

Título

Análisis del principio de selección objetiva en la suscripción de convenios de asociación en el marco de la contratación estatal

Autores:

**Karen Lizeth Agudelo Linares
Karent Vanessa Barragán Rodríguez**

Presentado

Dr. Josué Otto de Quesada Varona

Profesor

Como opción al grado de Especialista en Derecho Administrativo



**Universidad Libre
Facultad de Derecho
Instituto de Posgrados
Especialidad en Derecho Administrativo
Bogotá D.C.
2023**

Título

Análisis del principio de selección objetiva en la suscripción de convenios de asociación en el marco de la contratación estatal ¹

Karen Lizeth Agudelo Linares²

Karent Vanessa Barragán Rodríguez³

Resumen

La suscripción de los convenios de asociación tiene un escaso desarrollo normativo, lo cual evidenció la afectación de los principios legales y diferentes controversias con la finalidad de los mismos, generando que las entidades estatales puedan incurrir en el favorecimiento subjetivo de intereses particulares dentro de este proceso, vulnerando el principio de selección objetiva y la libre competencia de los oferentes. Es así, que se determinó que la normatividad colombiana no contempla la libre competencia de oferentes como garantía de la selección objetiva dentro de los convenios de asociación. La vulneración de la selección objetiva en el mencionado proceso se relaciona con la falta de eficacia del articulado normativo colombiano conforme a la teoría del pensador Jürgen Habermas. Se encontró notoriamente un silencio normativo y carencia de la integración del ordenamiento jurídico, que ha establecido limitantes para un desarrollo idóneo del proceso competitivo dentro de este régimen de contratación, originando la necesidad de la creación de normas jurídicas que disminuyan la vulneración al principio de la selección objetiva en el marco de la suscripción de convenios de asociación.

Palabras claves: Libre competencia, selección objetiva, convenios de asociación, entidades estatales, contratación estatal.

Abstract

The signing of association agreements has little regulatory development, which evidenced the affectation of legal principles and different controversies with their purpose, causing state entities to incur in the subjective favoring of private interests within this process. , violating the principle of objective selection and the free competition of bidders. Thus, it was determined that Colombian regulations do not contemplate the free competition of bidders

¹ Resultado de la investigación como opción de grado de Especialistas en Derecho Administrativo

² Profesional en Derecho de la Universidad Libre

³ Profesional en Derecho de la Universidad Libre

as a guarantee of objective selection within the association agreements. The violation of the objective selection in the aforementioned process is related to the lack of effectiveness of the Colombian normative articles according to the theory of the thinker Jürgen Habermas. A regulatory silence and lack of integration of the legal system was found, which has established limitations for an ideal development of the competitive process within this contracting regime, originating the need for the creation of legal regulations that reduce the violation of the principle of objective selection within the framework of signing association agreements.

Key words: Free competition, objective selection, association agreements, state entities, state contracting.

Introducción

En Colombia, el régimen jurídico dispone la contratación estatal, la cual está en caminata a lograr los intereses generales de los ciudadanos, en marcada así constitucionalmente en los fundamentos y principios de la función administrativa, de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; dirigidos a garantizar en el caso en concreto, la celebración idónea de los contratos estatales, por lo tanto, es importante analizar los convenios de asociación como figura excepcional en la contratación estatal celebrados entre Entidades sin ánimo de lucro con Entidades estatales, en los cuales, el cumplimiento de estos principios y principalmente la libre concurrencia de oferentes y la selección objetiva que generan dicha imparcialidad e igualdad necesaria dentro de los procesos de contratación se desdibujan, convirtiéndose en un modelo de contratación ambiguo, apartando las características principales que deben contener los procesos de contratación pública, analizado a partir del informe realizado por la Contraloría

Departamental del Tolima como resultado de la denuncia 002 del año 2020, el Informe de Auditoría realizado por la Contraloría de Bogotá en el año 2020 y el decreto 097 de 2017, como norma principal en la suscripción de los convenios de asociación.

El análisis comparativo de los procesos de contratación de las diferentes modalidades del estatuto de contratación pública, como la licitación pública, la contratación directa, la selección abreviada y el régimen excepcional de los convenios de asociación, indicaran si la libre concurrencia y el principio de selección objetiva están siendo vulnerados en el marco de estos convenios y no están siendo implementados como regularmente se consagran en los procesos enmarcados de la ley 80 de 1993, convirtiéndolo en un modelo atípico y de absoluta discrecionalidad de las Entidades Públicas, sin atender a los principios constitucionales de la función administrativa y los de la contratación estatal. Por lo cual, se pretenderá dar contestación a la siguiente pregunta de investigación:

¿Por qué la libre concurrencia de oferentes garantiza la selección objetiva en la suscripción de convenios de asociación?

Además, se tomará en cuenta lo anterior, junto con el desarrollo normativo y jurisprudencial del problema de investigación, discutiendo las necesidades de permisión, prohibición y obligación del proceso objeto de investigación, analizando la existencia de la congruencia entre lo expresado por la ley y lo percibido por la sociedad respecto de la garantía de la selección objetiva en los convenios de asociación.

