



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS DE ASOCIACIÓN E INTERÉS PÚBLICO,  
ENTRE EL EJERCICIO DEL PODER DISCRECIONAL DE LA  
ADMINISTRACIÓN Y LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA  
CONTRATACION ESTATAL EN COLOMBIA

AUTOR  
VÍCTOR A. NARANJO C.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA  
2014

LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS DE ASOCIACIÓN E INTERÉS PÚBLICO,  
ENTRE EL EJERCICIO DEL PODER DISCRECIONAL DE LA  
ADMINISTRACIÓN Y LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA  
CONTRATACION ESTATAL EN COLOMBIA

AUTOR  
VÍCTOR ANTONIO NARANJO CELY

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

MAGISTER EN DERECHO CON PROFUNDIZACIÓN EN DERECHO  
ADMINISTRATIVO

Director:  
DR EDGAR ANDRÉS QUIROGA NATALE

Línea De Investigación:  
CONTRATACIÓN ESTATAL

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA  
2014

Agradecimientos: A Gloria C. , Oriana y J.Sebastian por su concluyente apoyo para cumplir esta tarea.

## RESUMEN

Los gobiernos a nivel Nacional, Departamental, Distrital y Municipal, están facultados por el artículo 355 de la Constitución política de 1991, a orientar recursos de sus propios presupuestos para impulsar programas de interés público, mediante la celebración de contrato o convenios administrativos de asociación e interés general con entidades privadas sin ánimo de lucro; en atención al mismo postulado se ha reglamentado a través de los Decretos 777 y 1403 de 1992 y el 2459 de 1993, y sobre él han promulgado abundante jurisprudencia, pero no se ha logrado aportar los criterios que le permitan al ordenador del gasto, adelantar la labor de elegir al asociado de la administración, sin que se ponga en juego los principios de planeación y selección objetivo de la contratación estatal; en ese marco se han estudiado los convenios administrativos de asociación e interés general, celebrados por la Secretaria Distrital de Integración social de Bogotá para la ejecución del programa de seguridad alimentaria de la población vulnerable, en las administraciones de 2004 - 2007 y 2008 - 2011, identificando que se tuvo de referente a categorías como: construcción de consensos, la cooperación, la autorregulación de las organizaciones, corresponsabilidad, la configuración de la espacios dialógicos que llevan a constituir lo que se conocen con el concepto de lo semipúblico, en las relaciones entre las entidades públicas y los particulares rompiendo el estrecho concepto de contrato establecido en la constitución política, la reglamentación y la jurisprudencia.

**Palabra clave:** Convenios de asociación, Entidades sin ánimo de lucro, relaciones semipúblico, discrecionalidad y contratación estatal, cooperación y consensos.

ADMINISTRATIVE ASSOCIATION AGREEMENTS AND PUBLIC INTEREST BETWEEN THE EXERCISE OF DISCRETIONARY POWER OF ADMINISTRATION AND APPLICATION OF THE PRINCIPLES OF STATE CONTRACTING IN COLOMBIA

### ABSTRACT

Governments at national, departmental, district and municipal levels have the power to channel resources from their budgets to foster programs of public interest in fulfillment of article 335 of The National Constitution (1991) through the

conclusion of contracts or administrative agreements associated with nonprofit organizations, this point has been regulated by the Decrees 777 and 1403(1992) and decree 2459 (1993). In spite of the jurisprudence little has been achieved regarding the criteria that allows the expenditure's officer select the associate of the administration without putting at stake the principles of planning and objective selection of the state contracting. Within this framework, the administrative agreements concluded by District Secretary for the execution of food safety programs have been researched in the governments in the years 2004-2007 y 2008-2011, and it was identified that the following categories were references: consensus building, cooperation, organization self-regulation, co-responsibility, the configuration of dialogic spaces which lead to the constitution of what it is known as semipublic in the relationship of private and public entities breaking away from the concept established in the constitution, regulation and jurisprudence.

**Keywords:** Associate agreement, non-profit organizations, semi-public relationships, discretionary and state contracting, cooperation and consensus.

# CONTENIDO

CONTENIDO .....	4
INTRODUCCIÓN .....	1
1 ORIGEN DE LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS DE ASOCIACIÓN E INTERÉS PÚBLICO.....	5
1.1. Origen y Alcances Del Artículo 355 De La Constitución Política De 1991 .....	5
1.2. Entidades Sin Ánimo De Lucro.....	14
1.3. Reglamentación Del Contrato Emanado Del Artículo 355 Superior.....	19
2. LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICAS Y LOS PROCESOS DE SELECCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	25
2.1. Los Contratos y convenios en la administración pública.....	25
2.2. El Ejercicio Del Poder Discrecional De La Administración.....	29
2.3. La Planeación en la contratación pública y el principio de selección objetiva.....	31
2.4. Modalidad de la Contratación Directa.....	34
2.5. Una Visión Integracionista de La Participación De Los Particulares En Las Actuaciones De La Administración.....	36
3. LOS CONVENIOS DE ASOCIACIÓN EN EL DISTRITO CAPITAL .....	40
3.1. Marco General Legal Inherente a La Contratación Estatal En Distrito Capital .....	40
3.1.1. El Estatuto Orgánico de Bogotá D.C.....	40
3.1.2. Acuerdo 257 de 2006 y Decreto 607 de 2007 .....	43
3.2. Criterio Para La Celebración De Convenios En El Distrito Capital.....	45
3.2.1. Concepto No. 32 de 2004 .....	46
3.2.3. Circular No. 12 de 2004 y Concepto 016 de 2005.....	51
3.2.4. Concepto No. 18 de 2008 .....	56
3.3. La Seguridad alimentaria la participación de los particulares y su reglamentación.....	57
3.3.1. Decreto 052 de 2004.....	57
3.3.2. Decreto 457 de 2006.....	59
3.3.3. Decreto 389 de 2009 .....	62
3.4. El Concepto De Inclusión Social Y Las Relaciones Particulares Administración Pública.....	64
CONCLUSIONES .....	67
BIBLIOGRAFIA.....	73

## INTRODUCCIÓN

En el Distrito Capital, luego de promulgada la Constitución Política de Colombia en 1991, se da una proliferación de los convenios administrativos de asociación e interés público, paralelamente el Estado dictaminó unos mandatos legales, decretos y reglamentos para dar el soporte legal a esta actuación administrativa; las altas Cortes han producido un cuerpo considerable de jurisprudencia, pero estos preceptos aun son incompletos, presentan vacíos e imprecisiones, dejando un amplio margen a la discrecionalidad de los ordenadores del gasto al momento de celebrar los convenios administrativos de asociación e interés público, en especial referente a la selección del asociado, puesto que las tres cualidades que debe reunir éste es, según el precepto Constitucional, ser una entidad privada sin ánimo de lucro, con reconocida idoneidad y sus objetivos tengan coincidencia con los planes de desarrollo de la entidad, resultan insuficientes.

