante, el programa terminó desmontándose, debido a los fuertes cuestionamientos que recibió debido a que el efecto neto desde el punto de vista económico se reflejó en una mayor destinación de recursos del Estado para instituciones privadas que anteriormente no eran destinatarias de esos dineros, lo que, a su vez, representó la reducción de recursos del sistema general de participaciones para las instituciones públicas. Es decir que en la práctica el programa se convirtió en un mecanismo de fomento de la oferta en lugar de la demanda; en otros países se desarrollan programas de becas que consisten en el reembolso de gastos educativos a los estudiantes o sus padres en lugar de dirigirlos

directamente a las instituciones educativas (Rovelli, 2017, pág. 117), por lo que operan como estímulos a la demanda en lugar de la oferta.

4.9. EL CÓDIGO CIVIL Y LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO

En la Sentencia C-316 de 1995 la Corte Constitucional precisa que, además de lo que establezcan las normas especiales, las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se creen para fines de interés público o social, con recursos o participación de entidades públicas y de particulares, se someterán a las normas previstas, en el Código Civil y demás disposiciones pertinentes. En esa Sentencia la Corte reitera que la asignación de 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 de la Constitución, dado que esa liberalidad desconoce el espíritu del Constituyente por tratarse de una facultad sin control fiscal, si se tiene en cuenta que, una vez realizada la transacción económica por parte del Estado en favor de la fundación de capital mixto, dicha fundación puede disponer de esos bienes según su libre albedrío y sin ningún tipo de observancia por parte de los entes fiscalizadores competentes.

La participación del Estado junto con particulares en actividades de interés público social, a juicio de la Corte, requiere de una distribución de competencias entre el Estado y los asociados, pues, así como al Estado le corresponde cumplir con unos mandatos imperativos previstos en la Carta Política, a los asociados la misma Constitución les asigna el deber de colaborar con las autoridades y con sus conciudadanos para alcanzar esas mismas metas. De esta manera se reitera que el Estado Social de Derecho impone un mayor interés

de los ciudadanos en procura de un interés colectivo. Aunque la prohibición de la primera parte del artículo 355 de la Carta, obedeció a las circunstancias relacionadas con el uso indebido de auxilios parlamentarios, no puede pensarse en forma absoluta que la norma haya consagrado la supresión del fomento a las empresas útiles y benéficas dignas de apoyo.

Tan solo los contratos permiten vincular a la entidad privada con la ejecución de programas o actividades, y la situación de beneficiario es exclusiva de ESAL privadas idóneas; así mismo, los correspondientes programas y actividades se deben enmarcar en los planes de desarrollo seccionales o nacionales, como parte de la competencia de la entidad que los pretende impulsar.

Vale la pena resaltar que la ejecución de algunas actividades propias del Estado a través de la contratación o con la participación directa de los particulares, resulta para la Corte una tendencia a lo largo de la Constitución, y que obedece al interés del Constituyente de “desoficializar” buena parte de la actividad pública.

4.10. DONACIONES Y RECURSOS PARAFISCALES EN ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO

En el caso resuelto a través de la Sentencia C-183 de 1997 el demandante alegó que el Estado estaba concediendo, en el fondo y, de hecho, un auxilio o donación de aquellos erradicados del sistema por el artículo 355 de la Carta Política de 1991. A ese respecto la Corte estableció que, el carácter parafiscal de esa cuota hace que no corresponda a recursos de renta estatal; así mismo, su destinación está prevista para beneficiar al sector de trabajadores, que también aporta los recursos que perciben las cajas de compensación, lo que

los diferencia de lo previsto en el artículo 355 de la Constitución. Lo anterior quiere decir que no todos los recursos públicos son del Estado, por lo que no son de asignación o disposición libres. En efecto, la naturaleza y la función de los recursos parafiscales obliga a que su finalidad deba ser específica, definida por la ley que les dio origen, y en cumplimiento de la cual se produce su recaudo; de esta manera, el artículo 355 de la Carta no es aplicable a los recursos parafiscales. La Corte en la misma Sentencia recordó que tampoco se vulnera el artículo 355 de la Constitución cuando el Estado, “en desarrollo de lo previsto por el artículo 13 Ibidem, busca realizar la igualdad real y efectiva, promoviendo las condiciones de equilibrio requeridas por grupos discriminados o marginados, y protegiendo especialmente a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta” (Corte Constitucional, 1997, pág. 31).

4.11. CESIÓN DE RECURSOS A ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO

En relación con la transferencia de bienes del Estado a un particular, la Corte en Sentencia C-251 de 1996 expresó que el Estado puede transferir en forma gratuita el dominio de un bien estatal a un particular, siempre y cuando no se trate de una mera liberalidad del Estado sino del cumplimiento de deberes constitucionales expresos, entre los cuales está incluida la garantía de los derechos constitucionales; como consecuencia de esta consideración, la Corte explicó que la prohibición de los auxilios establecida por el artículo 355 de la Constitución Política debe ser armonizada con el mandato del artículo 146 ordinal 4º, según el cual las Cámaras no pueden decretar en favor de particulares erogaciones que no estén destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a ley preexistente. Concluye entonces la Corte en la Sentencia C-651 de 2001 que aquellas transferencias hechas con el propósito de satisfacer derechos preexistentes y que, en consecuencia, no son actos de

mera liberalidad sino de justicia distributiva, no pueden prohibirse, como sucede con los derechos que consagra la propia Constitución, siempre y cuando esa cesión sea imperiosa para la satisfacción de ese derecho constitucional.

De lo expuesto la Corte concluyó, entre otros puntos, que el auxilio o donación, materia de la prohibición incluida en el artículo 355 de la Constitución, 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, así como aquellas transferencias a particulares que no estén precedidas de un control sobre los recursos o cuando ese control no pueda realizarse con posterioridad a la asignación. La Corte también aclara que no se consideran auxilios o donaciones, las transferencias presupuestales que se hacen a entidades descentralizadas, así como tampoco estima que se viole el artículo 355 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.

La disposición libre de los bienes del Estado es lo que busca la prohibición del Artículo 355, dado que deben disponerse para obligaciones constitucionales o a preceptos que constituyan el desarrollo de los principios previstos en la Constitución. Sin embargo, esa situación le está permitida a personas que, siendo de derecho público o de derecho privado pero sin ánimo de lucro, se dediquen a desarrollar programas de público interés de acuerdo con los planes de desarrollo nacionales o seccionales.

5. EFECTOS PRÁCTICOS DE LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS DE FOMENTO RESPECTO DE LA EJECUCIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS

El Consejo de Estado, a través del concepto 1.710 de 2006, en relación con cuáles organismos del Estado están habilitados para celebrar los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 en cuestión, en los siguientes términos:

Con fundamento en la autorización constitucional al gobierno para suscribir estos contratos, tanto a nivel nacional, como departamental, distrital y municipal, el decreto 777 de 1992 “por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”, entiende por entidades públicas destinatarias del mismo, tanto las previstas por la Constitución y la ley - entre las cuales se encuentran los establecimientos públicos (Artículo 2º párrafo) - , como las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas.

El decreto 777 de 1992 previó que se celebren contratos que el Consejo de Ministros apruebe, así como los de la Nación, empresas del Estado o sociedades de economía mixta pertenecientes al nivel nacional, si la cuantía iguale o supere 5.000 SMMLV, de acuerdo con el Artículo 1º del decreto 1403 de 1993.

La Constitución dispone que deba tratarse de aquellos que tengan por objeto el impulso de programas y actividades de interés público y su concordancia con los planes de desarrollo. Se excluyen algunos contratos, ya sea porque se identifica en ellos el ánimo de lucro, por tratarse de la transferencia de recursos a particulares, o por existir propiamente contraprestación.

Consultada la Corte Constitucional sobre el concepto de interés público que debe aplicarse para la interpretación del inciso segundo del artículo 355, se pronunció transcribiendo en la Sentencia C-337 de 1993 el concepto del tratadista Jean Rivero:

Como ser social, el hombre no puede bastarse a sí mismo: el libre juego de las iniciativas privadas le permiten atender a algunas de sus necesidades, gracias a la división del trabajo y a los intercambios; pero existen otras, de las más esenciales, que no pueden recibir satisfacción por esta vía, sea porque siendo comunes a todos los miembros de la comunidad, ellas exceden por su amplitud las posibilidades de cualquier particular – como la necesidad de la seguridad nacional, sea porque su satisfacción no permita, por su naturaleza, obtener ganancias, de tal manera que nadie se ofrecerá a asegurarla. Estas necesidades, a las cuales la iniciativa privada no puede responder, y que son vitales para la comunidad entera y para cada uno de sus miembros, constituyen el dominio propio de la administración: es la esfera del interés público (Corte Constitucional, 1993).

Para el Consejo de Estado el ánimo de lucro radica en una de dos circunstancias: que la entidad recibe rentas susceptibles de ser objeto de distribución de utilidades durante la existencia de la entidad, o que las utilidades y el capital se repartan entre los asociados en el momento de su disolución. Por ello, es de especial importancia en la interpretación y aplicación de estas normas conocer, en cada caso, los estatutos de la sociedad: si tales estatutos consagran la distribución de utilidades durante la existencia de la persona jurídica, se presume ab initio que sí hay ánimo de lucro; lo mismo puede decirse si esa repartición se consagra al disolverse la sociedad (Radicación 7234, 1982).

Para asegurar la universalidad de la educación básica, el Gobierno Nacional y las entidades territoriales podrán estimular la conformación de asociaciones sin ánimo de lucro o de economía solidaria, formadas por padres de familia y educadores cuya finalidad sea crear establecimientos educativos que se financien con los aportes y pagos de los padres de

familia y ayuda del Estado en dinero, especies o servicios a través de los contratos autorizados por el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Nacional, de acuerdo con la Ley General de Educación de 1994.

De acuerdo con Santofimio (2009, pág. 132), “diferentes disposiciones de naturaleza especial han invertido el principio de la Ley 80 de 1993 y trasladado al derecho privado la regla general en materia de contratación de ciertas entidades que, sin lugar a dudas, no son sólo administrativas, sino que en muchos casos cumplen funciones públicas y prestan servicios públicos. Casos ejemplares y que merecen destacarse se tienen, por ejemplo, en el caso de las sociedades entre entidades públicas del artículo 94 de la Ley 489 de 1998, así como en el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, contenido en las leyes 142 y 143 de 1994, y en las disposiciones dictadas a propósito de las universidades públicas”.

La referencia al derecho aplicable a las actividades de mercado y la competencia tiene limitaciones; es así como el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 obliga a que los principios del derecho privado que rigen en estos casos se dé aplicación a principios característicos de la función pública, como quiera que esa actividad sea cumplida por servidores públicos y comprometa recursos públicos, de acuerdo con el Artículo 1º de la Ley 1150 de 2007. Concretamente señala este artículo que “[...] Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso, y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal [...]”. Esto es, todo proceso de selección que adelanten

las entidades exentas del régimen de la contratación pública estatal, deben preservar y respetar siempre y en todo lugar los principios rectores de la función pública administrativa, los relativos al control fiscal y aplicar de manera estricta el mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en la Ley 80 de 1993 y en demás disposiciones aplicables a los contratos del Estado, a los contratos que tramiten y celebren estas entidades.