Metodología

Para llevar a cabo la presente investigación, se realizó una revisión jurídica detallada del principio de selección objetiva en la suscripción de convenios de asociación por medio de un análisis crítico de las modificaciones a la ley y su impacto en el marco de la contratación estatal, adecuado para la realización de un estudio de carácter teórico, facilitando la comprensión de los diferentes fenómenos que rodean el objeto jurídico de investigación, llevada a cabo por medio del paradigma interpretativo, es decir, dirigiéndola a la relación entre los hechos sociales y el ordenamiento jurídico, observando las relaciones cotidianas, así mismo se utilizaron fuentes verídicas y actualizadas para consolidar la exactitud y calidad de la información expuesta en el presente estudio, además la solución del problema planteado en el estudio de los fenómenos jurídicos y revelando los presupuestos normativos jurídicos a nivel nacional e internacional

correspondientes con la libre concurrencia en el principio de la selección objetiva en el marco de los convenios de asociación.

Por lo tanto, el objetivo de la presente investigación estuvo encaminado en analizar desde el punto de vista normativo la libre concurrencia en la garantía del principio de la selección objetiva en la suscripción de convenios de asociación.

Resultados

Según informe realizado por la Contraloría Departamental del Tolima como resultado de la denuncia 002 del año 2020, el Municipio de Armero Guayabal no exigió los requerimientos legales plasmados en los estudios previos, en la presentación de la oferta, para la suscripción del convenio de asociación, situación que, desdibuja la transparencia del proceso de contratación e idoneidad del cooperante. Este informe plantea sólo algunos de los problemas más notorios que demuestran que las Entidades Públicas suscriben convenios de asociación sin los requerimientos normativos estipulados en el decreto 092 de 2017.

Inicialmente el decreto 092 de 2017 se encarga de reglamentar la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política y a lo largo de la norma describe las características esenciales de la suscripción de convenios de asociación, este Decreto en el literal b del artículo 2 estipula que este tipo de convenios “no comportan una relación

conmutativa”, es decir, que estos convenios no se celebran a título oneroso. Según el Informe de Auditoría realizado por la Contraloría de Bogotá en el año 2020, con relación al Convenio de Asociación No. 1137 de 2019, celebrado entre el Instituto Distrital de las Artes y la Asociación Cultural Vuelo, durante su ejecución, se reportó el valor de \$19.946.224 por concepto de gastos de administración del proyecto, sin que dicha suma de dinero se encuentre soportada en gasto alguno. Por tal motivo, se evidencia que estos gastos de administración del proyecto corresponden a la retribución percibida por la Entidad Sin Ánimo de Lucro, por consiguiente, este convenio no cumple con el precepto normativo descrito y demuestra una inobservancia en lo que corresponde a la modalidad de selección del contratista.

Así mismo, en el decreto 092 de 2017 en su artículo 5 se señala que cuando la Entidad privada sin ánimo de Lucro compromete recursos en dinero en una proporción que no sea inferior al 30% del valor del convenio podrá ser seleccionada sin necesidad de un proceso competitivo, sin embargo como se evidencia en el informe de la Contraloría Departamental del Tolima del año 2020, la Entidad incluye este precepto, pero la situación no se cumplió, ya que la propuesta presentada por el cooperante “Fundación Ritmo, Armonía y Melodía” realizó un aporte equivalente a la suma de \$4.580, es decir, inferior al 30% del convenio, situación que demuestra que el municipio omitió el proceso idóneo de selección y vulnero la pluralidad de oferentes.

Del mismo modo, en el informe de la Contraloría Departamental del Tolima del año 2020, en el análisis realizado en el marco de la auditoría al convenio 1138 de 2019, celebrado entre el Instituto Distrital de las Artes y la Asociación Cultural Vuelo, también se refleja una insuficiente planeación del proceso competitivo, ya que en la etapa precontractual existen vacíos en cuanto a la determinación del aporte del Instituto y del aporte en dinero por parte del asociado, que son suplidos con decisiones discrecionales que no encuentran soporte normativo, en contraste, a lo consagrado en el artículo 24 de la ley 80 de 1993, lo que evidencia que la suscripción de este convenio vulnera directamente el principio de transparencia.

Finalmente, como consecuencia del escaso desarrollo normativo de la modalidad de selección del contratista para la suscripción de convenios de asociación, se ha venido afectando principios legales, que han dado lugar a la creación de convenios que no cumplen con los requisitos de planeación e idoneidad, generando que dentro de los procesos de selección, las entidades motiven el favorecimiento subjetivo de intereses particulares vulnerando el principio de selección objetiva y la libre concurrencia de los oferentes. Por lo tanto, existe la necesidad de identificar si la celebración de los convenios de asociación conforme al decreto 092 de 2017, eluden el principio de selección objetiva de la Contratación estatal.