Ante esta realidad surge el siguiente interrogante ¿La administración en ejercicio del poder discrecional para la selección del asociado, en la celebración de los Convenios administrativos de asociación e interés públicos, a qué cánones legales y jurídicos acude para una plena observancia de los principios de planeación y selección objetiva del régimen de contratación estatal colombiano?, en particular en los celebrados en la Secretaria Distrital de Integración Social del Distrito Capital, en las dos últimas administraciones distritales para la ejecución de los programas de seguridad alimentaria de la población vulnerable.

Esas tres características tal como están formuladas se tornan amplias y generales, el desarrollo legal y reglamentario, no precisa ni determina la presencia de otros elementos complementarios ni establece criterios que sirvan de referencia para efectuar el ejercicio de escogencia de la entidad privada como asociada, en la celebración de los Convenios administrativo de asociación e interés público.

Pretendiendo dar una acertada respuesta al interrogante formulado se podría afirmar que la administración del Distrito Capital, ésta obligada a observar tres criterios fundamentales para llevar adelante la tarea de selección de los asociados: una, atender a la esencia del artículo 355 superior, cimentada en los parámetros de justicia distributiva y de interés general; dos, la búsqueda de formas de participación de los particulares e interacción entre estructuras organizativas e instituciones ligadas a la planeación, las alianzas y los consensos, en la inversión de los recursos públicos y tres, la ejecución de las políticas públicas en el sector social con organizaciones privadas que ostenten la capacidad de emprender procesos de autorregulación y comportamientos dentro el concepto de lo semipúblico.

En ese orden de ideas la celebración de los convenios administrativos de asociación e interés general, son más que una modalidad del ejercicio de la contratación de las entidades públicas y se inscriben como lo dijo en uno de sus pronunciamientos el Consejo de Estado “*seestructuran bajo la idea de lo que busca realmente es una suerte alianza de fuerzas, público y privadas, para lograr un mismo propósito*”; enfoque que ha incidido profundamente en los referentes legal de los ordenadores del gasto a la hora de celebrar los convenios, en donde además de los principios del régimen de contratación estatal han entrando en juego otros tipo de factores.

Los criterios metodológicos que orientaron el trabajo investigativo se basaron en adelantar un análisis de la jurisprudencia existente sobre el tema, mediante el método lógico deductivo. La revisión, reseña y comentario sobre el cuerpo de leyes, decretos, reglamentos, circulares y demás disposiciones producidas por los entes Distritales referentes a la celebración de los convenios de asociación para operar la política pública de seguridad alimentaria, se efectuó a través del método lógico analítico.

Los resultados de este trabajo se presentan en tres capítulos los cuales están distribuidos así: En el primero, se reconstruye los orígenes de los convenios de asociación e interés general el cual se establece, según la jurisprudencia, con el cometido estatal del siglo XIX, de fomentar las actividades de las organizaciones de beneficencia y utilidad común y esta práctica se fue distorsionado hasta constituirse en uno de los mecanismos de apropiación indebida de los recursos públicos por los miembros del congreso.

Allí se registra esa práctica corrupta se elevo a grandes proporciones erigiéndose en uno de los símbolo de las prácticas abominables de la administración pública denominado “auxilios parlamentarios” lo que llevo a ser uno de los temas de la constituyente de 1991, la que despojo de esa facultad a la rama legislativa y en el artículo 355 de la Constitución Política solo autorizó la transferencia de recursos públicos a los miembros de la rama ejecutiva e introdujo las relaciones contractuales como el mecanismo de control y responsabilidad del particular beneficiario de la transferencia de los recursos para que esos recursos públicos se invirtieran en objetivos de interés general y utilidad común.

En este capítulo se encontrarán los elementos entregados por la jurisprudencia que permiten comprender los alcances del artículo 355 destacándose las características que debe reunir el privado para ser objeto de entrega de recursos, esto es la entidades sin ánimo de lucro, su idoneidad y coincidencias con los planes de desarrollo nacional, regional o/y los de la entidad pública de donde provienen los recursos y la valoración jurisprudencial respecto a los desarrollos legislativo y reglamentario del artículo 355 superior esto son los decretos 777 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993 y los artículos 95- 96 de la ley 489 de 1998.



En síntesis en este capítulo se demuestra que el Convenio de Asociación e interés general, es un mecanismo que tiene sus orígenes en la política de fomento del Estado para con las entidades de utilidad común y beneficencia; mecanismo objeto de reformas que buscaron la eficacia de la política estatal en el apoyo a organizaciones cuyo objetivo sea el auxilio, pero la práctica corrupta de algunos miembros del congreso la llevaron al desprestigio obligando a su reestructuración en la Constitución de 1991, en donde se determino que los únicos beneficiarios de la transferencia de recursos públicos serían las entidades privadas sin ánimo de lucro, ligándola a la figura de contrato sometida a los controles y garantías de esta categoría jurídica.

En el segundo capítulo se destacan las formas de actuación de la administración, en particular los actos, contratos y convenios, estableciendo las diferencias sobresalientes de estas tres figuras; subrayando allí la formación de la voluntad de los contratos en donde participan más de una parte frente al acto administrativo el cual es creación de la expresión unilateral o única de la voluntad de la administración; al igual que se analiza la manera de presentarse la discrecionalidad de la administración pública en las decisiones referidas a la contratación, el papel que juegan los principios de planeación, selección objetiva y la modalidad de contratación directa en la celebración de los contratos y convenios de la administración.