Vale la pena resaltar que dichas modalidades de asociación, en principio, según la misma Corte, resultan contrarias a la nueva Carta Política de 1991. Es precisamente en esas condiciones de ausencia del régimen de definición legal de los objetivos específicos de las mismas que se produce el traslado irregular de recursos públicos que bajo la modalidad de "auxilios" prohibidos por el artículo 355 de la Carta.

Con base en estas consideraciones, la Corte declaró exequible el artículo 1 del decreto 393 de 1991, que establece que la Nación y sus entidades descentralizadas podrán asociarse con los particulares bajo dos modalidades: mediante la creación y organización de sociedades civiles y comerciales y personas jurídicas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones, así como mediante la celebración de convenios especiales de cooperación. Adicionalmente, la sentencia reitera que las aportaciones pueden darse en especie, en dinero o de industria; las aportaciones en industria corresponden a conocimientos, patentes, bibliografía, edificaciones, aparatos y trabajo de hombre de ciencia, técnicos y demás colaboradores que se requieran para dar cumplimiento al objeto contractual.

La Corte, mediante la Sentencia C-254 de 1995, resalta que la Carta prohíbe la liberalidad, “es decir la ausencia de deber de realizar la respectiva erogación, que es enteramente voluntaria para quien dispone de sus bienes; la connotación negativa radica en

que el Estado, por regla general, no puede disponer de sus bienes gratuitamente, es decir sin contraprestación”; sin embargo, el decreto 777 de 1992 establece la excepción a la prohibición de otorgamiento de auxilios, el cual no contempla entidades con ánimo de lucro como las empresas exportadoras, por lo que debe concluirse, a juicio de la Corte, que se trata de un auxilio prohibido por la Constitución. De otra parte, los aportes del Estado a sociedades de economía mixta, no constituyen auxilio o donación, dado que en este caso el Estado persigue un fin lucrativo mediante la percepción de utilidades o el reembolso final de su participación, además de que durante la vida social tiene control, dada su condición de socio sobre los recursos aportados. En cambio, el aporte del Estado a una fundación de carácter mixto, constituye auxilio o donación, y por lo tanto no puede realizarse, en razón de que, en este caso, luego de efectuada la asignación de capital, el Estado pierde su control, que compete a esa fundación, la que se gobierna según las reglas del derecho privado.

La prohibición del artículo 355 de la C.P. no impide al Estado apoyar económicamente a las víctimas de calamidades y desastres naturales, dada su situación de debilidad manifiesta y en atención a los principios constitucionales de solidaridad e igualdad, de acuerdo con la Sentencia C-375 de 1994. A juicio de la Corte, la prohibición prevista en el Artículo 355 no restringe la posibilidad de que se ofrezcan incentivos o se colabore con particulares interesados en crear personas jurídicas que se dediquen a investigar, o a actividades científicas o tecnológicas, cuando esas actividades sean parte de la función prevista para el Estado por la Constitución Política

Sin embargo, actividades tales como la financiación de becas con cargo a los recursos provenientes de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación, está prohibida a la luz del artículo 355 de la C.P., pues en la práctica se traduce en una

donación en favor de un particular y puede dar lugar al resurgimiento de la práctica abolida de los auxilios, como lo establece en la Sentencia C-520 de 1994.

En el caso resuelto a través de la Sentencia C-183 de 1997 el demandante alegó que el Estado estaba concediendo un auxilio o donación de aquellos erradicados del sistema por el artículo 355 de la Carta Política de 1991. A ese respecto la Corte estableció que, debido al carácter parafiscal de la cuota en estudio, no se trata de un recurso perteneciente a las rentas estatales y su destinación está ordenada por la ley al beneficio del sector de los trabajadores, que es a su vez el aportante de los dineros percibidos por las cajas de compensación, por lo cual no encaja en el artículo 355 de la Constitución; destacó mediante esta sentencia la Corte que no todos los recursos públicos pertenecen al Estado y, en el caso de los de origen parafiscal –que siendo públicos no ingresan al fisco- tampoco son de libre asignación o disposición por las autoridades. Por su naturaleza y funciones, tales recursos parafiscales están destinados a una finalidad específica, definida por la ley que les dio origen, y en cumplimiento de la cual se produce su recaudo; de esta manera, el artículo 355 de la Carta no es aplicable a los recursos parafiscales. La Corte en la misma Sentencia recordó que tampoco se vulnera el artículo 355 de la Constitución cuando el Estado, en desarrollo de lo previsto por el artículo 13 *Ibidem*, busca realizar la igualdad real y efectiva, promoviendo las condiciones de equilibrio requeridas por grupos discriminados o marginados, y protegiendo especialmente a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta.

La Sentencia C-343 de 1995 señala que “El fin primordial que busca la erradicación de los denominados "auxilios parlamentarios", es, ante todo, el que exista un control previo y posterior a la ejecución de los dineros públicos destinados a la realización de actividades

conjuntas de interés público o social y es por eso que el contrato que se estipula en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución, al tener que estar en concordancia con los planes de desarrollo, prevé esa misma finalidad. La Corte Constitucional se pronunció mediante Sentencia C-159 de 1998, en los siguientes términos:

La Constitución no prohíbe, como medida infranqueable, que el Estado pueda transferir recursos públicos a favor de los particulares u organismos mixtos conformados con aportes públicos y privados, si la transferencia está legitimada en la necesidad de desarrollar y aplicar principios o derechos constitucionales establecidos. De este modo se logra una coherencia entre la prohibición de los auxilios y donaciones y los imperativos constitucionales relativos a la atención de los deberes sociales a cargo de las autoridades, y al cumplimiento de las finalidades constitucionales propias del Estado Social de Derecho.

Teniendo en cuenta que la “utilidad” se define comúnmente como el “provecho material, el beneficio de cualquier índole, la ventaja, el interés, el rédito o el fruto”, y en lo fiscal, se equipara al “ingreso por razón de trabajo o ejercicio de determinadas actividades profesionales”; y que el “lucro” se define como la “ganancia, provecho, utilidad o beneficio que se obtiene de alguna cosa”, resultaría en principio contradictorio nominalmente pactar y pagar “utilidad” a las Fundaciones sin ánimo de lucro, según afirma la Corte. Sin embargo, esta contradicción nominal, no genera contradicción jurídica, porque jurisprudencialmente se ha asignado la característica “sin ánimo de lucro” a los fundadores y asociados y no a la fundación en sí misma, si se considera que los fundadores y asociados no reciben beneficios ni utilidades.

En términos similares se pronunció el Consejo de Estado al afirmar: “(...) Como bien lo analizan tanto el tribunal como la señora fiscal, la Fundación Shaio es una entidad sin ánimo de lucro, precisamente porque no hay posibilidad alguna de distribución de beneficios

en ninguna oportunidad, ni en vigencia de la entidad, ni al momento de su disolución. La fijación de tarifas y precios por los servicios que presta en alguna oportunidad, no le cambian su carácter de entidad sin ánimo de lucro, pues muchas son las entidades de utilidad común que obtienen ingresos en algunos de los bienes que enajenan o de los servicios que realizan. Precisamente para cumplir con la parte social de sus funciones se hace imperativo sostener su patrimonio con el cobro de precios o tarifas por los servicios prestados o los bienes enajenados” (Consejo de Estado, 1986, pág. 42) De esta manera, si el contrato es adjudicado en virtud del inciso segundo de la Constitución Política y del Decreto 777 de 1992, el contrato no podría incluir el reconocimiento y pago de utilidad alguna a la fundación, porque dicho contrato inmediatamente quedaría excluido de este régimen de contratación de excepción.

El tratamiento especial para las denominadas entidades sin ánimo de lucro se encuentra condicionado al cumplimiento de la totalidad de los requisitos establecidos en el numeral 1° del artículo 1° del Decreto 4400 de 2004 , los cuales se señalan a continuación

1. Que el objeto social principal sea la realización de actividades de salud, deporte, educación formal, cultura; investigación científica o tecnológica, ecológica, protección ambiental o programas de desarrollo social.
2. Que las actividades que realice sean de interés general.
3. Que los excedentes sean reinvertidos totalmente en la actividad de su objeto social y éste corresponda a las actividades enunciadas en el literal a).

El no cumplimiento de la totalidad de los requisitos señalados hace que el contribuyente se asimile a una sociedad limitada. Cuando los excedentes no son reinvertidos

en su totalidad conforme lo señala el artículo 359 del Estatuto Tributario, se encuentran gravados la totalidad a la tarifa del 20%.

5.1. LAS LIBERTADES ECONÓMICAS

De acuerdo con la Constitución Política de 1991 en el artículo 334, la productividad y la competitividad son dos términos utilizados por los economistas neoliberales que deben analizarse en conjunto con otras concepciones; eficacia, calidad, rentabilidad, cantidad, producción, costos, información, comparativo, mejoramiento, etc., para que adquieran claridad de manera que se pueda apreciar su importancia como objetivos económicos, encaminados a lograr el mejoramiento de la calidad de vida (Kresalja & Ochoa, 2017, pág. 72).

La productividad se relaciona con la eficacia y calidad de la producción, medida como un proceso de mejoramiento continuo y permanente. La productividad contribuye a generar mayor rentabilidad, como consecuencia de los menores costos generados en cada uno de los bienes y servicios producidos. Por su parte, la eficacia implica que los bienes y servicios producidos se obtengan teniendo en cuenta la menor utilización posible de los recursos, el mayor esfuerzo individual y la obtención del mayor valor agregado posible. La competitividad surge como consecuencia de la mayor productividad demostrada por un determinado sistema económico, de manera que los bienes y servicios puestos en el mercado por ese sistema económico ofrezcan condiciones más favorables en términos de cantidad, calidad y precio en comparación con los producidos en otros mercados. (Kresalja & Ochoa, 2017, pág. 73)

De acuerdo con Sánchez y Montes (2017, pág. 61) Adam Smith consolida el liberalismo económico como un proyecto que tiene el objetivo de destruir todo un conjunto de ideologías mercantilistas prevalecientes en su época, lo cual se hizo a través de dos nociones fundamentales: riqueza real y armonía social. Contradiendo lo que pensaban los mercantilistas, Smith propuso que era posible la construcción de una armonía sin necesidad de imposiciones centrales, doctrina conocida como liberalismo.