La selección objetiva en las diferentes modalidades de contratación pública

En el régimen jurídico en Colombia se dispone la contratación estatal de acuerdo con el artículo 3 de la ley 80 de 1993, como “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 consecuencia de dichos fines”, que permite de este modo satisfacer las necesidades del gobierno nacional, departamental o municipal respecto del cumplimiento de las estrategias contempladas en su plan de desarrollo, celebrando así diferentes actos y contratos que comprometen intereses públicos, en la consecución de la creación de estos contratos bajo los preceptos contemplados en la normatividad colombiana, se encuentra la necesidad de garantizar la selección objetiva dentro de la suscripción de dichos contratos y en específico en los convenios de asociación, que en concordancia con la finalidad de su creación bajo el principio de colaboración, deberían realizarse sólo con la finalidad social de la ejecución de proyectos de interés general.

Inicialmente, desde el derecho administrativo se ha analizado el principio de selección objetiva en la contratación estatal, determinando que en la elección del contratista se debe tener en cuenta que cumpla con los requisitos definidos y que sea la persona o empresa más idónea para desempeñar la actividad que se busca ejecutar, en cuanto a factores como capacidad y experiencia en el arte en que se va a desempeñar, sin embargo, esta elección algunas veces se ve influenciada por otros factores subjetivos evidenciando inclinaciones por un participante en

particular aunque no sea la persona más calificada para la actividad (Acero,2016; Castro,2016). En este sentido es responsabilidad de la Administración crear y adoptar medidas realmente fuertes para evitar las prácticas de corrupción que existen en el Estado y dar cumplimiento a la normatividad que ha dado al principio de selección objetiva una connotación que la lleva más al campo de la regla y del deber, generando reglas y prohibiciones claras precisas y de obligatorio cumplimiento. (Miranda,2015; Nieves,2017)

Por otra parte, en la sentencia 12037 de 2001 del Consejo de Estado, se expresa que la libre concurrencia de oferentes permite el acceso al proceso licitatorio de todas las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado, mediante la adecuada publicidad de los actos previos o del llamado a licitar, evidenciando su estrecha relación con el principio de selección objetiva ya que la garantía de la libre concurrencia de oferentes encuentra su fundamento en la proscripción de ejecución de acuerdos que restrinjan la libre competencia económica a partir de prácticas colusorias, factor característico en procura de lograr el mejor cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Es así como se evidencia la necesidad de que la norma deba ser más específica en términos de la verificación y evaluación de requisitos habilitantes de oferentes, de tal manera que se logre una visión más objetiva en la práctica de la selección contractual dejando por fuera posibles vacíos en la práctica y en la normatividad. (Galvis,2018;

Gutierrez,2019; Villamizar, Delgado, Bayona,2019)

Por tal motivo, podemos identificar que la selección objetiva y la libre concurrencia de oferentes son principios necesarios para la suscripción de contratos bajo las diferentes modalidades de selección, sin embargo, en ocasiones se evidencia la vulneración de estos principios y es por ello que se ha realizado diferentes estudios en el marco de la modalidad de contratación directa la cual permite celebrar contratos de una forma más rápida y sencilla, sin necesidad de pasar por todos los requerimientos que se encuentran en la aplicación de las diferentes modalidades de contratación. Las Entidades Públicas deben garantizar la buena aplicación de la contratación directa, en concordancia a la normatividad y los fines esenciales del estado, y por consecuencia identificar en la etapa de planeación si es necesario implementar otra modalidad de selección, preservando así, el principio de selección objetiva, el cual va de la mano con la transparencia, la economía y la responsabilidad los cuales tienen implicaciones dentro de la interpretación del contrato en todas sus especificaciones donde se incluyen todos los procedimientos precontractuales, contractuales y pos contractuales. (Hernandez,2015;

Peñaranda,Camargo,2015;Baron,Lopez,2018;Gomez,2020;Peña,Rivera,2022)

Ahora bien, en lo que respecta a la suscripción de convenios, se debe tener en cuenta que, aunque son un régimen especial de contratación, debe ser aplicable los principios y reglas generales

de la contratación estatal, es decir no se eximen de la necesidad de incorporar en su proceso de suscripción la selección objetiva. Los convenios no se encuentran en ninguna modalidad de selección, pero tampoco fungen como una causal taxativa de contratación directa (Orozco, Lopez,Niño,2014;Barragan,2015). La reforma al régimen de contratación con entidades sin ánimo de lucro efectuada por el Decreto 092 de 2017, genera un impacto importante en la lucha contra la corrupción por cuanto, establece pautas para demostrar la idoneidad de las entidades sin ánimo de lucro y la obligatoriedad de publicación en el secop de sus procesos de selección. A pesar de que este decreto genero modificaciones importantes, se sigue generando problemas de interpretación respecto al aporte económico que puede realizar la Entidad sin ánimo de lucro, en cuanto a la necesidad de someter o no el proceso de contratación a competencia y la identificación del tipo de convenio que ha generado dificultades respecto a la idoneidad y selección objetiva dentro del proceso (Fonseca,2012; Muñoz2018;Ortiz,Perdomo,Romero,2018 ;Lopez,2020;Acelas,2022). Es así, que se considera necesario la inclusión de los convenios de asociación como tipología contractual, es decir, como una quinta modalidad de selección en el Estatuto de Contratación Pública, donde se definan las reglas que garanticen los principios de transparencia y selección objetiva, permitiendo la escogencia idónea de las entidades privadas sin ánimo de lucro (Acosta,Guarnizo,2019).