Cerrando el capítulo se encuentran los planteamientos que sustentan el surgimiento de conceptos que permiten entender y proyectar las nuevas formas de relacionamiento entre la administración pública y los particulares basadas en formas que superan las relaciones contractuales las cuales se inspiran en la construcción de consensos, la cooperación, la autorregulación de las organizaciones, la configuración de la espacios dialógicos que llevan a constituir lo que se conocen con el concepto de lo semipúblico.

Si bien la administración pública en su labor de celebrar contratos en procura de buscar los aliados para lograr cumplir los fines estatales debe observar los principios de planeación y selección objetiva, en la suscripción de los convenios de asociación e interés general los elementos de estos principios se flexibilizan y toman fuerza otro tipo de criterios que posibilitan dar respuestas acertadas a la participación de los particulares, en calidad de aliados que comparten objetivos y superan las estrechas márgenes que marca el concepto de contrato.

En el tercer capítulo de este trabajo se reseña, analiza y valora los decretos, reglamentos, circulares y conceptos que la Secretaria General y la Dirección jurídica del Distrito Capital, de las administraciones de 2004-2007 y 2008 - 2011 han emitido para orientar la ejecución de los programas de seguridad alimentaria de la población vulnerable, la celebración de convenios con las entidades sin ánimo de lucro y la Secretaria de Integración Social del Distrito Capital.

Se destaca la referencia de que es objeto la jurisprudencia sobre el artículo 355 de la Constitución política, tema de estudio en la primera parte de este trabajo; el significado de la participación de los particulares en la ejecución del programa distrital de seguridad alimentaria y la inclusión social; el aporte de dinero de los beneficiarios, el rol de la organización social, en una nueva visión de las relaciones de los particulares y la administración pública en el Distrito Capital bajo el concepto de cooperación, consenso, la autorregulación y el espacio de lo semipúblico que superan los principios de selección objetiva, planeación y las categorías de lo contractual.

# **1 ORIGEN DE LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS DE ASOCIACIÓN E INTERÉS PÚBLICO**

Siendo los convenios administrativos de asociación e interés público, uno de los elementos esenciales del ejercicio investigativo se hace necesario determinar de donde aparece tal mecanismo, su reconocimiento en la Constitución Política colombiana, el uso de ese mecanismo que le han dado los sujetos estatales, entender las razones que lo llevaron a ser uno de los principales temas en la reformas de mayor profundidad e integralidad que haya tenido en la historia contemporánea la sociedad colombiana.

Y dentro los temas que fueron objeto de esos cambios están la relación del Estado con los particulares, en especial la participación de estos en el cumplimiento de los fines y los cometidos estatales consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política; por esto en esta parte del trabajo se busca precisar los motivos que llevaron a los constituyentes de 1991 a tener dentro sus tareas ajustar el tema de la transferencia de recursos públicos como una de las formas en que el Estado se relaciona con los particulares.

En este capítulo se trata por una parte de identificar los orígenes de los convenios administrativos de asociación e interés público, el uso antes y después de la constituyente de 1991, los motivos que llevaron a que fuera tratado en ese evento y las decisiones de mayor trascendencia que esta instancia deliberativa de la sociedad colombiana tomo, a este respecto. También hará parte de este capítulo las entidades sin ánimo de lucro, elemento esencial dentro el precepto constitucional y se analizara los desarrollos legales y reglamentarios relativos a los convenios administrativos de asociación e interés público.

## **1.1. Origen y Alcances Del Artículo 355 De La Constitución Política De 1991**

Desde tiempo atrás se contemplo que el Estado apoyaba a las entidades de beneficencia y de utilidad común, como uno de los mecanismos de fomento con los que se lograba promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los derechos y un instrumento para potenciar la participación de los particulares en la actividad administrativa.

El atributo entregado a las instancias públicas como el congreso y las Asambleas departamentales para que por medio de leyes y ordenanzas, respectivamente, utilizaran las facultades de fomentar las empresas de utilidad común o

beneficencia dignas de estímulo y apoyo, viene desde el reconocimiento hecho por la Constitución Nacional de 1886.

Este mismo propósito en la vida legislativa se fue reformando conociéndose actos como el legislativo número 1 de 1945, respecto al fomento de las empresas útiles y benéficas dignas de estímulo y apoyo por parte del Congreso, en donde se planteó que solo podrán hacer objeto a que desarrollaran actividades “con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes”

En ese sentido se promulgó el acto legislativo No. 1 de 1968, el cual consolidó las facultades a los miembros del Congreso, a las Asambleas departamentales y los Concejos municipales para entregar recursos del erario público a particulares con el propósito de fomentar las empresas de utilidad común y beneficencia, con sujeción a los planes nacionales, regionales y locales. Es decir que las empresas favorecidas por el presupuesto nacional debía encajar sus objetivos con los planes aprobados a nivel nacional y /o local.

En esa dirección la Constitución del 1886, los actos legislativos de 1945 y la reforma del 68 facultaron al congreso nacional y Asambleas departamentales para que apoyaran a empresas de utilidad común y de beneficencia, entregando recursos públicos destinados a lograr las misiones altruistas de esas organizaciones; pero con el transcurso del tiempo esta práctica se pervirtió y se transformó en una de las maneras en que personajes inescrupulosos y ambiciosos se apropiaron del erario público para satisfacción propia.