La teoría se fundó en la idea de que en la medida en que cada individuo, persigue de manera egoísta su máximo beneficio a través del acto de intercambio, para lo que construye vínculos armoniosos con otros, conformando así la sociedad, Surge entonces la necesidad de la libertad individual en el dominio económico, como requisito de la libertad y de la armonía de la sociedad. En este escenario, el mercado termina siendo el más riguroso distribuidor de tarea y se constituye en punto culminante de la libertad individual, al constituirse en el más fuerte orientador de recursos que existe; al mismo tiempo, la competencia se convierte en el mecanismo regulador por excelencia. (Sánchez & Montes, 2017, pág. 63)

Metz (2019) explica cómo Smith fija unas leyes de mercado fundamentalmente sencillas, según las cuales, determinadas conductas tienen consecuencias definidas y predecibles cuando se dan en un determinado marco social. Así, por ejemplo, la fuerza del interés individual, dentro de un marco en que los demás sujetos también actúan movidos por su interés individual, ocasionaría un orden económico natural que asegura el funcionamiento armonioso de las sociedades, respaldando, según él, la idea liberal.

Para Campo y Mendoza (2018, pág. 101), sólo a la naturaleza, a ella sólo, corresponde establecer el orden y mantener la paz; toda otra autoridad daña todo cuanto trata de mezclarse por bien intencionada que ella sea. Sin embargo, las propuestas clásicas difieren de las de los ingleses y franceses, pues mientras que para los primeros la libertad económica y la libertad política están indisolublemente unidas, para los franceses se requiere del absolutismo para alcanzar la libertad económica.

Por su parte, el neoliberalismo reconoce que el liberalismo existe solo como consecuencia de la política del Estado, esforzándose por señalar a la competencia como un óptimo, lo que hace necesario que el Estado propenda por ella, a través de sus políticas; la propuesta ideológica del neoliberalismo plantea una revolución contra el miedo a la libertad de competencia, miedo que domina a quienes consideran que el mercado puro no se da en ninguna parte. Ante ese planteamiento, los neoliberales afirman que, si la pureza fuese requisito para la adopción de algún sistema, habría que rechazar inclusive la democracia, dado que tampoco se encuentra en estado puro en ningún Estado. Defienden entonces la competencia como el mejor sistema dentro de las imperfectas opciones disponibles. (2019)

Para Friedman (2018), las libertades económicas y políticas son inseparables, y lo que se debe buscar es la igualdad de oportunidades más no la igualdad de resultados. En el dominio de la economía, se postulan como principios constituyentes la prevalencia de la propiedad privada, la estabilidad monetaria y la preservación del valor de la moneda, como uno de los derechos fundamentales del individuo, el libre ejercicio de la actividad económica y la libertad contractual. Adicionalmente, el orden económico debe ser el que establece espontáneamente el mercado, se requiere la intervención del Estado, orientada a preservar y asegurar el funcionamiento del mercado, a través de leyes contra los monopolios y carteles,

la corrección de los efectos externos al sistema económico, entre otros roles, en lugar del enfoque en establecer controles de precios y salarios, leyes de alquileres o similares. Entre tanto, producir, comprar, vender y cumplir funciones de carácter comercial no son funciones que deba cumplir el Estado, que en cambio debe centrarse en funciones que le son propias como la defensa de la soberanía Nacional, la preservación del orden público, la administración de la justicia, la producción de los bienes públicos (aquellos que el sistema de mercado no puede suministrar) y la protección de las personas no responsables o dependientes (niños, dementes, etc.).

En 1.946 aparece la teoría de Economía Social de Mercado – ESM, que propone ligar el principio de libertad de mercado con el de equilibrio social, como consecuencia del compromiso de sus creadores y seguidores con los fines morales de libertad e igualdad social. Mientras el principio de libertad está íntimamente ligado con el funcionamiento del mercado, el de igualdad parece contraponérsele. Los liberales no tienen el apoyo suficiente para imponerse y tampoco lo tienen los intervencionistas, por lo que la economía social de mercado es considerada como un compromiso o una conciliación entre estas dos concepciones teóricas (Alarcón, 2016, pág. 35).

Este nuevo modelo se diferencia del Neoliberalismo por un mayor realismo y un mayor énfasis en los objetivos de la política social y exige un sentido de conciencia social de parte de quienes cuentan con el poder económico. Entonces la competencia se debe entender como la puesta en práctica del progreso técnico y económico, socializando el progreso mediante la promoción del bienestar, en lugar de pretender alcanzar la prosperidad por medio de la disputa meramente individual, generada por la competencia abierta. (Alarcón, 2016, pág. 38).

La economía social de mercado acude al sentido de responsabilidad social de los empresarios, así como a la reducción de los precios y/o a evitar el aumento de éstos. En este escenario, es más importante entonces una política estatal de distribución, dado que ella corrige o asegura la distribución del ingreso a través de programas de asistencia social, pagos compensatorios de cargas sociales y de renta y reconocimiento de subsidios para la construcción de vivienda entre otras medidas. Estos son nuevos roles del Estado, que no son tan claros en un escenario de Neoliberalismo puro.

La evolución ideológica se dio en Estados Unidos cuando seguidores de la tradición liberal, como Thomas Jefferson, alertaron sobre los peligros que afrontarían las libertades económicas como consecuencia de la igualdad política. Al producirse el surgimiento de las sociedades industrializadas, se produjeron inequidades en cuanto a la distribución de la riqueza, el ingreso, el status social, el acceso al conocimiento y a la educación. Si en el antiguo enfoque, la igualdad entre los ciudadanos podía poner en peligro la libertad, en la nueva realidad, la libertad de las empresas ayudaba a crear un conjunto de ciudadanos altamente desiguales en los recursos que podían aportar a la vida política. Las desigualdades en la distribución de recursos económicos, sociales y culturales, así como sus respectivos impactos en la manera en que se estructura el poder político, se convierten en preocupación para los teóricos, desde liberales radicales hasta socialistas que siguen la tradición marxista (Harvey, 2017, pág. 99).

Tanto la titularidad como el control de una empresa favorece que se creen diferencias notorias entre ciudadanos respecto a la riqueza, los ingresos,

La propiedad y el control de las empresas contribuyen a la creación de grandes diferencias entre los ciudadanos en la riqueza, el estatus, el ingreso, las competencias, la información, el control sobre la propaganda y la información, además del acceso a los líderes políticos. Tales diferencias contribuyen a la generación de diferencias entre los ciudadanos en cuanto a sus habilidades y las posibilidades que tienen de actuar como iguales en el gobierno.

Las instituciones en Estados Unidos y en otros sistemas jurídicos similares defienden tres derechos como inalienables: la vida, la libertad y la propiedad; el problema se presenta cuando los derechos a la propiedad y las libertades políticas entran en conflicto. La cuestión que se plantea es la siguiente: ¿cuál derecho es superior al otro? En Estados Unidos el derecho a la propiedad es superior al derecho a las libertades políticas; de ser así, entonces la democracia queda relegada a una posición secundaria, dado que, en la práctica real, los grupos sociales con más propiedad tienen más derechos que los desposeídos (Santandreu, 2017, pág. 201).

En las sociedades industriales, los grupos económicos dominantes están pendientes de que el ordenamiento jurídico privilegie posición de dominio de los derechos de propiedad frente a las libertades los derechos de carácter político. El ejercicio de las libertades políticas requiere acceder a recursos, por lo que esa es una condición que debe existir para que se pueda ejercer de manera efectiva la libertad política. Cuando se suplanta el derecho a la propiedad por medio de libertades económicas, se lleva la propiedad fuera del territorio de lo moral y pasa al entorno legal, poniéndose al mismo nivel de las libertades políticas. La democratización de las empresas privadas a través de un mayor poder de los empleados en

los procesos de decisión económica y administrativa contribuye a superar la contracción entre concentración de la propiedad y libertad política (Burecovics, 2018, pág. 132).

Sobre este punto la Corte mediante la Sentencia C-61 de 2002 ha hecho ver que, si bien las libertades económicas no son derechos fundamentales *per se* y que, además, pueden ser limitadas ampliamente por el legislador, ni resulta posible que se les restrinja de forma arbitraria o impedir su ejercicio a todos quienes presenten similitud de condiciones fácticas. En consecuencia, estos derechos se tornan fundamentales cuando sean conexos con derechos fundamentales o si su ejercicio corresponde a una forma de hacer efectivo un derecho fundamental como el derecho a la igualdad.

Las libertades económicas y el resto de libertades civiles y políticas no están sometidas a una misma regulación constitucional. La Constitución confiere un mayor valor a los derechos y libertades de la persona que a los derechos y libertades de contenido puramente patrimonial, ya que expresamente establece el dirigismo económico, es decir, consagra un mercado de bienes y servicios, pero bajo la dirección del Estado, mientras que proscribire todo dirigismo en materia política, ética o intelectual, por lo cual se puede decir que estatuye una libre circulación de las ideas. Por eso es lícito concluir que, en términos generales, las libertades de la persona y los derechos de participación ocupan en la Constitución colombiana una posición preferente con respecto a las libertades puramente económicas (Corte Constitucional, 1999).

También se establece que:

La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior

con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados. (Corte Constitucional, 1997)

Con respecto a este mismo asunto, por último, se destaca la posición en cuanto a la competencia:

La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado, sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana competencia. De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado (artículo 333 de la Constitución Política)". (Corte Constitucional, 2001)

El artículo 333 de la Constitución Política establece la libertad de empresa y de iniciativa privada, así como la libre competencia económica como principios esenciales dentro de lo que se ha denominado la Constitución Económica. A pesar de la existencia de esos principios, tanto la Constitución Política como la jurisprudencia de la Corte Constitucional han señalado límites para el ejercicio de estas libertades.

Es así como el inciso 1º del artículo 333 de la Constitución establece el concepto de bien común, como un límite a la libertad económica, así como el inciso final de dicha norma dispone lo siguiente: "*La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación*".

Por su parte, el artículo 334 de la Constitución establece que el Estado se encargará de la dirección general de la economía, interviniendo de la manera como se señala a continuación

En la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

Esas normas le permiten al Estado intervenir de diferentes maneras con el propósito de racionalizar la economía, a fin de buscar el bienestar y la protección del interés general, pudiendo llegar incluso a restringir las libertades consagradas en el inciso primero del artículo 333 de la Constitución Política. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido en relación con las libertades económicas los presupuestos que se señalan a continuación

- Las libertades no son absolutas puesto que deben ejercerse dentro de los límites del bien común.
- En virtud de la prevalencia del interés público, determinados sectores de la economía deben ser intervenidos por el Estado.
- La libertad de los individuos se encuentra limitada por:
 - La prevalencia del interés colectivo.
 - La intervención del Estado en la economía para alcanzar los fines consagrados en la Constitución.
 - Los principios de razonabilidad y proporcionalidad desarrollados por la Corte Constitucional.

El Estado Social de Derecho exige que las libertades económicas se interpreten bajo las premisas fundamentales de una economía social de mercado, es decir que, aun cuando se permite la libertad para participar o no en las distintas etapas de los procesos productivos o

de comercialización, sin barreras artificiales de entrada u otras prácticas restrictivas análogas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita, su ejercicio se encuentra sujeto a las limitaciones o regulaciones que realice el legislador, siempre y cuando resulten necesarias, razonables y proporcionales, en aras de salvaguardar el bien común, el interés general, la justicia, la equidad y la solidaridad social, sin llegar por ello a desconocer o alterar su núcleo esencial.