En síntesis, al analizar e identificar los mecanismos para lograr garantizar de manera idónea la selección objetiva en la suscripción de convenios de asociación se deben tener en cuenta los procesos de selección de las diferentes modalidades de contratación pública y los presupuestos normativos, así como la garantía de la libre concurrencia de oferentes. Es así que la solución debe ir encaminada al cumplimiento de la finalidad social que debe contener la suscripción de dichos convenios, garantizando la transparencia de la selección. En definitiva, es preciso determinar: ¿Por qué la libre concurrencia de oferentes garantiza la selección objetiva en la suscripción de convenios de asociación?

La libre concurrencia de oferentes como garantía de la selección objetiva en la suscripción de los convenios de asociación

En el análisis de los procesos de selección en la Contratación Estatal se evidencia que el principio de la libre concurrencia de oferentes tiene injerencia sobre el cumplimiento de la selección objetiva en las diferentes modalidades y procesos de contratación, reflejando la necesidad de evaluar la idoneidad de los futuros contratistas y el proceso competitivo idóneo para la escogencia del mismo, por esta razón, es importante analizar a partir de la normatividad colombiana, como se garantiza la selección objetiva en la suscripción de los convenios de asociación.

Inicialmente es importante partir del análisis de la norma fundamental del

estado colombiano, es decir, la Constitución Política de 1991, la cual establece en su articulado una serie de principios de la función administrativa e indicaciones referentes al proceso objeto de investigación. En primer lugar, en su artículo 209, establece los principios de la función administrativa y que la misma debe estar al servicio de los intereses generales de la nación, demostrando una relación legal con las normas reglamentarias sobre convenios de asociación las cuales indican que dicho proceso debe estar sujeto a los principios de la función administrativa, como lo son, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Por otro lado, el artículo 355 menciona la potestad que tienen las entidades públicas de celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro, siendo el mismo, bastante amplio al no contemplar la reglamentación para la celebración de estos convenios de asociación, que puede llevar a interpretaciones subjetivas por parte de las Entidades públicas, sin embargo, centra la suscripción de estos convenios con determinadas entidades y que deben ser de reconocida idoneidad, estableciendo que su finalidad es la de impulsar programas y actividades de interés público.

Igualmente, así como lo ha manifestado la Constitución Política, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 es un antecedente normativo sobre la permisibilidad de asociaciones entre las Entidades Estatales y personas jurídicas particulares, pero siempre ha expresado la prohibición

de las mismas para solventar intereses particulares y de fines conmutativos.

Ahora bien, es importante mencionar que el Estado Colombiano ha tenido varios intentos normativos para reglamentar los convenios de asociación, como lo fueron, el decreto 777 de 1992 y decreto 1403 de 1992, los cuales eran totalmente ambiguos y criticados, ya que proporcionaban una discrecionalidad absoluta a las Entidades al momento de celebrar estos convenios, viéndose como un proceso desligado a la naturaleza de la Contratación pública contemplada en la ley 80 de 1993. Durante varios años se realizaron malas prácticas que conllevaron a hechos de corrupción en la realización del mencionado proceso, y solo fue luego de veinticinco años que se expidió el decreto 092 de 2017, el cual derogo los decretos del año 1992 mencionados, manifestándose como la solución a las problemáticas presentadas en este régimen exceptuado de contratación, ya que en los artículos 7 y 8 obliga a las Entidades que la celebración de los convenios de Asociación se deben realizar acorde a las normas generales aplicables a la contratación pública, es decir, los principios contemplados en la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2017, dejando entre ver la necesidad de que en dichos convenios se establezca criterios para su suscripción enfocados a dar cumplimiento a estos principios y primordialmente el de la selección objetiva para lograr un mayor avance social y normativo ante los hechos subjetivos y de corrupción que se han presentado dentro de este régimen contractual.

Es así como el actual decreto contiene una mayor causalidad con las normas de Contratación pública y aunque el mismo no contiene explícitamente la libre concurrencia de oferentes, expresa la obligación de las Entidades de generar criterios de selección que correspondan a elegir a la Entidad sin ánimo de lucro idónea para objeto del convenio a celebrar. El artículo 4 estipula que las Entidades Estatales deberán adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista, cuando en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar es ofrecido por más de una Entidad sin ánimo de lucro, por otro lado el artículo 5 establece que si hay más de una entidad privada sin ánimo de lucro que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por Ley a una Entidad Estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección, sin embargo, aunque describe un proceso, presuntamente competitivo, sigue siendo bastante amplio y permisivo con la discrecionalidad de las entidades para definir algunos criterios de selección, creando opciones que reducen notoriamente la libre concurrencia y la pluralidad de oferentes.

No obstante, aunque en el decreto 092 de 2017 se reitera que la entidad sin ánimo de lucro debe cumplir con una serie de criterios para demostrar su reconocida

idoneidad, en su artículo 10 establece que no existe obligatoriedad de que entidades tengan registro único de proponentes, creando cierta incongruencia dentro de esta misma normativa, ya que el Estado Colombiano ha creado la figura del RUP como el medio idóneo para reflejar la capacidad jurídica, financiera y técnica de los particulares que desean suscribir contratos con el Estado.