La Corte Constitucional en una de sus sentencias al evaluar esta práctica plantea: “Debe advertirse que el objetivo que en este campo de la reforma de 1968 pretendía realizar, se cumplió cabalmente durante las primeras etapas de vigencia de la misma: Las cuotas presupuestales que cada uno de los congresistas recibían eran invertidas en sus respectivas circunscripciones electorales para el impulso de empresas útiles o benéficas. Empero, bien pronto, prácticas politiqueras empezaron a desvirtuar el fin para el cual fue concebida la norma comentada, generando una distorsión de tal magnitud que vino a constituirse en una de las mayores fuentes de corrupción, desprestigio y envilecimiento de la función legislativa”<sup>1</sup>

Justamente uno de temas de mayor anhelo popular para que fuera tratado por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, estuvo en los denominados auxilios parlamentarios, al respecto el Constituyente primario introdujo la prohibición, en el artículo 355 de la Constitución Política estatuyendo en la primera parte que: “ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios y donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”; el argumento central de esta decisión se encuentra en el crecimiento desmesurado de los montos del presupuesto nacional que se destinaban para los denominados

---

<sup>1</sup> Corte constitucional sentencia C- 372 del 24 de agosto de 1994, Magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa

auxilios parlamentarios, se lee en la exposición de motivos del proyecto de acto Constituyente de vigencia inmediata, citada por la sentencia C-372 de 1994:

“La evolución de las cuantías destinadas a auxilios parlamentarios ha tomado características alarmantes en el tiempo reciente. Mientras en 1980 y 1990 crecieron en un promedio de 21.9% anual, hasta llegar a doce mil millones de pesos en el último de tales años, para 1991, la partida decretada por el congreso y distribuida entre los diversos ministerios, supera los veintisiete mil millones. Es decir, para el año en curso el total decretado dio el impresionante salto de doce mil a veintisiete mil millones, superando en más de seis veces el promedio anual de los últimos once años. ¿Sería el último estertor de un sistema que todos sabíamos que llegaría a su fin en la Asamblea Constituyente?”

Varios aspectos para resaltar de las anteriores afirmaciones de la Corte Constitucional, por una parte está el enfoque del orden social en que estaba inspirada la figura de los llamados “auxilios parlamentarios” lo que por si no lo hacían perverso o contrario al orden legal, dejando claro que la falta de regulación abrió el espacio para que se distorsionara el sentido de la norma; esa amplitud con que se tomaba la decisión se presentaba en dos vías una, la de selección de los beneficiarios de los recursos y dos la orientación de la inversión de esos recursos.

A este respecto se conoce según la jurisprudencia de la Corte Constitucional “La prohibición de decretar auxilios o donaciones a personas naturales o jurídicas o de derecho privado, solo tiene excepción que la misma constitución establece o que se deriva de sus normas. Todo subsidio estatal a usuarios de un servicio público o beneficiarios de una inversión pública, necesariamente, posee un componente de transferencia de recursos del Estado a un particular, que deja de tener una inmediata contraprestación, total o parcial a cargo de éste. A luz del artículo 355 de la CP, puede afirmarse que los subsidios del Estado a los particulares, por regla general, se encuentran prohibidos. La excepción sólo es procedente si el subsidio por la ley, se basa en una norma o un principio constitucional, resulta imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado”<sup>2</sup>.

La Asamblea Nacional Constituyente, luego de recoger los distintos argumentos relacionados con la valoración de la utilización del mecanismo de transferencia de recursos, estableció la censuró a esa práctica de manera clara y concluyente para la rama legislativa, sin que ello implique la negación del apoyo del Estado a las políticas sociales por medio de la participación de los particulares organizados.

Ante el impacto que dejó el desmonte de los denominados “auxilios parlamentarios” es conveniente traer a colación lo afirmado por la Corte constitucional:

---

<sup>2</sup> Corte constitucional C-sentencia 205 de 11 de mayo de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

“Esta Corporación ha tenido la oportunidad de determinar, en varias oportunidades, los alcances de la prohibición constitución no prohíbe que el Estado transfiera a los particulares, sin contraprestación económica, recurso públicos, siempre y cuando tal transferencia tenga un sustento en principios y derechos constitucionales expuestos. Esa es la única forma de armonizar la prohibición de los auxilios y donaciones (C.P. Artículo 355) con los deberes sociales de las autoridades colombianas, que derivan de la adopción de la fórmula política del Estado social de derecho (C.P. artículo 1) y de los fines que le son inherentes (C.P. Artículo 2), entre los cuales ocupa un lugar preponderante la búsqueda de un orden justo, en donde la igualdad sea real y efectiva (C.P. artículos 2 y 13).

No basta entonces con señalar que el Estado está efectuando una transferencia de un recurso estatal a un particular, sin contraprestación, para concluir que estamos en frente de un auxilio prohibido por el artículo 355 de la Carta. En efecto, si tal cesión gratuita cuenta con un fundamento constitucional expreso, no se trata de una donación prohibida por la Carta sino, por el contrario, del cumplimiento de deberes constitucionales atribuidos al Estado”<sup>3</sup>.

Lo que permite afirmar la anterior aseveración es que la Constitución política limita la transferencia de recursos a particulares y añade que para que esa práctica sea posible debe estar orientada a contribuir al cumplimiento de los propósitos constitucionales, en un alto sentido de utilidad común despojado de intereses individuales, la discrecionalidad del ordenador del gasto o actor administrativo, se estrecha y su decisión está anclada a principios del bien común e interés general.

La proscripción del constituyente del instrumento de transferencia de recursos públicos dio paso a una nueva forma de injerencia Estatal puesto que “ A través del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución de 1991, se trasladó la facultad altruista que autorizaba la constitución de 1886 a favor de las entidades sin ánimo de lucro del congreso al gobierno nacional, en todos sus niveles, sujetándola a la previa celebración de un contrato y, siempre que: (i) La entidad sin ánimo de lucro sea de reconocida idoneidad. (ii) Se busque impulsar programas o actividades de interés público (iii) Estos programas o actividades se encuentren acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo (iv) La contratación se realice en los términos previstos en el reglamento expedido por el gobierno nacional con tal propósito.”<sup>4</sup>

En la perspectiva de limitar y controlar el mecanismo de transferencia de recursos públicos a particulares, se incluye el concepto de contrato, el cual posibilita imponer obligaciones a los participantes del mecanismo que lleve a garantizar la

---

<sup>3</sup>Corte Constitucional, sentencia C- 251, del 6 de junio de 1996 M.P. Alejandro Martínez Cabal

<sup>4</sup> Corte constitucional sentencia C-324 del 13 de mayo de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez

materialización de los fines que motivaron la realización de la asignación del recurso, esto además posibilita el ejercicio de controles por parte de sujetos distintos a los involucrados; el acuerdo de voluntades entre el Estado y el particular es el requisito para acceder al apoyo por parte de recursos públicos.