De acuerdo con los artículos 150 y 334 de la Constitución, el legislador tiene la facultad de intervenir en la economía cuando así se requiera para garantizar el acceso a una sociedad justa. Esta intervención normalmente se da por medio de leyes ordinarias, con fines y alcances precisos y en condiciones de libertad económica. Especialmente se refiere esta intervención a elementos tan esenciales como el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, la equidad en la distribución de oportunidades, así como el desarrollo y la conservación de un ambiente sano. Así mismo, la intervención puede buscar el pleno empleo y que todos los habitantes puedan acceder tanto a bienes como a servicios básicos. La Constitución también prevé que las leyes de intervención deben orientarse a la promoción de la competitividad, el desarrollo regional armónico y la competitividad.

Tradicionalmente se reconoce que la intervención estatal cumple las siguientes funciones en un Estado Social de Derecho:

- Redistribución del ingreso y de la propiedad (preámbulo y artículos 58, 60, 66, 334 y 367 de la Constitución Política).
- Estabilización económica o de racionalización en el manejo de los recursos públicos (Constitución Política artículo 334, 339 y 347).

- Asignación de recursos, como mecanismo de distribución del patrimonio público entre los diferentes órganos del Estado
- Defensa a la libre y leal transparencia del mercado, corrigiendo las externalidades que afecten su normal funcionamiento (Constitución Política artículo 75, 78 y 333).
- Regulación económica y social (Constitución Política artículo 150 -numerales 21, 22, 23 y 24-, 335 y 365).

No queda entonces duda de que la intervención se refiere a diferentes formas de participación de las autoridades públicas en la economía.

6. CONCLUSIONES

Para realizar el desarrollo de esta investigación inicialmente se trabajó en la parte concerniente a la naturaleza jurídica de los convenios administrativos de fomento dentro del régimen de contratación pública, esos convenios administrativos están enmarcados dentro de las nuevas inclinaciones de trabajo del Estado constitucional, social y democrático actual; y conforma una de las expresiones donde se contempla la puesta en marcha de mecanismos consensuales dentro de la gestión administrativa. Es la manifestación particular de un nuevo modelo de Estado y concretamente el generado por la Constitución Política.

Específicamente el convenio administrativo conforma un mecanismo para la realización de las funciones administrativas por parte del sector privado, al igual que las actividades de utilidad pública, cuya promoción y fomento le incumbe igualmente al Estado. Es decir, conforma aquel mecanismo que interviene en la ejecución de la realización de la administración concertada y la colaboración convencional para el desarrollo de funciones administrativas o de descentralización por colaboración.

Con base en lo anterior, la administración celebra con los particulares una clase de negocio jurídico denominado convenio administrativo, esta clase de convenios conforman acuerdos vinculantes de voluntades llevados a cabo entre una persona jurídica pública o una entidad estatal y un particular, buscando reunir esfuerzos para realizar objetivos de interés mutuos y de beneficio general.

El régimen de la contratación estatal está fundamentado en la Ley 80 de 1993, donde se establece que los contratos que están solemnizados por la parte administrativa se dirigirán

a través de la jurisdicción contencioso administrativo, dejando ver con ello la exactitud jurídica que existe con relación al contrato.

Según la Sentencia C-818 de 2005 de la Corte Constitucional, las características de los contratos estatales se relacionan con las características generales del derecho privado, pero se vinculan de forma incondicional con las normas de la contratación estatal, y que de forma definitiva se les atribuye como contratos estatales; estos contratos tienen el propósito de operar como fundamento de la normatividad que reglamenta a la sociedad, contratos que sirven de orientación para comprender y ejecutar las normas jurídicas.

Los propósitos que busca el Estado con la ejecución de esta contratación estatal tienen que ver con el poder sufragar los intereses colectivos, buscando generar avances en la calidad de vida de la sociedad, aspecto que se logra por medio de la realización de la contratación pública a través de proyectos gubernamentales fundamentados en los planes de desarrollo, llevados a cabo tanto a nivel nacional como territorial.

Bajo el artículo 355 de la Constitución Política se instauran una serie de contratos que conforman el medio para puntualizar la labor subvencional del Estado, que es aquella indispensable de un Estado Social de Derecho, a través del cual se respalda, promueve o fomenta una actividad de interés público desarrollada por particulares. Esta norma ha sido consagrada a través de la Constitución, además ha sido un poco accidentada y prácticamente fundamentada bajo un entorno de estricta prohibición para brindar auxilios o donaciones.

Las interpretaciones jurídicas acerca de esta clase de contratos y convenios, vinculadas a las divergencias que se presentan de ellas, casi siempre generadas por la oscuridad interpretativa y desviación producida por los dineros oficiales que van dirigidos a

considerar el fomento de entidades de derecho privado dedicado a objetivos altruistas fue un tema obligado de la Asamblea Constituyente en 1991. A estas interpretaciones se les realizaron los ajustes necesarios que están amparados bajo el artículo 355 de la Constitución, donde se prohibió de manera expresa la utilización del mecanismo de transferencia de recursos públicos a particulares, a las ramas u órganos del poder público.

De igual forma, bajo el artículo 355 de la Constitución, se instauraron condiciones relacionadas a la identidad misional y de objetivos entre el ente público y la organización privada, lo vincularon a la esfera de las relaciones contractuales, compromisos entre entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro, bajo principios del bien común e interés general encausadas a cumplir los objetivos del Estado Social de Derecho.

Así mismo, para el cumplimiento de lo que expresa el artículo 355 de la Constitución, se han adicionado otras normas que buscan continuar con el espíritu de ésta, como lo es el Decreto 777 de 1992 y el Decreto 92 de 2017, bajo el cual se clarifica lo que se comprende como la idoneidad para acreditar la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para poder ejecutar el objeto del contrato; e igualmente, determina que la autoridad que está autorizada para solemnizar el contrato con dichas entidades, debe valorar esta calidad de idónea por escrito.

De igual manera, dentro del desarrollo de este capítulo se pormenorizó sobre la forma en que están constituidas dichas entidades sin ánimo de lucro, su término de duración y demás aspectos trascendentales, para comprender concretamente la clase de entidades que respaldan el buen manejo de los dineros destinados al fomento de actividades con propósitos para

apoyar al sector solidario en beneficio social de la población impulsando las organizaciones no lucrativas, para que cumplan a cabalidad su misión de servicio comunitario.

También, se describieron las otras formas de realizar convenios administrativos de fomento, como lo son las fundaciones, las corporaciones y asociaciones, las entidades del sector solidario, para poder determinar la diferenciación que tienen con las entidades sin ánimo de lucro.

De otra parte, acerca del aspecto jurisprudencial adaptado para la ejecución de recursos públicos en relación con la ley de garantías, aspecto desarrollado en el capítulo cuarto de esta investigación; inicialmente se efectuó un análisis de los tópicos que hacen alusión a las entidades que pueden realizar contratos que están descritos bajo el artículo 355 de la Constitución Política, observando el campo de acción que tienen las ESAL principalmente en el campo de la educación y la salud.

Con relación a la parte educativa, el gobierno puede fomentar la conformación de asociaciones sin ánimo de lucro o de economía solidaria, con el propósito de crear planteles educativos que se financien con aportes y cancelaciones hechos por los padres de Familia y la subvención del Estado en dinero, especie o servicios, generando contratos que están autorizados a través del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución.

En la parte correspondiente a la salud, se señala que el Ministerio de Salud está autorizado para otorgar presupuestos anuales a los hospitales universitarios, y contratar servicios con dichas entidades, y de esta manera, poder prestar servicios a aquellos individuos que no posean amparo en salud bajo ningún sistema; e igualmente, está autorizado el

Ministerio de Educación para entregar presupuesto asignado a investigaciones en el área de la salud, estudios que se realizan en dichos hospitales universitarios.

Así mismo, en el desarrollo de este capítulo se analizó la manera como la Ley 80 de 1993 se pronuncia con relación a estas entidades, y el manejo jurídico aplicado a la contratación pública. Se analizó igualmente la conformación y modo de actuar de las entidades sin ánimo de lucro de carácter mixto, que conforme a lo establecido en la Sentencia C-506 de 1994 son entidades descentralizadas, que pueden usar distintas maneras permitidas legalmente de asociarse y participar dentro de la gestión para objetivos públicos o poder prestar servicios públicos, y que no implican la sencilla transferencia de recursos públicos a particulares. Estas entidades sin ánimo de lucro de carácter mixto pueden operar como corporaciones y fundaciones, al igual que celebrar convenios especiales de cooperación.

Otro aspecto analizado fue la diferenciación entre aporte y auxilio, puesto que los auxilios fueron prohibidos a juicio de la Corte, según lo establece la Sentencia C-254 de 1995 y que no contempla las entidades con ánimo de lucro, como también lo estipula la Constitución. De otro lado, los aportes otorgados a las sociedades de economía mixta, no conforman auxilio o donación, porque para este caso el Estado busca lucrarse a través de la restitución final de su participación dentro de estas sociedades; al igual que, de contar con un control en dicha sociedad durante su vida social, ya que el Estado se constituye como socio al momento de aportar capital.

Pero, cuando las fundaciones de carácter mixto buscan un aporte realizado por el Estado, éste conformaría un auxilio o donación, por lo tanto, no puede ser efectuado dicho aporte, porque después de que el Estado asigna este capital, ya no tendría control sobre dichos

recursos, y ese control lo tendría la fundación; y ya en esa circunstancia, ésta se rige por las normas del derecho privado.

Cabe señalar que de todas formas, bajo la sentencia C-506 de 1994 la prohibición que se encuentra establecida en el artículo 355 de la Constitución Política de 1991, no imposibilita que el Estado pueda brindar alicientes económicos para crear personas jurídicas que se puedan consagrar a la investigación y actividad científica, porque las personas que lo hacen cumplen la función social, y es la misma Constitución, la que le otorga el poder al Estado conforme a lo instaurado en los artículos 71 y 69.

Bajo la Sentencia C-520 de 1994 se manifiesta que las labores dedicadas a la financiación de becas con cargo a los recursos que surgen de la participación de los municipios dentro de los ingresos corrientes de la nación, conforma una práctica que se interpreta como una donación brindada a un particular, lo cual puede redundar a que se presente la práctica invalidada de los auxilios, que está prohibida por el artículo 355 de la Constitución Política.

Otro punto analizado en este capítulo de la investigación, tiene que ver con el manejo jurídico que tienen las entidades sin ánimo de lucro por parte del código civil, para lo cual se menciona la Sentencia C-316 de 1995 de la Corte Constitucional, que establece que fuera de la reglamentación especial, estas entidades que se generen para fines de interés público o social, y que posean participación de recursos de entidades públicas y particulares, deben acatar las normas establecidas dentro del Código Civil y otras determinaciones del caso.