Agregando a lo anterior, aunque los convenios de asociación no tienen una finalidad conmutativa, los mismos siguen conteniendo el gasto e inversión de recursos públicos, lo cual exige que se realice bajo criterios objetivos y más cuando dicha figura fue creada bajo el objetivo de impulsar programas y actividades de interés público.

Otro aspecto relevante del articulado del decreto 092 de 2017 es que establece la expedición de una Guía de Colombia compra eficiente para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, principalmente se reconocería la expedición de la misma, para lograr un mayor alcance a la normativa del proceso de celebración de los convenios de asociación, observando que describe algunas características que deben contener las entidades sin ánimo de lucro, sin embargo, sigue evidenciando la amplitud de la norma dejando la potestad a las Entidades en definir si se requiere o no un proceso competitivo.

Es de conocimiento que Colombia Compra Eficiente es una Entidad descentralizada, que tiene como una de sus

principales funciones la racionalización normativa para una mayor eficiencia de las operaciones en los procesos de contratación del Estado, pero aunque en la guía en relación a los convenios refleja una similitud en los criterios de selección a las establecidas para las diferentes modalidades de contratación contenidas dentro de la ley 80 de 1993, a diferencia de las guías expedidas para dichas modalidades en las cuales se observa procedimientos rigurosos, determinando diferentes etapas, criterios y términos durante toda la etapa precontractual hasta su adjudicación, previendo la protección y cumplimiento de los principios de la función administrativa y la contratación pública, la guía en mención sobre convenios no lo realiza, ya que no establece los criterios que deben tener en cuenta para realizar una selección objetiva del proponente ya sea cuando se realice por proceso competitivo o no, desconociendo así, el derecho de las Entidades sin ánimo de lucro del Estado Colombiano de concurrir a los procesos de selección.

En armonía con lo indicado, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han coincidido en reiterar que la finalidad de los convenios de asociación se limita a la realización de programas de interés público acorde a los planes de desarrollo y que pese a no encontrarse sometida a las disposiciones de la Contratación Pública, debe cumplir con los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, sin embargo, en el concepto del 24 de febrero de 2005 el Consejo de Estado, se sostuvo que cuando

se evidencie una contraprestación directa a favor de la entidad y que contenga por objeto desarrollar proyectos específicos que corresponden al giro normal de las funciones propias de la entidad estatal, no se podrá utilizar la figura de convenios de asociación y por el contrario deberá realizarse bajo las modalidades y procedimientos de la ley 80 de 1993. En contraste a lo anterior la Corte constitucional en sentencia C-372 de 1994, expresa una crítica al constituyente respecto del artículo 355 constitucional, donde si bien es cierto se prohíbe el otorgamiento de auxilios o donaciones a personas jurídicas, genera ambigüedad al no generar criterios claros en la permisión de los contratos con entidades sin ánimo de lucro, creando una posible facultad sin control fiscal y lo que podría conducir a que se destinen los recursos del Estado a fines que desconozcan el interés general y el orden justo del Estado Social de Derecho.

Igualmente, dicha inconformidad con la figura de los convenios de asociación se reitera con la Sentencia del Consejo de Estado de la sala de lo Contencioso Administrativo del 05 de julio de 2017, la cual admite la demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra unos apartes del Decreto 092 de 2017. Que, a su vez en sentencia del Consejo de Estado de la sala de lo Contencioso Administrativo del 2019, suspende de manera provisional el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 02 de 2017, los literales a y c del artículo 2, así como el inciso quinto, el inciso segundo del

artículo 3 y el inciso final del artículo 4 de la misma norma.

Es así, como en estas sentencias aunque no se expone la necesidad de proteger la libre concurrencia para garantizar la selección objetiva dentro de la suscripción de los convenios de asociación, si manifiestan que el apoyo a las entidades sin ánimo de lucro no puede estar condicionado a la inexistencia de oferta en el mercado ni, mucho menos, a la oferta de tales entidades, el artículo 355 de la Constitución, no dispone que la contratación con dichas entidades se realice cuando su ofrecimiento sea el más conveniente para la entidad, por tal motivo, el Consejo de Estado interpreta que la restricción que se introduce con el literal “c” del artículo 2 del decreto 097 de 2017 desconoce que el Estado puede introducir ventajas o incentivos respecto de determinados asuntos cuando esté interesado en su promoción o fomento, como lo prevé el artículo 355 constitucional, vulnerando así la selección objetiva dentro de este proceso, es por ello, que en dichas sentencias se resalta que no se encuentra motivo alguno para que se prescinda del proceso de selección cuando se identifique que el objeto del proceso de contratación corresponda a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica, ya que esto significaría un tratamiento privilegiado lo cual resulta violatorio de la igualdad que debe representar los procesos de contratación frente a la libre concurrencia de los proponentes que puedan llegar a cumplir con la finalidad del convenio.