Ese acuerdo de voluntades es sometido a requisitos no solo propios de la naturaleza del concepto de contrato, sino que está ligado a otros tipo de condiciones, por una parte son los entes de la administración, el ejecutivo los únicos autorizados para utilizar el mecanismo; la otra parte, a los particulares está limitada la participación, puesto que ellos deben demostrar cualidades en el sentido ser entes capacitados para emprender las actividades que demanda el cumplimiento del objeto del acuerdo de voluntades.

“A más de las anteriores conclusiones parciales, se advierte como, el inciso primero del artículo 355 superior puede encontrar contradicciones con la facultad del Estado de crear y aplicar instrumentos económicos de fomento a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado con los deberes propios de un Estado social de derecho. De la misma manera se puede anticipar, que el inciso segundo del mismo artículo restringe de manera absoluta cualquier apoyo de carácter benéfico o altruista que puede otorgar el Estado a entidades sin ánimo de lucro sin que medie la celebración de un contrato”<sup>5</sup>.

Nótese que el precepto citado en su parte segunda abre la posibilidad para que la administración pueda transferir recursos de sus presupuestos a entidades sin ánimo de lucro, las ESAL, serían las organizaciones de utilidad común y beneficencia del que ha hablado el régimen Constitucional pasado, de lo que se infiere que el Constituyente del 91 no coartó a la administración para que usara el mecanismo de transferencia de recursos públicos a particulares, lo que hizo fue establecer el cumplimiento de condiciones que permitan ejercer un control de la ejecución de esos recursos para ello dictamino la siguientes condiciones:

- El beneficiario debe ser una persona jurídica sin ánimo de lucro
- Esa persona jurídica debe contar con reconocida idoneidad
- Los recursos deben provenir del presupuesto de la entidad pública
- Las entidades estatales deber pertenecer al sector gobierno en uno de los niveles.
- La inversión de los recursos se deben destinar a actividades o programas que coincidan con los planes de desarrollo de la entidad estatal.
- Se debe celebrar un contrato entre la entidad que aporta el recurso y la organización receptora.

A este respecto se refiere la jurisprudencia de la Corte Constitucional: si bien la prohibición de la primera parte del artículo 355 de la carta, obedecen a las

---

<sup>5</sup>Idem, Sentencia C- 324 Henao, de 2009

circunstancias que han quedado reseñadas, no puede pensarse en forma absoluta que la norma haya consagrado la supresión del “fomento a las empresas útiles y benéficas dignas de apoyo”, que continúan siendo, un modo de gestión de actuación directa o indirecta y de intervención del Estado en el campo de la actividad privada con el fin de cumplir los variados fines del Estado Social de Derecho. Lo que sucede simplemente es que en la norma en referencia se previsto un mecanismo especial para cumplir con el objetivo de ciertas actividades de interés público - la contratación, “con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo”<sup>6</sup>.

Con las interpretaciones de la Corte Constitucional, queda entonces asegurado, que lo que hizo el Constituyente del 91 no fue prohibir de manera rotunda el mecanismo de transferencia de recursos públicos a particulares para cumplir algunos objetivos estatales, lo que hizo fue limitar el uso de ese mecanismo a ramas distintas a la ejecutiva y agregar condiciones que ésta debe tener en cuenta cuando recurra a esa prerrogativa.

Resalta para el objeto de esta investigación de las seis condiciones, establecidas en el artículo 355 de la Constitución política y enumeradas anteriormente, las relacionadas con las características que deben cumplir los beneficiarios del recurso, esto es que sean persona jurídica y que gocen de reconocida idoneidad, y por otro lado, la obligatoriedad de celebrar un contrato, como figura que brinda seguridad de que los recursos en realidad serán ejecutados dentro el marco de los postulados de la justicia distributiva y el interés general

El Consejo de Estado en “Sala concluye que tanto por su ubicación en el contexto de la Carta como por la precisión en el uso de los términos, la expresión, “recursos de los respectivos presupuestos” no pudo ser más explícita en cuanto a la intención del constituyente de restringir el fomento de actividades particulares a la disponibilidad de apropiaciones que sólo pueden haber sido decretadas por ley anterior y destinadas para cumplir el plan de desarrollo. En últimas se trata de que los recursos públicos que pueden comprometerse en los contratos autorizados por el artículo 355 son exclusivamente de naturaleza dineraria, pues a éstos corresponden las fuentes de ingresos relacionadas en la ley orgánica del presupuesto cuando desarrolla las normas constitucionales referentes al presupuesto de rentas”<sup>7</sup>.

Es aquí en donde se encuentra el origen de los convenios administrativos de asociación e interés público, inscritos dentro el enfoque participativo de la Constitución Política de 1991, siendo este un mecanismo para que los administrados compartan tareas y actividades con las administración; es así como los particulares acompañan a las entidades públicas a cumplir los fines estatales.

---

<sup>6</sup> Corte constitucional sentencia 316 del 19 de julio de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell

<sup>7</sup> Consejo de Estado, sentencia del 3 de septiembre 2009 número interno No. 195. MP. Enrique José Arboleda Perdomo



En esa medida el Consejo de Estado expresa que “es importante reiterar que la expedición del artículo 355 de la Carta obedeció a la imperiosa necesidad de eliminar la deformación de la actividad de fomento que había terminado en el despilfarro del erario público. Sin embargo, el Constituyente no olvidó que había entidades sin ánimo de lucro que se debían seguir apoyando, para lo cual decidió utilizar el mecanismo de la contratación con el único fin de controlar el uso de los recursos y el cumplimiento de la actividad de apoyo, regulación que no fue pensada como un régimen diferente, especial o alternativo de contratación, frente al cual se puede optar para no aplicar el Estatuto General de la Contratación Administrativa.