De acuerdo con lo anterior, la intervención que tenga el Estado con los particulares en lo concerniente a labores de interés público o social, según lo determina la Corte, le

corresponde al cumplir con las normas establecidas por la Constitución; e igualmente a los ciudadanos les corresponde cooperar con las autoridades para conseguir los intereses comunes. Por lo tanto, la realización de ciertas actividades que le conciernen al Estado, por medio de la contratación donde participan particulares, según la Corte, conforma una preponderancia en toda la Constitución y teniendo en cuenta los intereses de la Constituyente se necesita desoficializar la gran mayoría de actividades públicas.

Con relación a los recursos parafiscales, según la Sentencia C-183 de 1997 se instauró que, por corresponder a este tipo de recursos que conforman rentas estatales y su encausamiento se realiza de acuerdo con lo establecido por la norma, y además no todos los recursos públicos pertenecen al Estado, y estos recursos parafiscales – que, aunque son públicos no ingresan al fisco- como por ejemplo los dineros que reciben las cajas de compensación tienen un propósito concreto; esto permite determinar que el artículo 355 de la Constitución no se puede aplicar a los recursos parafiscales.

También en este capítulo se hace alusión a la cesión de recursos a entidades sin ánimo de lucro, que conforme a lo establecido por la Sentencia -651 de 2001, son transferencias que se realizan para sufragar derechos preexistentes, y que, por lo tanto, no conforman actos de mera liberalidad sino de justicia distributiva. Estos actos no se pueden prohibir, desde que esa transferencia sea vital para sufragar un derecho u obligación constitucional o mandato legal que desarrolle un principio constitucional. Este derecho no se les restringe a personas de derecho público o privado sin ánimo de lucro y que posean una idoneidad reconocida, desde que ejecuten programas de interés público y que vayan de la mano de los planes de desarrollo llevados a cabo a nivel nacional o seccional.

Así mismo, en el capítulo quinto de esta investigación se analizaron los efectos de los convenios administrativos de fomento con relación a la ejecución de los recursos públicos, en esta parte se hace énfasis a todo lo relacionado con las ESAL. Conforme a lo estipulado bajo el artículo 355 de la Constitución, con la prohibición instaurada en dicho artículo se le dio fin a la situación anómala presentada por los abusos cometidos por parte de los parlamentarios, que generó infinidad de críticas y provocó un cambio constitucional en el país.

Bajo este capítulo también se analizó la determinación establecida bajo el Decreto 777 de 1992, donde se instauró cuales entidades del Estado podrían solemnizar los contratos a que hace alusión el artículo 355 de la Constitución, reglamentando que los contratos para establecimientos públicos debían ser aprobados por el Consejo de Ministros, así mismo que los de la Nación, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta que están bajo el régimen de las empresas de economía mixta, si pertenecen al orden nacional. Estos establecimientos públicos necesitan autorización por parte de la administración central competente, y corresponde a establecimientos que tienen el propósito de fomentar programas y actividades de interés público que estén acorde a los planes de desarrollo de la nación.

De igual forma, se consignaron las exclusiones establecidas dentro del Decreto 777 de 1992 exclusiones generadas para la contratación de esta clase de establecimientos públicos.

Dentro del desarrollo de este capítulo, también se le da bastante trascendencia a la parte explicativa relacionada al porqué surge el ánimo de lucro, para determinar la

interpretación y uso de las normas que se le deben aplicar a estas entidades. Igualmente, se analizó si los recursos públicos le competen todos al Estado o no, ya que los recursos de origen parafiscal (que no ingresan al fisco) no le pertenecen a la nación.

Con relación al auxilio o donación, materia de la prohibición establecida bajo el artículo 355 de la Constitución, se caracteriza por la existencia de una erogación fiscal en favor de un particular sin que tenga sustento en contraprestación alguna; también están dentro de esta categoría, las transferencias particulares que no tengan con antelación una vigilancia sobre los recursos públicos, o que dicha vigilancia no se puede efectuar después de otorgada la asignación de dichos recursos.

Aunque existe la prohibición establecida en la Constitución Política de 1991, ésta misma insta excepcionalmente que el Estado está autorizado para conceder subvenciones, estímulos económicos o subsidios a particulares desde que sean actividades que aquella concretamente estime dignas para ser receptoras del respaldo y que están dirigidas a la población en condiciones de vulnerabilidad.

De acuerdo con lo anterior, estas donaciones o auxilios serán constitucionales si se generan como resultado al cumplimiento del deber constitucional expreso de acomodar preceptos que vayan dirigidos a financiar, con bienes o recursos públicos, la satisfacción de derechos constitucionales a grupos o sectores protegidos o actividades que tienen que ser ejecutadas según normas de la Constitución, y realizadas por particulares que necesitan del respaldo del Estado para sufragar los fines del mismo Estado.

Se analizan igualmente, las contrataciones públicas celebradas con entidades como por ejemplo con hospitales o universidades públicas y que solemnizan con organismos sin

ánimo de lucro, donde por determinación de sus normas, aplica el derecho privado como régimen jurídico principal. Estas entidades sin ánimo de lucro que surgen con propósitos de interés público o social, y que cuenten con recursos de entidades públicas y de particulares, de igual forma, deben estar regladas por las normas establecidas en el Código Civil.

En conclusión, bajo este capítulo, nuevamente se analizan aquellas formas de traspaso de recursos públicos utilizados por medio de las entidades sin ánimo de lucro, y su forma jurídica de reglamentar dicho traspaso.

Esta investigación estuvo enfocada principalmente al análisis de aquellas organizaciones dedicadas a consagrar actividades de beneficio a terceras personas, es decir, las ESAL, que están constituidas para llevar a cabo un fin concreto en campos como salud, educación, deporte, investigación, tecnología, ecología, medio ambiente, actividades sociales y no lucrativas de favorecimiento para grupos, etnias, poblaciones, comunidades de personas menos favorecidas en el país.

Entidades que poseen una estructura interna idónea propia donde se puede determinar conjuntamente su manejo, participación, equidad, democracia acerca de la dirección de sus recursos en medida que sean para la ejecución acorde del objeto social para el cual fueron creadas.

También vale la pena recalcar que, en el desarrollo de este capítulo, en la parte final se hizo alusión a las libertades económicas, ya que esta libertad se hace cargo de la independencia material del individuo vinculándolo con el Estado y otros grupos estructurados. Se considera a una persona libre cuando posee el control total de su trabajo y su propiedad. Componente humano de libertad que se vincula con la libertad política.

Este concepto de libertad económica conforma un concepto positivo cuya descripción habitual de ausencia de coerción o restricción gubernamental, debe abarcar un sentido de libertad diferente a la anarquía. Surgen los gobiernos con el fin de proteger los aspectos básicos contra los posibles perjuicios que se pueden presentar, con el fin de que se les conceda a los derechos económicos positivos, como lo son la propiedad y los contratos, una defensa individual y social en contra de las tendencias destructivas que pueden surgir de los demás.

La definición de libertad económica comprende todas las libertades y derechos de producción, distribución o consumo de bienes y servicios, la manera más estructurada de esta clase de libertad, respalda el derecho absoluto de propiedad, libertad de intercambio de mano de obra, capital y bienes y una total ausencia de coerción o restricción de libertad económica que rebase el límite requerido para que los ciudadanos protejan y mantengan la libertad de la misma. Es decir, las personas pueden trabajar, producir, consumir e invertir, y esta libertad está amparada por el Estado.

La acción gubernamental conlleva una coerción con el fin de que una comunidad o nación se defiendan, fomente el desarrollo social y pueda disfrutar de los frutos del trabajo.

Tanto las libertades económicas como las civiles y políticas están amparadas por la Constitución, que le otorga mayor valor a los derechos y libertades del individuo que a los derechos netamente patrimoniales, puesto que de forma explícita manifiesta el manejo de un mercado de bienes y servicios, pero bajo la dirección misma del Estado; pero en relación a la política, ética o aspectos intelectuales, es libre de circulación.

Sin embargo, bajo el artículo 333 de la Constitución Política, se instauro el concepto de bien común, como una restricción a la libertad económica estableciendo que: “La Ley

delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación”. También bajo el artículo 334 de la Constitución Política se insta que el Estado, tendrá bajo su cargo la dirección general de la economía.

Dentro del mismo Estado Social de Derecho que demanda que las libertades económicas se entiendan bajo las proposiciones de una economía social de mercado, lo cual significa que así exista libertad para formar parte en los procesos productivos, sin restricciones que obstaculicen la práctica de una actividad económica lícita, su ejercicio de todas formas está restringido por normas implantadas por el legislador desde que sean requeridas y procedentes para amparar el bien común, la justicia, la equidad y solidaridad social, sin que por ello se pueda desatender o modificar su núcleo esencial.

En referencia a la pregunta de investigación se concluye que la actividad contractual del Estado para el manejo de los recursos públicos, es de vital trascendencia dentro de la gestión pública, puesto que de ella depende la ejecución de los objetivos del Estado. Esta actividad contractual no se puede desligar de los principios de la función administrativa que están estipulados bajo el artículo 209 de la Constitución Política, los cuales se establecen como principios básicos de la gestión pública, buscando que los propósitos del Estado se cumplan de forma eficaz, sensata y transparente.

La Legislación de Colombia con el interés de alcanzar una mejor inversión de los recursos públicos, estipuló métodos que, encuadrados bajo normas y principios de orden constitucional y legal, buscan respaldar la adjudicación equilibrada de dichos recursos, por

medio de la colaboración de los particulares que bajo condiciones de igualdad e imparcialidad intervienen dentro de la actividad contractual del Estado.

Dentro del desarrollo normativo de la actividad contractual para el manejo de los recursos estatales y la búsqueda de la eficiencia de la gestión pública, se reglamentó a través del artículo 355 de la Constitución Política, las entidades bajo las cuales se puede operar el manejo de dichos recursos, y se reglamentó en su primera etapa por el Decreto 777 de 1992, 1403 de 1992 y 2459 de 1993; y posteriormente, por el Decreto 92 de 2017.

Aunque el gobierno nacional buscó a través de dichas normas compaginar los convenios, con lo establecido dentro de las normas del Estatuto de la Contratación y a las demás normas que rigen a los contratos estatales, normas que en su estructuración para la escogencia de esta clase de contratos, y para definir de forma concreta unos criterios que respaldaran en el caso de la entidad sin ánimo de lucro la escogencia objetiva de ésta; que fuera la entidad más idónea para que se llevara a cabo el cabal cumplimiento del objeto contractual en pro de la población más frágil, a través del manejo eficaz del gasto público en desarrollo de su actividad de fomento de las entidades no lucrativas, para el justo cumplimiento de su objetivo de servicio comunitario.

Pero la utilización de la figura de esta clase de convenios, de acuerdo con los objetivos que suponen la actividad de este tercer sector del gobierno, se ha visto permeada por prácticas corruptas que surgen no solamente del sector estatal, sino también surgen de las mismas entidades privadas sin ánimo de lucro, no por la búsqueda de los objetivos altruistas que las deben caracterizar, sino como el medio para despilfarrar el erario público.