Bajo lo anteriormente descrito el Consejo de estado mediante el auto que resuelve recurso de súplica, sala plena, del 15 de marzo de 2022, aunque revoca la suspensión de los efectos del inciso segundo del artículo 1 y del inciso segundo del artículo 3 del Decreto 092 de 2017, se mantuvo en las otras suspensiones provisionales reiterando que la norma impugnada desconoce el artículo 13 y 209 de la Constitución Política, pues la función administrativa en todos los eventos se debe desarrollar con fundamento en el principio de igualdad.

Es evidente la carencia de integración del ordenamiento jurídico respecto a la necesidad de garantizar la libre concurrencia y la selección objetiva dentro de los convenios de asociación, para lo cual con ánimo de suplir los silencios expuestos la jurisprudencia constitucional en sentencia C-713/09 ha reconocido que el derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado a la contratación de la administración pública, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, según el cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.

Dicho lo anterior, se puede determinar que, dentro del marco normativo sobre los convenios de asociación, se encuentra inmersa la vulneración al principio de selección objetiva generando limitantes a la libre concurrencia de oferentes en el proceso, la cual radica en la no discriminación para el acceso en la participación dentro del

proceso de selección. Es importante mencionar que el desconocimiento de estos principios en el decreto 092 de 2017 imposibilita un idóneo proceso competitivo y por el contrario faculta a las entidades Estatales de imponer condiciones desproporcionales y restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección.

Para concluir, el problema de investigación planteado a lo largo del presente trabajo radica en la falta de eficacia del ordenamiento jurídico existente, sustentada filosóficamente por el sociólogo y filósofo alemán Jürgen Habermas, observando que la soberanía popular expresada como los derechos fundamentales existentes las que garantiza la legitimidad política y la validez jurídica y en ese sentido, es eficaz en la medida en que logre la correspondencia entre el contenido de las normas y los procesos legales en los que se materializan. Es decir, el marco jurídico en Colombia sobre el principio de selección objetiva en la suscripción de convenios de asociación debe reglamentar la correcta estructura de esta modalidad de contratación estatal, produciendo con ello la eficacia de lo manifestado por la ley y lo percibido por la sociedad en ejercicio de una regulación legítima, dado que, no existen prohibiciones declaradas a las entidades estatales ni a los particulares que suscriben convenios de asociación para evitar la incorrecta aplicación del principio de selección objetiva.

Por tal motivo, es complejo precisar la relación entre lo que dicta la norma y los hechos habituales de la sociedad en esta materia en específico. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico en cabeza del Estado tiene la obligación de a través de sus cuerpos colegiados la creación de normas jurídicas que conlleven la aceptación de sus futuros destinatarios, además que estas normas tengan la eficacia al momento de su aplicación a los hechos sociales originados y que estas normas jurídicas tiendan por disminuir la vulneración al principio de la selección objetiva en el marco de la suscripción de convenios de asociación.

Conclusiones

Se evidencio que, a pesar de que en el contexto de los convenios de asociación dentro del marco de la contratación estatal, se considera fundamental que todas las modalidades de contratación existentes se rijan por los principios existentes, entre los que se encuentran la libre competencia de oferentes y la selección objetiva con este último se determina que al momento de la elección del contratista se tenga en cuenta el cumplimiento total de los requisitos definidos además que sea la persona o empresa más idónea al momento de desempeñar la actividad que se busca ejecutar, así mismo con la aplicación del principio de la libre competencia se valida el acceso al proceso licitatorio de todas las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado, mediante la adecuada publicidad de los actos previos o del llamado a licitar, evidenciando su estrecha relación con el principio de

selección objetiva sin embargo, esta elección algunas veces se ve influenciada por otros factores subjetivos evidenciando inclinaciones por un participante en particular aunque no sea la persona más calificada para la actividad.

Dicho lo anterior, se puede determinar que, dentro del marco normativo sobre los convenios de asociación, se encuentra inmersa la vulneración al principio de selección objetiva generando limitantes a la libre competencia de oferentes en el proceso, la cual radica en la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección. Es importante mencionar que el desconocimiento de estos principios en el decreto 092 de 2017 imposibilita un idóneo proceso competitivo y por el contrario faculta a las entidades Estatales de imponer condiciones desproporcionales y restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección.

Para concluir, el problema de investigación planteado a lo largo del presente trabajo radica en la falta de eficacia del ordenamiento jurídico existente, sustentada filosóficamente por el sociólogo y filósofo alemán Jürgen Habermas, observando que la soberanía popular expresada como los derechos fundamentales existentes las que garantiza la legitimidad política y la validez jurídica y en ese sentido, es eficaz en la medida en que logre la correspondencia entre el contenido de las normas y los procesos legales en los que se materializan. Es decir, el marco jurídico en Colombia sobre el principio de selección objetiva en la suscripción de convenios de asociación

debe reglamentar la correcta estructura de esta modalidad de contratación estatal, produciendo con ello la eficacia de lo manifestado por la ley y lo percibido por la sociedad en ejercicio de una regulación legítima, dado que, no existen prohibiciones declaradas a las entidades

estatales ni a los particulares que suscriben convenios de asociación para evitar la incorrecta aplicación del principio de selección objetiva.