En efecto, dichos contratos según lo dispuso el constituyente, se estructuran bajo la idea de que lo que se busca realmente es una suerte alianza de fuerzas, públicas y privadas, para lograr un mismo propósito, donde en veces el sector público podrá aportar todo el dinero mientras la parte privada sin ánimo de lucro aportará la experiencia o el personal o las instalaciones o viceversa, según sea el caso”.<sup>8</sup>

Así, no podría darse un contrato conmutativo, en el cual se advierta un intercambio o venta de bienes o servicios, sino un convenio para colaborar en el cumplimiento de sus misiones, lo que se permite al coincidir el objeto social del privado que actúe sin ánimo de lucro con la actividad que el Estado quiere impulsar.

En esta medida es oportuno aclarar que si bien la carta constitucional introduce la celebración de contrato entre la administración y la personería jurídica sin ánimo de lucro que hace la recepción del recurso público, la naturaleza de éste va mas allá de las características básicas de un acuerdo de voluntades del régimen privado como son las obligaciones mutuas y equivalentes entrando en juego otros factores de índole socio - jurídico que permiten la materialización de esta figura.

Es de anotar que: “el artículo 355 de la constitución permite la celebración de un tipo especial de contratos con entidades sin ánimo de lucro, que por naturaleza ejecutan actividades sin el propósito de existencia de una contraprestación para el contratante, que es un elemento de la esencia del contrato; además de diversos estatutos legales que permiten la realización de una serie de vínculos jurídicos con características distintas del contrato”<sup>9</sup>.

En esos compromisos suscritos entre el Estado y las entidades sin ánimo de lucro tiene relevancia el aporte que cada una de las partes hace para rodear de garantías la ejecución y cumplimiento del acuerdo de voluntades, en particular la

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio civil 25 de septiembre de 2008.M.P. José Enrique Arboleda Perdomo, Número interno 1911.

<sup>9</sup> SOLARTE MAYA, Felipe Alirio, *Contratos Estatales Atípicos*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá:2010 Pag.32

transferencia de recursos de las entidades públicas a entidad privada sin ánimo de lucro, siendo este tema el artífice de las decisiones que acogió el artículo 355 de la Constitución política; en ese sentido para la doctrina constitucional sobre el tema de las facultades de asignar recursos o bienes públicos aparticulares “la Corte Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el contenido del artículo 355 de la Carta. Según la doctrina constitucional vigente, en principio la Constitución prohíbe toda donación de recursos públicos. Sin embargo, lo anterior no significa que el Estado no pueda implementar políticas sociales o económicas que tengan como herramienta la asignación de bienes o recursos sin una contraprestación directa e inmediata a cargo del beneficiario.

Por el contrario, en un Estado social de derecho, el Estado tiene ciertas obligaciones sociales que se concretan, entre otras, en la asignación de bienes o recursos públicos a sectores especialmente protegidos por la Constitución. No obstante, para que este tipo de asignaciones resulten ajustadas a la Carta, se requiere que satisfagan, cuando menos, cuatro requisitos constitucionales que se mencionan brevemente a continuación y se explican en los apartes que siguen de esta decisión.

En primer lugar, toda asignación de recursos públicos debe respetar el principio de legalidad del gasto. En segundo término, toda política pública del sector central, cuya ejecución suponga la asignación de recursos o bienes públicos, debe encontrarse reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el correspondiente plan de inversión. Adicionalmente, toda disposición que autorice una asignación de recursos públicos sin contraprestación por parte del beneficiario, tiene que encontrarse fundada en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice. Por último, debe respetar el principio de igualdad.”<sup>10</sup>

En esa misma dirección se conoce pronunciamientos del Consejo de Estado que ayudan a esclarecer el tema relacionado con la entrega de recursos públicos a particulares para el fomento de las entidades que pretenden con su accionar la utilidad o bien común “De conformidad con lo anterior, es claro que la Carta de 1991, permitió continuar con la actividad de impulso o fomento atándola a la celebración de unos contratos los cuales tienen que cumplir con las condiciones o exigencias especiales descritas, todo de acuerdo con lo señalado directamente en la Constitución y en los decretos reglamentarios. Dichas exigencias se pueden resumir de la siguiente manera:

A. En cuanto a las partes del contrato:

Sujetos públicos según el art. 355 de la Carta:  
La Nación.  
Los Departamentos.

---

<sup>10</sup> Corte constitucional sentencia C- 507 del 21 de mayo de 2008, MP Jaime Córdoba Triviño

Los Distritos.  
Los Municipios.

Sujetos públicos según el decreto 777 de 1992:  
Los establecimientos públicos.  
Las empresas industriales y comerciales del Estado.  
Las sociedades de economía mixta.

Sujetos privados:  
Entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad.

B. En cuanto al objeto del contrato:

Impulso de programas y actividades de interés público.  
Acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo.  
Que lo contratado corresponda al objeto social de la entidad sin ánimo de lucro.  
Que la actividad no pertenezca a la excepciones contempladas en el artículo 2º del decreto 777 de 1992.

El gasto debe estar presupuestado (principio de la legalidad del gasto).  
La existencia de un mandato constitucional que lo autorice.

C. Requisitos generales del contrato:

Debe respetar el principio de igualdad.

Debe constar por escrito.

Con la observancia de los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación con particulares.

Con sujeción a lo dispuesto en el decreto 777 de 1992 y los decretos que lo modificaron.

Puede contener cláusulas exorbitantes.

En conclusión, cuando la actividad que el Estado quiera fomentar pueda realizarse con el cumplimiento de los requisitos expuestos anteriormente, se estará bajo la hipótesis contemplada en el artículo 355 de la Constitución Política. En caso contrario, deberá estarse a lo dispuesto en la ley general de contratación administrativa y las normas especiales para cada caso planteado en la solicitud de consulta.”<sup>11</sup>

De lo anterior se concluye que la redacción del artículo 355 superior, tiene un alcance preciso y es de limitar el uso del mecanismo de transferencia de recursos, garantizar que su ejecución se haga dentro los parámetros del interés general y justicia distributiva con sujeción a los objetivos planteados por la entidad que otorga los recursos y que la actividad o programa sea realizada por una organización sin ánimo de lucro, siendo la suscripción de un contrato el instrumento ideal que posibilite el pleno cumplimiento de estos propósitos

---

<sup>11</sup>Idem, Consejo de Estado sala de consulta y servicio civil, concepto 1911 25 de septiembre de 2008...Arboleda Perdomo

## 1.2. Entidades Sin Ánimo De Lucro

Encontramos los orígenes de las organizaciones sin ánimo de lucro en el siglo XIX, cuando el ordenamiento legal dio potestad para que la rama legislativa del poder público por medio de una ley creara un ente conformado por personas naturales y el cual nacía con capacidad para accionar en el ámbito de las personas con alcances distintos a las individualidades de quien las integraban.