Esta clase de convenios, se fundamenta en los principios de la contratación estatal, exigencia implantada bajo el artículo 355 de la Constitución Política, la cual se previó como mecanismo para erradicar la donaciones o auxilios parlamentarios y realizar la actividad de fomento del Estado a través de contratos, que implicaba desarrollar una actividad reglada, participativa y con eficacia para la inversión de los recursos del Estado.

Esto permite ver que, la contratación estatal a través de convenios administrativos de fomento debe fundamentarse en que se deben efectuar a través de la escogencia de las más transparentes y claras entidades sin ánimo de lucro que respondan a su naturaleza y garanticen el total cumplimiento de los objetivos de interés social, buscando superar el abuso de esta figura que ha conllevado el despilfarro de los dineros estatales, y la peor ofensa pública, que es la burla a la población de mayor vulnerabilidad de la sociedad.

Aunque si bien es cierto que es sano para la sociedad que exista intervención del Estado y que obedece a la necesidad de evitar actos que transgredan los derechos fundamentales o colectivos, de aquellos que asisten al mercado bien sea como oferentes o destinatarios finales de un bien o servicio, también debe existir el poder vincular el principio de libertad de mercado con el de equilibrio social, para poder asistir tanto a las responsabilidades de sus productores, con los objetivos morales de libertad e igualdad social es decir, no se debe clamar por el mejor desarrollo de libertad, para justificar una acción política.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina científica

- Acosta, N. (2016). *Problemática de la liquidación de los contratos estatales en Colombia*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Acosta, N., & Guarnizo, M. (2017). *Los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro, y su inclusión en el estatuto general de la contratación estatal*. Bogotá: Universidad Libre.
- Acosta, S., & Arbeláez, A. (2019). *La regulación de la financiación electoral en Colombia: deficiencias que favorecen la corrupción*. Bogotá: Universidad EAFIT.
- Ahumada, C., Sierra, T., & Sierra, L. (2016). *Límites a los contratos estatales frente a los regímenes especiales de contratación en Colombia, estudio de casos: Empresas sociales del Estado y universidades*. Barranquilla: Universidad Libre Seccional Barranquilla.
- Alarcón, A. (2016). La libre competencia económica en el derecho colombiano: una revisión desde la economía social de mercado y sus implicaciones normativas. *Prolegómenos*, 19(37), 109-124.
- Álvarez, M. (2019). La Doctrina del Mercado Libre desde una perspectiva política. *Polis*, 15(1), 143-172.
- Álvarez, M., & Rodríguez, A. (2014). *Cláusulas abusivas en la aplicación de las cláusulas excepcionales de interpretación y odificación unilateral en el contrato estatal en Colombia*. Cartagena: Universidad de Cartagena.
- Álvarez, M., Castro, C., Corredor, J., Londoño, J., Maldonado, J. C., Rodríguez, C., & Pulido, X. (2017). *El Programa Ser Pilo Paga: impactos iniciales en equidad en el acceso a la educación superior y el desempeño académico*. Bogotá: Universidad de Los Andes.
- Baptista, N. (2015). Derecho procesal administrativo. *Biblioteca Jurídica Diké*, 42-49.
- Bensusán, G. (2015). Los empresarios y la legalidad laboral: Los límites de la privatización. *Revista Sociológica México*.
- BOE. (1978). *Constitución Española*. Madrid: La Nación Española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes con.
- BOE. (1985). *Ley Orgánica 8*. Madrid: Reguladora del derecho a la educación. Referencia: BOE-A-1985-12978.
- BOE. (2013). *Ley Orgánica 8*. Madrid: Para la mejora de la calidad educativa. Referencia: BOE-A-2013-12886.
- Burecovics, A. (2018). *Dilemas, controversias y vacíos legales en torno a la titularidad de la propiedad intelectual de obras realizadas en el ámbito laboral*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

- Cabrera, M. (2016). Evolución jurisprudencial de los delitos de corrupción: un antes y un después de la crisis económica. *Radiografiando la democracia*, 10-22.
- Cámara de Comercio de Bogotá. (2017). *Guía 3 ESAL Constitución de una entidad sin ánimo de lucro del régimen solidario*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Campo, J., & Mendoza, H. (2018). Gasto público y crecimiento económico: un análisis regional para Colombia, 1984-2012. *Lecturas de economía*, (88), 77-108.
- Cassagne, J. (2002). *Derecho Administrativo Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Castaño, M. (2019). *La financiación de la educación concertada española*. Madrid: Comillas Universidad Pontificia.
- Castilla, T., Mestre, E., & Márquez, C. (2016). Desarrollo sostenible e incentivos fiscales en la producción de biocombustibles: análisis crítico desde el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible-ODS. *Revista Colombiana de Contabilidad-ASFACOP*, 61-82.
- Castro, C., García, L., & Martínez, J. (2010). *La contratación estatal, teoría general 1st. ed.* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Chávez, A. (2012). *Los convenios de la administración: Entre la gestión pública y la actividad contractual*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Chávez, A. (2014). *Los convenios celebrados por la administración con los particulares: Fundamentos, aproximación conceptual y rasgos característicos*. Obtenido de [consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co):
<http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/revistas/edi01/doc/art8.pdf>
- De Castro, M. (2004). *Los centros concertados en el sistema educativo español. VI Jornadas del Consejo Escolar de Andalucía. El modelo educativo y la titularidad de los centros*. Obtenido de [juntadeandalucia.es](http://www.juntadeandalucia.es/educacion/vscripts/w_cea/pdfs/Jornadas/VI%20Jorn_03%20B.pdf):
http://www.juntadeandalucia.es/educacion/vscripts/w_cea/pdfs/Jornadas/VI%20Jorn_03%20B.pdf
- Díaz, I. (2014). Fallas de Planeacion y Su Incidencia en el Contrato Estatal de Obra. *Las. Rev. Digital de Derecho Admin.*, 11-17.
- Dromi, J. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.
- Duguit, L. (1920). *La transformación del Estado*. Madrid: Librería Fe.
- Duguit, L. (1924). *Soberanía y Libertad*. Madrid: Librería española y extranjera.
- Duguit, L. (1975). *Las transformaciones del derecho público y el privado*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Duguit, L. (2011). *Lecciones de derecho público general*. Madrid: Marcial Pons.
- Echeverri, J. (2015). *Derecho Administrativo de Bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación, régimen jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fernández, J. (2016). *Derecho Administrativo*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Fernández, S., & Muñoz, M. (2012). Colegios concertados y selección de escuela en España: Un círculo vicioso. *Presupuesto y gasto público*, 67, 97-118.
- Gaitán, O. (2014). *Guía práctica de las entidades sin ánimo de lucro y del sector solidario*. Bogotá: Cámara de Comercio.
- García, J. (2017). Colaboración público-privada: más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 38-43.

- Giraldo, R. (2005). Política pública y nuevo marco regulatorio sobre contratación pública electrónica en Colombia. *Vniversitas*, 110(54), 147-190.
- Grueso, M. (2014). Las particularidades de las entidades estatales de naturaleza única y régimen especial. *Republicana*, 17, 193-214.
- Harvey, D. (2017). *El cosmopolitismo y las geografías de la libertad*. Buenos Aires: Ediciones Akal.
- Higueta, J. (2014). *Responsabilidad Penal en la Contratacion Estatal*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Ibañez, J. (2007). *Estudios de derecho constitucional y administrativo*. Bogotá: Legis, Justicia y desarrollo sostenible y la Universidad Sergio Arboleda.
- Jiménez, G. (2015). *Los servicios públicos en el estado constitucional de derechos y justicia*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Jordana, L. (1949). Ensayo de una teoría de fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, 41-54.
- Kelsen, H. (1977). *Esencia y valor de la democracia*. Madrid: Guadarrama.
- Kresalja, B., & Ochoa, C. (2017). *Derecho constitucional económico*. México: Fondo Editorial de la PUCP.
- León, A., Hincapié, L., & Villa, G. (2016). Potencial social y político de la planeación local y el presupuesto participativo en Medellín (Colombia) para fortalecer la democracia latinoamericana. *Revista EURE*, 205-224.
- López, P. (2015). La liquidación de los contratos estatales. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 401-434.
- Lozano, L., & Julio, J. (2019). Límite de la Deuda Pública y Espacio Fiscal: Análisis para Colombia y Otros Mercados Emergentes. *Borradores de Economía; No. 1076. Banco de la República*.
- Manchego, P. (2016). *Posturas dogmáticas de la ilicitud sustancial en el contexto del derecho disciplinario*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Manrique, F. (2014). La salud como servicio público o derecho en el negocio entre actores privados del sistema de salud en Colombia. *Derecho y realidad*(24), 57-72.
- Manrique, L. (2014). Sobre la necesidad de una regulación integral y coherente de la actividad de fomento en Colombia. En G. Bula, A. Namén, & W. Zambrano, *Derecho Procesal Administrativo. Modernización del Estado y Territorio*. Bogotá: Ibañez.
- Manrique, L. (2015). *La subvención en la legislación colombiana*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Martínez, A. (2004). La financiación de la enseñanza. El centro privado concertado. *Anales de derecho*, 22, 293-316.
- Martínez, D., & González, E. (2014). *El principio de transparencia en la contratación estatal*. . Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Mercado, A. (2013). *La influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia: El sistema jurídico, la función social de la propiedad y la teoría de los servicios públicos*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Mertz, Ó. (2019). Adam Smith: los conceptos de naturaleza humana y gobierno en la teoría de los sentimientos morales. *Inicio*, 6(1), 55-75.
- Miguez, L. (2015). La polémica sobre la compatibilidad con el principio constitucional de no discriminación por razón de sexo de los conciertos de la administración con los

centros que imparten educación diferenciada. *Revista Persona y Derecho*, 72, 237-264.