Referencias

- Acelas, A. (2022) “*Presupuestos Jurídicos Habilitantes de la Celebración del Convenio de Asociación entre una Entidad Pública y una Entidad Privada sin Ánimo de Lucro*”. Tutor: Cesar Augusto Romero. Trabajo de Grado Magister en Derecho. Universidad Santo Tomas. Consultado el 06 de marzo de 2023 en: <https://repository.usta.edu.co/>
- Acero, A. (2016) “*Principio de selección objetiva y único oferente en la contratación estatal*”. Tutor: Fabián Rojas. Trabajo de Grado Especialización en derecho administrativo. Universidad Militar Nueva Granada. Consultado el 06 de marzo de 2023 en: <https://repository.unimilitar.edu.co/>
- Acosta, N. Guarnizo, 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”. Revista IUSTA [Núm. 52 \(2020\)](#). Universidad Santo Tomas. Consultado el 06 de marzo de 2023 en: <https://revistas.usantotomas.edu.co/>
- Barón, M. (2020) “*Informe Final de Auditoria de Regularidad*”. Bogotá: Contraloría de Bogotá D.C. Consultado el 24 de febrero de 2023 en : <https://www.idartes.gov.co/>
- Barón, M. López, E. (2018) “*La selección objetiva en la contratación directa por urgencia manifiesta*”. Trabajo de Grado Especialización en Derecho Administrativo. Universidad Santo Tomas. Consultado el 06 de marzo de 2023 en: <https://repository.usta.edu.co/>
- Barragán, J. (2015) “*La contratación pública sujeta al artículo 355 constitucional de entidades sin ánimo de lucro en el distrito capital*”. Trabajo de Grado Maestría Derecho Público. Universidad Santo Tomas. Consultado el 06 de marzo de 2023 en: <https://repository.usta.edu.co/>
- Castro, E. (2016) “*Importancia de los principios de la contratación estatal*”. Tutor: David Mendoza Beltrán. Trabajo de Grado Especialización en Finanzas y Administración Pública. Universidad Militar Nueva Granada. Consultado el 06 de marzo de 2023 en: <https://repository.unimilitar.edu.co/>
- Colombia. Colombia Compra Eficiente. (2007) Bogotá: Decreto 92 de 2017 “*Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política*”. Diario oficial No. 50.121 Consultado el 24 de febrero de 2023 <http://www.secretariassenado.gov.co/>
- Colombia. Congreso de la Republica. (1991) Bogotá: Constitución Política de Colombia. Diario oficial No. 52.379 Consultado el 22 de mayo de 2023 en: <http://www.secretariassenado.gov.co/>

- Colombia. Congreso de la Republica. (1993) Bogotá: Ley 489 de 1998 “*Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*”. Diario oficial No. 52.379 Consultado el 22 de mayo de 2023 en: <http://www.secretariassenado.gov.co/>
- Colombia. Congreso de la Republica. (1993) Bogotá: Ley 80 de 1993 “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”. Diario oficial No. 41.094 Consultado el 24 de febrero de 2023 en: <http://www.secretariassenado.gov.co/>
- Colombia. Congreso de la Republica. (2007) Bogotá: Ley 1150 de 2007 “*Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.*”. Diario oficial No. 52.379 Consultado el 22 de mayo de 2023 en: <http://www.secretariassenado.gov.co/>
- Colombia. Consejo de Estado (2005). Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto. Consultado el 22 de mayo de 2023 en: <http://www.consejodeestado.gov.co/>
- Colombia. Consejo de Estado (2006). Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto. Consultado el 22 de mayo de 2023 en: <http://www.consejodeestado.gov.co/>
- Colombia. Consejo de Estado (2007). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Tema: Libre concurrencia de oferentes Consultado el 06 de marzo de 2023 en: <http://www.consejodeestado.gov.co/>
- Colombia. Consejo de Estado (2008). Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto. Consultado el 22 de mayo de 2023 en: <http://www.consejodeestado.gov.co/>
- Colombia. Consejo de Estado (2017). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tema: Decreto 092 de 2017 Consultado el 22 de mayo de 2023 en: <http://www.consejodeestado.gov.co/>
- Colombia. Consejo de Estado (2019). Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Tema: Decreto 092 de 2017 Consultado el 22 de mayo de 2023 en: <http://www.consejodeestado.gov.co/>
- Colombia. Consejo de Estado (2022). Consejero Ponente: Rocío Araújo Oñate. Tema: Decreto 092 de 2017 Consultado el 22 de mayo de 2023 en: <http://www.consejodeestado.gov.co/>
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. (2017) Bogotá: “*Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad*”. Consultado el 22 de mayo de 2023 <https://colombiacompra.gov.co/>