“La primera distinción que se hace en derecho colombiano en relación con las personas jurídicas de Derecho Privado es la consignada en los artículos 44 de la Constitución Nacional de 1986; los artículos 633 y 635 del C.C. se las clasifica por razón del fin, según que éste se vincule o no, con el lucro económico. Si lo primero las personas jurídicas se denominan Compañías o Sociedades Industriales o de Comercio. Si lo segundo, Asociaciones o corporaciones y Fundaciones. Dentro de los fines no lucrativos, nuestra ley circunscribe las finalidades de la Fundación a la Beneficencia Pública (art. 633 C.C.) y al ámbito un poco más amplio de la utilidad común (Art. 129 No 19 C.N y Art. 30 Decreto 054 de 1974) y del interés social (Art. 30 C.N) dentro de los cuales caben, además de la Beneficencia, otros objetivos de orden científico, artístico, literario, educativo, etc<sup>12</sup>”.

Las entidades sin ánimo de lucro, ESAL, como categoría jurídica tienen su base en el derecho privado colombiano, específicamente en el código civil, en donde además de ser clasificadas por el fin que persigue, se determina como un ente con capacidad de contraer obligaciones y titular de derechos conformada por personas naturales, que cuenta con una independencia y autonomía de cada una de las personas que la conforman; la capacidad es ilimitada solo encuentra los límites en la constitución, la ley y las costumbres.

La persona jurídica de carácter privada es reconocida con la potestad de ser representada de manera judicial y extrajudicialmente, teniendo la connotación de que el objeto que le da la razón de ser y existir en el mundo jurídico y legal está en que no persigue beneficios propios o para las personas naturales que la conforman, sino que el interés que la dinamiza está por fuera de ese grupo y se instala en el beneficio de la comunidad en general.

En el antiguo artículo 634 del código civil de 1873 se leía que era la persona jurídica aquella que fuera creada o establecidas por una ley “Como puede observarse del texto legal, de acuerdo con este texto legal era el propio legislador soberano quien tenía facultades para negar u otorgar el permiso para que se estableciera una persona jurídica. En ese momento se consideraba peligroso permitir la libre asociación y, por dicha razón, se exigía que el grupo que aspiraba a obtener la personalidad fuera algo más que una simple asociación con un

---

<sup>12</sup>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección primera. 6 de Octubre de 1977. MP: Galindo. Número interno 2425

objetivo lícito; se exigía, además, que el fin pretendido fuera útil al interés general, de ahí, la autorización se convertía en reconocimiento de utilidad pública”<sup>13</sup>.

El derecho privado es el que regula a este tipo de personas, en el título XXXVI del código civil: “Los redactores del código acogen la clasificación que sobre las mismas hace Savigny, quien las divide en dos grandes categorías: corporaciones y fundaciones. Se trata de dos entes jurídicos, cada uno con sus propias características sobre el particular dice el doctor Arturo Valencia Zea en su obra curso de derecho civil colombiano: “las corporaciones es un grupo humano que persigue determinados beneficios que se reparten entre los miembros que la integran; las fundaciones son un capital afectado de manera permanente a servicio de la comunidad.” En la corporación hay asociación de personas; en las fundaciones, predestinación de bienes a fines sociales”<sup>14</sup>

Encontramos, entonces, tres denominaciones de organizaciones: las fundaciones, corporaciones y las asociaciones; los tres tipos tienen la característica común de ser sin ánimo de lucro, pero se diferencian en su constitución, la primera se crea teniendo como base la puesta en disposición un patrimonio de cualquier naturaleza el cual puede ser un bien mueble o inmueble que sale de comercio y se destina a patrocinar el cumplimiento del objeto social del ente creado y su existencia depende de que este patrimonio exista y sea suficiente para desarrollar las actividades encaminadas a realizar el objeto social de la fundación.

Las asociaciones y corporaciones para su constitución solo se deben contar con la voluntad de asociarse dos o más personas y mantener dicha decisión con la disponibilidad de aportar sus capacidades para emprender actividades destinadas a cumplir el objeto social para el cual fue creado el ente y ese ánimo de asociarse debe persistir como requisito de existencia puesto que si el número de personas disminuye a menos uno sería una de las causales de disolución.

Si bien las personas jurídicas tienen una estirpe privada y su creación se rige por el derecho privado siendo el respeto por las buenas costumbres, la Ley y Constitución su referente obligado; en los estatutos se plasma la esencia de los compromisos de los miembros están sometidas al control de la administración a través de las alcaldías en donde tienen su domicilio principal.

“La constitución política de 1991 determina que el Estado y el ejecutivo, específicamente el presidente de la república, debe ejercer funciones de inspección, control y vigilancia sobre las entidades sin ánimo de lucro. En ejercicio de esa labor de control y vigilancia, los entes autorizados para ejercerla tienen influencia directa en la vida jurídica de la entidad sin ánimo de lucro,

---

<sup>13</sup>TORRENTE BAYONA, Cesar y BUSTAMANTE, Luis Eduardo, *Las entidades sin ánimo de lucro*, Bogotá, Editorial Cámara de Comercio de Bogotá. 2001 pag. 17

<sup>14</sup> Idem, Torrente... y Bustamante... pag.23

especialmente en su constitución, nombramiento, reformas, disolución y liquidación”<sup>15</sup>.

Ahora bien, si las entidades tienen sus orígenes en el derecho privado es también cierto que el ordenamiento legal abre las posibilidades para que la nación y los entes descentralizados se puedan:

“1o. Asociarse con los particulares bajo la modalidad de las personas sin ánimo de lucro como corporaciones y fundaciones.