- Ministerio de Educación y Ciencia. (1985). *Real Decreto 2377*. Madrid: Por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Concursos Educativos.
- Ministro de Gobierno de la República de Colombia. (1991). *Decreto 591*. Bogotá: Por el cual se regulan las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas.
- Montes, L. (2018). Milton Friedman y sus visitas a Chile. *Estudios Públicos*, (141).
- Muñoz, M. (2018). *Modificaciones al régimen especial de contratación de las entidades sin ánimo de lucro en Colombia*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Ocaña, J. (2014). *Análisis crítico de la ley de contratación*. Pasto: Universidad de Nariño.
- Perdomo, C. (2014). *Los convenios de la administración y los contratos estatales: Conceptos diferentes con regímenes jurídicos distintos*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Pinto, A. (2014). *Transparencia en la contratación pública*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Pinto, F. (2003). *La distribución de los riesgos en los contratos de concesión de obra*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Pusser, B. (2014). Fuerzas en tensión: el Estado, la sociedad civil y el mercado en el futuro de la universidad. *Revista de la educación superior*, 9-35.
- Reyes, L. (2014). *Características del sistema de contratación estatal en Colombia*. Cúcuta: Universidad Libre Seccional Cúcuta.
- Reyes, O. (2017). *Análisis crítico de la ley estatutaria 996 de 2005 sobre restricciones de contratación directa en Colombia*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Robles, M. (2019). Responsabilidad de los administradores en las Entidades Sin Ánimo de Lucro. *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, 19-37.
- Roczek, V. (2016). *El sistema de contratación pública en Colombia: Análisis etnográfico de la ley*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Rodríguez, C. (2016). El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. *Revista vía iuris*, (20), 105-119.
- Rodríguez, C. (2016). El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. *Revista vía iuris*, (20), 105-119.
- Rodríguez, E. (2011). *Corrupción y probidad en los contratos estatales*. Bogotá: Universidad Nacional.
- Rodríguez, f. (2016). El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. *Revista Via Iuris*, 15-22.
- Rodríguez, L. (2002). *Derecho administrativo general y colombiano*. 13° ed. Bogotá: Temis.
- Rodríguez, M. (2017). *Contratación pública con entidades sin ánimo de lucro: Decreto 92 de 2017*. Bogotá: Legis.
- Rojas, L. (2015). *Análisis de la normatividad que ha orientado la contratación de obras públicas en Colombia desde la Ley 80 de 1993 hasta el Decreto 1510 de 2013*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Rovelli, L. (2017). Expansión reciente de la política de priorización en la investigación científica de las universidades públicas de Argentina. *Revista iberoamericana de educación superior*, 8(22), 103-121.

- Sánchez, L. (2017). *La ecuación económica y financiera de los contratos estatales dentro del marco de la ley de contratación pública, ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Sánchez, W., & Montes, J. (2017). Relación Sociedad Civil, Estado y Economía en el mundo contemporáneo. *Criterio Libre Jurídico*, 13(2).
- Santandreu, F. (2017). *Derecho de autor: propiedad o regulación*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Santofimio, J. (2017). *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J. O. (2007). *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, J. O. (2009). El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. *Revista digital de derecho administrativo*, 13-14.
- Suárez, N., & Rojas, M. (2019). *Los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro y su inclusión como modalidad en el estatuto general de la contratación estatal*. Bogotá: Universidad Santo Tomás de Aquino.
- Torres, A., & Ortiz, E. (2017). Comprensión de la gestión financiera en las entidades sin ánimo de lucro, sustentada desde el presupuesto. *Gestión y Desarrollo Libre*, 10 - 20.
- Trujillo, M. (2015). *La ley de garantías electorales: Su aplicación en los órganos de control*. Villavicencio: Universidad Santo Tomás.
- Vedel, G. (1980). *Derecho Administrativo*. Madrid: Aguilar.
- Vega, L. (2017). Los contratos públicos como medio de intervención y regulación estatal. *Revista Derecho Administrativo Económico*, 31-46.
- Villa, E. (2018). *Herramientas para combatir la corrupción en contratación pública en Colombia a partir de la revisión de experiencias internacionales*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Villar, J. (2003). *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español: Análisis de la selección de contratistas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Villarroya, A. (2000). Análisis de los sistemas de ayuda pública al sector de la enseñanza privada no universitaria en algunos países de la unión europea. En C. y. Ministerio de Educación, & Centro de Investigación y Documentación Educativa, *La financiación de los centros concertados* (págs. 53-85). Madrid: Subdirección General de Información y Publicaciones.

Normatividad

- Alcaldía Mayor de Bogotá. (1991). *Decreto 059*. Bogotá: POr el cual se dictan norma sobre trámites y actuaciones relacionadas con la personería jurídica de entidades sin

ánimo de lucro y con el cumplimiento de las funciones de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común.

- Alcaldía Mayor de Bogotá. (1991). *Decreto 59*. Bogotá: Por el cual se dictan normas sobre trámites y actuaciones relacionadas con la personería jurídica de entidades sin ánimo de lucro y con el cumplimiento de las funciones de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común.
- Alcaldía Mayor de Bogotá. (2006). *Decreto 094*. Bogotá: Por el cual se adopta la estructura interna de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y se dictan otras disposiciones.
- Alcaldía Mayor de Bogotá. (2007). *Decreto Distrital 267*. Bogotá: Por el cual se adopta la estructura organizacional de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y se dictan otras disposiciones.
- Alcaldía Mayor de Bogotá. (2014). *Obligaciones de las entidades sin ánimo de lucro*. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá. Secretaría General.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política*. Bogotá: Con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden.
- Asamblea Nacional de Colombia. (1910). *Acto Legislativo 3*. Bogotá: Reformatorio de la Constitución Nacional.
- Congreso de Colombia. (1909). *Ley 53*. Bogotá: Sobre términos administrativos y prescripción de ciertas acciones en cuanto a contratos celebrados con el gobierno.
- Congreso de Colombia. (1912). *Ley 110*. Bogotá: Por el cual se sustituyen el código fiscal y las leyes que lo adicionan y reforman.
- Congreso de Colombia. (1913). *Ley 130*. Bogotá: Sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
- Congreso de Colombia. (1915). *Ley 65*. Bogotá: Por la cual se reforma y adiciona la 110 de 1912.
- Congreso de Colombia. (1921). *Ley 61*. Bogotá: Sobre asuntos fiscales.
- Congreso de Colombia. (1931). *Ley 105*. Bogotá: Sobre organización judicial y procedimiento civil.
- Congreso de Colombia. (1931). *Ley 106*. Bogotá: Por la cual se sustituye el artículo 1 de la Ley 116 de 1923, que reglamenta la celebración de contratos para la conducción de correos nacionales.
- Congreso de Colombia. (1941). *Ley 167*. Bogotá: Sobre organización de la jurisdicción contencioso administrativa.
- Congreso de Colombia. (1945). *Acto Legislativo 1*. Bogotá: Reformatorio de la Constitución Nacional.
- Congreso de Colombia. (1945). *Acto legislativo 1o*. Bogotá: Reformatorio de la Constitución Nacional.
- Congreso de Colombia. (1964). *Ley 4*. Bogotá: Por la cual se dictan disposiciones sobre la industria de la construcción, concursos y contratos.
- Congreso de Colombia. (1966). *Ley 36*. Bogotá: Por la cual se adiciona y aclara la Ley 4^o de 1964, sobre la industria de la construcción, concursos y se dictan otras disposiciones.

- Congreso de Colombia. (1977). *Ley 25*. Bogotá: Por la cual se reglamenta el numeral 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional y se conforman programas de fomento regional y de empresas útiles y benéficas .
- Congreso de Colombia. (1978). *Ley 30*. Bogotá: Por la cual se adopta un plan y un programa de fomento a empresas útiles y benéficas de desarrollo regional, se decreta un gasto y se dictan normas relacionadas con el control y vigilancia de las correspondientes apropiaciones presupuestadas.
- Congreso de Colombia. (1982). *Ley 19*. Bogotá: Por la cual se definen nuevos principios de los contratos administrativos y se conceden facultades extraordinarias al presidente de la república para reformar el régimen de contratación administrativa previsto en el Decreto 150 de 1976 y se dictan otras.
- Congreso de Colombia. (1987). *Ley 22*. Bogotá: Por el cual se asigna una función.
- Congreso de Colombia. (1990). *Ley 29*. Bogotá: Por la cual se dictan disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico y se otorgan facultades extraordinarias.
- Congreso de Colombia. (1992). *Ley 21*. Bogotá: Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y la Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1° de Enero al 31 de Diciembre de 1993.
- Congreso de Colombia. (1992). *Ley 30*. Bogotá: Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior.
- Congreso de Colombia. (1992). *Ley 31*. Bogotá: Por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, el Gobierno para señalar el régimen de cambio internacional, para la expedición de los Estatuto del Banco y para el ejercicio de las f.
- Congreso de Colombia. (1993). *Ley 105*. Bogotá: Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones.
- Congreso de Colombia. (1993). *Ley 41*. Bogotá: Por la cual se organiza el subsector de adecuación de tierras y se establecen sus funciones.
- Congreso de Colombia. (1993). *Ley 69*. Bogotá: Por la cual se establece el Seguro Agropecuario en Colombia, se crea el Fondo Nacional de Riesgos Agropecuarios y se dictan otras disposiciones en materia de crédito agropecuario.
- Congreso de Colombia. (1993). *Ley 80*. Bogotá: Por la cual se expidió el Estatuto General de la Contratación Pública.
- Congreso de Colombia. (1994). *Ley 142*. Bogotá: Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.
- Congreso de Colombia. (1994). *Ley 143*. Bogotá: Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética.
- Congreso de Colombia. (1994). *Ley 160*. Bogotá: Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones.

- Congreso de Colombia. (1995). *Ley 190*. Bogotá: Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.
- Congreso de Colombia. (1996). *Ley 302*. Bogotá: Por la cual se crea el Fondo de Solidaridad Agropecuario, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones.
- Congreso de Colombia. (1996). *Ley 335*. Bogotá: Por la cual se modifica parcialmente la Ley 14 de 1991 y la Ley 182 de 1995, se crea la televisión privada en Colombia y se dictan otras disposiciones.
- Congreso de Colombia. (1997). *Ley 368*. Bogotá: Por la cual se crea la Red de Solidaridad Social, el Fondo de Programas Especiales para la Paz, y el Fondo el Plan Nacional de Desarrollo Alternativo - Fondo Plante-, y se dictan otras disposiciones.
- Congreso de Colombia. (1997). *Ley 380*. Bogotá: Mediante la cual se eleva el valor de un salario mínimo legal mensual el subsidio de tratamiento que recibe el enfermo de lepra.
- Congreso de Colombia. (1997). *Ley 397*. Bogotá: Por la cual se desarrollan los artículos 70,71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas depend.
- Congreso de Colombia. (1998). *Ley 454*. Bogotá: Por la cual se determina el marco conceptual que regula la economía solidaria, se transforma el departamento administrativo nacional de cooperativas en el Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, se crea el Fondo de Garantías para la.
- Congreso de Colombia. (1998). *Ley 489*. Bogotá: Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 .
- Congreso de Colombia. (1999). *Ley 509*. Bogotá: Por la cual se disponen unos beneficios en favor de Las Madres Comunitaris en materia de seguridad social y se otorga un subsidio pensional.
- Congreso de Colombia. (2000). *Ley 633*. Bogotá: Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial.
- Congreso de Colombia. (2003). *Ley 795*. Bogotá: Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones.
- Congreso de Colombia. (2003). *Ley 814*. Bogotá: Por la cual se dictan normas para el fomento de la actividad cinematográfica en Colombia.
- Congreso de Colombia. (2006). *Ley 1117*. Bogotá: Por la cual se expiden normas sobre normalización de redes eléctricas y de subsidios para estratos 1 y 2.
- Congreso de Colombia. (2008). *Ley 1237*. Bogotá: Por medio de la cual se promueven, fomentan y difunden las habilidades, talentos y las manifestaciones artísticas y culturales de la población con algún tipo de limitación física, síquica o sensorial.
- Congreso de Colombia. (2010). *Ley 1412*. Bogotá: Por medio de la cual se autoriza la realización de forma gratuita y se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de falopio como formas para fomentar la paternidad y la maternidad responsable.