- Colombia. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (1992) Bogotá: 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.*”. Diario oficial No. 52.379 Consultado el 22 de mayo de 2023 en: <http://www.secretariasenado.gov.co/>
- Colombia. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (1992) Bogotá: Decreto 1403 de 1992 “*Por el cual se modifica el Decreto 777 de 1992*”. Diario oficial No. 52.379 Consultado el 22 de mayo de 2023 en: <http://www.secretariasenado.gov.co/>
- Fonseca, O. (2012) “*Los convenios de asociación - una mirada desde el estatuto contractual y el distrito capital*”. Tutor: Félix Hoyos. Trabajo de Grado Maestría en Derecho con profundización en Derecho Administrativo. Universidad Nacional de Colombia. Consultado el 06 de marzo de 2023 en: <https://repositorio.unal.edu.co/>
- Galvis, I. (2018) “*Principales prácticas restrictivas a la libre competencia ejecutadas por los oferentes en el marco de procesos de selección de contratistas del estado*”. Trabajo de Grado en Contratación Estatal. Universidad Santo Tomás. el 06 de marzo de 2023 en: <https://repositorio.usta.edu.co/>
- García, G. (2020) “*Registro Informe Definitivo Modalidad Exprés*”. Tolima: Contraloría Departamental del Tolima, Consultado el 24 de febrero de 2023 en: <http://www.webcontraloria.gov.co>
- Gómez, A. (2020) “*Contratación directa en el sector defensa, ¿un proceso de selección objetiva?*”. Tutor: Cesar Alberto Correa. Trabajo de Grado Magister en Derecho Contractual público y privado. Universidad Santo Tomas. Consultado el 06 de marzo de 2023 en: <https://repositorio.usta.edu.co/>
- Gutiérrez, E. (2019). “*Reconocimiento y promoción del principio de libre concurrencia en la licitación pública a través de la normatividad colombiana*”. Tutor: Ricardo Ariza. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Consultado el 06 de marzo de 2023 en <https://repositorio.ucatolica.edu.co/>
- Hernández, M. (2015) “*Principio de la Selección Objetiva en los Contratos de Prestación de Servicios Profesionales y de Apoyo a la Gestión.*”. Trabajo de Grado Especialización en Contratación Estatal. Universidad Santo Tomas. Consultado el 06 de marzo de 2023 en: <https://repositorio.usta.edu.co/>
- López, Y. (2020) “*Análisis crítico del régimen aplicable de los contratos para impulsar programas de interés público y convenios de asociación*”. Tutor: Cesar Antonio Cohecha. Trabajo de Grado Maestría en Derecho con profundización en Derecho Administrativo. Universidad Nacional de Colombia. Consultado el 06 de marzo de 2023 en: <https://repositorio.unal.edu.co/>

- Miranda, M. (2015) “*La selección objetiva en la contratación pública colombiana entre el principio y la regla*”. Tutor: German Lozano Villegas. Trabajo de Grado Maestría en Contratación. Universidad Santo Tomas. Consultado el 06 de marzo de 2023 en: <https://repository.usta.edu.co/>
- Muñoz, M. (2018) “*Modificaciones al régimen especial de contratación de las entidades sin ánimo de lucro en Colombia*”. Tutor: Gilma Yamile Cubillos. Trabajo de Grado Especialización Derecho Administrativo. Universidad Santo Tomas. Consultado el 06 de marzo de 2023 en: <https://repository.usta.edu.co/>
- Nieves, J. (2017) “*El principio de selección objetiva en la licitación pública: Análisis desde la etapa precontractual*”. Revista Verba Iuris, 12(37), pp. 13-24. Universidad Libre. Consultado el 06 de marzo de 2023 en: <https://revistas.unilibre.edu.co/>
- Orozco, L. López, M. Niño, S (2014) “*Aplicación del principio de la selección objetiva en la celebración de los convenios administrativos de interés público*”. Tutora: María Lucia Sierra. Trabajo de Grado Especialización en Gestión Pública. Universidad de Santander UDES. Consultado el 06 de marzo de 2023 en: <https://repositorio.udes.edu.co/>
- Ortiz, J. Perdomo.S. Romero, L.(2018) “*Contratación estatal directa con entidades sin ánimo de lucro: revisión de las condiciones de selección a partir del decreto 092 de 2017*”. Trabajo de Grado Especialización Derecho Administrativo. Universidad Santo Tomas. Consultado el 06 de marzo de 2023 en: <https://repository.usta.edu.co/>
- Peña, M. Rivera, C. (2022) “*Cómo se vulneran los principios de la contratación estatal, en especial el de economía, selección objetiva y publicidad en la declaratoria de urgencia manifiesta, en época de pandemia*”. Trabajo de Grado Especialización en Derecho Administrativo. Universidad Libre. Consultado el 06 de marzo de 2023 en: <https://repository.unilibre.edu.co/>
- Peñaranda, A. Camargo, O. (2015) “*Las entidades que desdibujan la contratación directa en Colombia*”. Tutor: Hugo Sanchez. Trabajo de Grado Especialización en Contratación Estatal. Universidad Santo Tomas. Consultado el 06 de marzo de 2023 en: <https://repository.usta.edu.co/>
- Villamizar, J.Delgado,J. Bayona,C (2019) “*Principios de igualdad, libre concurrencia y selección objetiva en la Contratación Estatal*”. Revista IUX PRAXIS, [Vol. 3 Núm. 1 \(2019\)](#), pp. 133-150. Universidad Libre. Consultado el 06 de marzo de 2023 en: <https://revistas.unilibre.edu.co/>