- Congreso de Colombia. (2012). *Ley 1508*. Bogotá: Por la cual se establece el régimen jurídico de las asociaciones público privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.
- Congreso de Colombia. (2013). *Ley 1660*. Bogotá: Por medio de la cual se adiciona un párrafo al artículo 3° de la Ley 923 de 2004, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de .
- Congreso de la República. (1873). *Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Ley 84*. Bogotá: Congreso de la República.
- Congreso de la República. (1993). *Ley 42*. Bogotá: Ley de organización del sistema de control fiscal financiero.
- Congreso de la República. (1994). *Ley 115*. Bogotá: Por la cual se expide la ley general de educación.
- Congreso de la República. (2005). *Ley 996*. Bogotá: por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras dispo.
- Congreso de la República. (2007). *Ley 1150*. Bogotá: Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.
- Congreso de la República. (2014). *Ley 1714*. Bogotá: Por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional y se dictan otras disposiciones.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). *Ley 100*. Bogotá: Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.
- Congreso de la República de Colombia. (1995). *Ley 182*. Bogotá: Por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforman la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas par.
- Congreso de la República de Colombia. (1995). *Ley 226*. Bogotá: Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones.
- Consejo Nacional Constituyente. (1886). *Constitución Política*. Bogotá: Vista la aprobación que impartieron las municipalidades de Colombia a las bases de Constitución expedidas el 01 de Diciembre de 1885 y con el fin de afianzar la unidad nacional y asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz.
- Constitución Política. (1991). *Asamblea Nacional Constituyente*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Presidencia de la República. Decreto 3620. (2004). Bogotá: Por el cual se crea la comisión intersectoria de contratación pública.
- Departamento Nacional de Planeación. (2015). *Decreto 1082*. Bogotá: Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.

Congreso de la República, Ley 222. (1995). Bogotá: Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República. Ley 30. (1992). Bogotá: Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior.

Congreso de la República. Ley 80. (1993). Bogotá: Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Presidencia de Colombia. (1873). *Código Fiscal*. Bogotá: Código Fiscal.

Presidencia de la República. (1955). *Decreto 1050*. Bogotá: Por el cual se organiza el crédito público de los Departamentos, Municipios y organismos autónomos descentralizados.

Presidencia de la República. (1955). *Decreto 351*. Bogotá: Por el cual se dictan algunas normas de carácter administrativo y fiscal sobre contratos y reservas.

Presidencia de la República. (1960). *Decreto 550*. Bogotá: Por el cual se adoptan normas generales para la reorganización y funcionamiento de la Presidencia de la República, de los Ministerios y de los Departamentos Administrativos.

Presidencia de la República. (1964). *Decreto extraordinario 528*. Bogotá: Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución, y se adoptan otras disposiciones.

Presidencia de la República. (1976). *Decreto 150*. Bogotá: Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la nación y sus entidades descentralizadas.

Presidencia de la República. (1983). *Decreto 222*. Bogotá: Por el cual se expiden normas sobre contratos de la nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.

Presidencia de la República. (1987). *Decreto 361*. Bogotá: Por el cual se dictan normas sobre la vigilancia de las instituciones de utilidad común.

Presidencia de la República. (1990). *Decreto 525*. Bogotá: Por el cual se reglamentan los artículos 55, 57, 59 y 60 de la Ley 24 de 1988, parcialmente los artículos 12, 13 y 18 de la Ley 29 de 1989 y se dictan otras disposiciones.

Presidencia de la República. (1991). *Decreto 393*. Bogotá: Por el cual se dictan normas sobre asociación para actividades científica y tecnológicas para proyectos de investigación y creación de tecnologías.

Presidencia de la República. (1992). *Decreto 777*. Bogotá: Por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso 2° del artículo 355 de la Constitución Política.

Presidencia de la República. (1993). *Presidencia de la República*. Bogotá: Por el cual se reglamenta la ley 30 de 1992.

Presidencia de la República. (2004). *Decreto 4400*. Bogotá: Por el cual se reglamenta el artículo 19 y el Título VI, Libro I del Estatuto Tributario referente al Régimen Tributario Especial y se dictan otras disposiciones.

Presidencia de la República. (2008). *Decreto 2474*. Bogotá: Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.

Presidencia de la República. (2011). *Decreto 2516*. Bogotá: Por el cual se reglamenta la modalidad de selección de mínima cuantía.

- Presidencia de la República. (2013). *Decreto 1510*. Bogotá: Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.
- Presidencia de la República. (2015). *Decreto 1082*. Bogotá: Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.
- Presidencia de la República. (2017). *Decreto 092*. Bogotá: Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política.
- Presidencia de la República de Colombia. (1996). *Decreto 427*. Bogotá: Por el cual se reglamentan el capítulo II del Título y el capítulo XI del título II del Decreto 2150 de 1995.
- Presidencia de la República de Colombia . (1992). *Decreto 1403*. Bogotá: Por el cual se modifica el Decreto 777 de 1992.
- Presidencia de la República de Colombia. (1988). *Decreto 1318*. Bogotá: Por el cual se ejerce la facultad conferida por el artículo 2° de la ley 22 de 12 de marzo de 1987, en relación con las instituciones de utilidad común.
- Presidencia de la República de Colombia. (1988). *Decreto 432*. Bogotá: Por el cual se ejerce parcialmente la facultad conferida por el artículo 2 del a ley 22 de 1987, en relación con intituciones de utilidad común.
- Presidencia de la República de Colombia. (1989). *Decreto 1093*. Bogotá: Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1318 de1988.
- Presidencia de la República de Colombia. (1993). *Decreto 2459*. Bogotá: POr el cual se adoptan disposiciones en relación con los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política.
- Presidencia de la República de Colombia. (1995). *Decreto 2150*. Bogotá: Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.
- Congreso de la República. (2011). *Ley 1474*. Bogotá: Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanci'no de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Resoluciones

- Concepto 1710. (2006). Consejo de Estado. Bogotá: Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente Luis Fernando Álvarez.
- Colombia Compra Eficiente. (2017). Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Obtenido de colombiacompra.gov.co: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf
- Concepto 1.710. (2006). Consejo de Estado. Bogotá: Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente Luis Fernando Álvarez Jaramillo.
- Congreso de Colombia. (2012). Ley 1505. Bogotá: Por medio de la cual se crea el Subsistema Nacional de Voluntarios de Primera Respuesta y se otorgan estímulos

a los voluntarios de la Defensa Civil, de los Cuerpos de Bomberos de Colombia y de la Cruz Roja Colombiana y se dictan otras disposiciones en ma.

- Consejo de Estado. (1986). Radicación 0979. Bogotá: Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra.
- Consejo de Estado. (2007). Sentencia No. 11001-03-26-000-2003-00014-01 (24715). Bogotá: Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio.
- Consejo de Estado. (2008). Concepto 11001-03-06-000-2008-00049-1911. Bogotá: Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo.
- Consejo de Estado. (2017). Concepto 2319. Bogotá: Magistrado ponente Edgar González.
- Consejo de Estado. (2019). Auto No. 11001-03-26-000-2018-00113-00 (62003). Bogotá: Magistrado Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera
- Contraloría General de Antioquia. (2002). Concepto de Dolly María Quintero Betancur. Jefe Oficina Asesora Jurídica. Medellín.
- Sentencia C-131. Corte Constitucional. (1993). Bogotá: Magistrado sustanciador Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-337. Corte Constitucional. (1993). Bogotá: Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia C-372. Corte Constitucional. (1994). Bogotá: Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia C-375. Corte Constitucional. (1994). Bogotá: Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia C-506. Corte Constitucional. (1994). Bogotá: Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.
- Sentencia C-520. Corte Constitucional. (1994). Bogotá: Magistrado ponente Hernando Herrera Vergara.
- Sentencia C-547. Corte Constitucional. (1994). Bogotá: Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-205. Corte Constitucional. (1995). Bogotá: Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-254. Corte Constitucional. (1995). Bogotá: Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.
- Sentencia C-316. Corte Constitucional. (1995). Bogotá: Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia C-251. Corte Constitucional. (1996). Bogotá: Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-183. Corte Constitucional. (1997). Bogotá: Magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia C-535. Corte Constitucional. (1997). Bogotá: Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-159. Corte Constitucional. (1998). Bogotá: Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia C-152. Corte Constitucional. (1999). Bogotá: Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-333. Corte Constitucional. (1999). Bogotá: Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-1168. Corte Constitucional. (2001). Bogotá: Magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia C-616. Corte Constitucional. (2001). Bogotá: Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C-1153. Corte Constitucional. (2005). Bogotá: Magistrado Ponente Marco Gerado Monroy Cabra.

Sentencia C-042. Corte Constitucional. (2006). Bogotá: Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-507. Corte Constitucional. (2008). Bogotá: Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-324. Corte Constitucional. (2009). Bogotá: Juan Carlos Henao Pérez.

Sentencia C-324. Corte Constitucional. (2009). Bogotá: Magistrado ponente Carlos Henao Pérez.

Sentencia C-414. Corte Constitucional. (2012). Bogotá: Magistrado ponente Mauricio González Cuervo.

Sentencia T-232. Corte Constitucional. (2014). Bogotá: Magistrado Ponente José Ignacion Pretelt.

Sentencia 01-06-52. Corte Suprema de Justicia. (1952). Bogotá: Sala de Casación Civil.

Radicación 7234. (1982). Consejo de Estado. Bogotá.

Sentencia C-183. (1997). Corte Constitucional. Bogotá: Magistrado Ponente José Gregorio Hernández.

Sentencia C-183. (1997). Corte Constitucional. Bogotá: Magistrado Ponente José Gregorio Hernández.

Sentencia C-343. (1995). Corte Constitucional. Bogotá: Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-372. (1994). Corte Constitucional. Bogotá: Magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-375. (1994). Corte Constitucional. Bogotá: Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-506. (1994). Corte Constitucional. Bogotá: Magistrado Ponente Fabio Monroy Diaz.

Sentencia C-520. (1994). Corte Constitucional. Bogotá: Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.

Sentencia C-547. (1994). Corte Constitucional. Bogotá: Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-615. (2002). Corte Consittucional. Bogotá: Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-651. (2001). Corte Constitucional. Bogotá: Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-818. (2005). Corte Constitucional. Magistrado ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Consejo de Estado. (2014). Sentencia No. 11001-03-25-000-2012-00762-00 (2520-12). Bogotá: Magistrado Ponente Luis Rafael Vergara Quintero.

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2018). Restricciones en la nómina y en la contratación estatal con ocasión de las elecciones a la presidencia, vicepresidencia y congreso de la república. Obtenido de funcionpublica.gov.co: <https://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/616038/Abc+Ley+de+Garantias+-+Restricciones+en+la+n%C3%B3mina+y+en+la+contrataci%C3%B3n+estatal+con+ocasi%C3%B3n+de+las+elecciones+a+la+Presidencia%2C+Vicepresidencia+y+Congreso+de+la+Rep%C3%BAblica.pdf/3>