2o. Crear las mencionadas personas jurídicas y hacer a ellas aportes 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.

3o. Aplicarles a las mencionadas personas jurídicas sin ánimo de lucro, como corporaciones y fundaciones, las normas pertinentes del derecho privado.

4o. Asociarse en estas modalidades para adelantar actividades científicas y tecnológicas, proyectos de investigación y creación de tecnologías<sup>16</sup>”.

Es de anotar que en la Constitución política del 91 la conformación de asociaciones, corporaciones y fundaciones se inscriben dentro el concepto plasmado como el derecho que es reconocido en el artículo 38 que reza “*Se garantiza el libre derecho de asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad*”; siendo de esa manera establecido que la conformación de estas agrupaciones si bien tienen origen en el derecho privado, mantienen su rango constitucional.

Siendo entonces las asociaciones, corporaciones y fundaciones uno de los mecanismos para ejercer el derecho de libre asociación, es preciso destacar que en razón a ese desprendimiento por intereses individuales que caracteriza a estos entes los lleva a semejar a las acciones estatales. “La ausencia de ánimo de lucro y la satisfacción del interés público, que en ocasiones persiguen estas personas jurídicas, las acercan al ámbito de las finalidades y actuaciones propias del Estado y las hace sujeto de un tratamiento de favor y en veces depositaria de reales prerrogativas estatales. Pero en contrapartida, el Estado ejerce sobre ellas una vigilancia y un control especial para garantizar el adecuado cumplimiento de las actividades de interés general y la cabal utilización de los recursos afectados a las mismas. Este control implica en algunos casos el ejercicio, por una parte del Estado, de poderes de orientación e injerencia en la gestión de las personas

---

<sup>15</sup> GAITAN SANCHEZ, Oscar Manuel, *Guía práctica de las Entidades Sin ánimo de lucro y del sector solidario*, Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá 2006 Pag. P. 46

<sup>16</sup> Corte Constitucional sentencia No. C- 506 de 10 de noviembre de 1994 M.P. Fabio Morón Díaz

jurídicas, sea mediante la participación de representantes suyos en sus órganos internos, sea a través de las exigencias de requisitos de validez de sus actos, que implican autorizaciones o aprobaciones por parte de las autoridades competentes”<sup>17</sup>

Esa similitud entre los cometidos estatales y las organizaciones sin ánimo de lucro es lo que lleva a ser reconocidas por el Constituyente primario de 1991 para que a través de ellas el Estado continúe atendiendo sus fines dirigidos a la población más desfavorable con la participación de los particulares; por esto luego de prohibir la práctica de transferir recursos públicos a las entidades estatales, autoriza a las diferentes instancias del gobierno para celebrar contratos con esas entidades sin ánimo de lucro dirigidas a ejecutar políticas, programas o actividades enmarcadas en los planes de desarrollo.

Si bien el núcleo esencial de estas personas jurídicas, es el no ánimo de lucro, es conveniente precisar que esto no las aparta de la necesidad de generar recursos con sus propias actividades, ello nos lleva a aclarar que la generación de excedentes no está vedado a estas entidades, lo que reviste importancia legal es el destino de esos recursos los cuales deben dirigirse a cumplir el objeto social el cual está ligado a la utilidad común o interés general, estando prohibido distribuir esos excedentes de manera individual a los integrantes de la asociación, corporación o fundación.

La doctrina sobre este respecto a planteado que “estas entidades aunque no tiene ánimo especulativo, buscan consolidar una situación patrimonial favorable administrando prudentemente su negocio con el propósito de generar un excedente económico que, si bien no está destinado a engrosar el patrimonio particular de los asociados, de viabilidad a su operación, haga posible mantener y mejorar los servicios que presta y les permite cumplir con la finalidad para lo cual fueron creadas.

Esta realidad puede llevar a que las personas jurídica sin ánimo de lucro como las asociaciones y fundaciones lleven a cabo una explotación económica considerada mercantil, no de manera ocasional o marginal, sino habitual, como medio para lograr el fin propio de cada una.

El desarrollo de actividades lucrativas de parte de estos organismos es posible, siempre que sirva de medio a fin para el cumplimiento de su objeto, y por ello pueden emprender negocios con potencial para producir ingresos pecuniarios en procura de excedentes sin que estos sean un fin en sí mismo, sino un medio o instrumento para alcanzar la finalidad que se ha propuesto<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> TAFUR GALVIS Álvaro, *Estudios de derecho Público*, Editorial Gusta Ibañez. Bogotá D.C 1991 pag.377

<sup>18</sup> CASTRO marcela, *Actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios* “ editorial universidad los Andes 2009 pag

En ese mismo sentido se conocen pronunciamientos de las altas cortes colombianas que han aportado en la comprensión de este aspecto de las entidades sin ánimo de lucro el cual se ha utilizado para comprender y contextualizar las actividades mercantiles que han realizado estas organizaciones; “no hay que olvidar, por otra parte, que la ausencia del ánimo de lucro se predica de las personas que son miembros de una asociación o corporación, pero de esta en si misma considerada. Algunas de ellas están dedicadas a actividades de alta rentabilidad, que les permite acumular riquezas. No están, en consecuencia, en incapacidad de retribuir normalmente a sus trabajadores”<sup>19</sup>.

El Consejo de Estado en esa dirección a manifestado “el criterio de lucro o las finalidades de lucro no se relacionan, no pueden relacionarse a las utilidades obtenidas, sino a la destinación que se le dé. La estipulación o norma que elimina los fines de lucro, es la que tiene como consecuencia que los rendimientos o utilidades obtenidas no sean objeto de distribución o reparto entre los socios o integrantes de la persona moral que los genera. Este criterio ha sido tradicionalmente concebido y respetado siempre”<sup>20</sup>. Con esta afirmación se asume que lo determinante de la vocación de sin ánimo de lucro esta en el destino que cojan los excedentes producidos, los cuales deben dirigirse al cumplimiento del objeto social de las organizaciones.

Este elemento sustancial cual es el rumbo que corren los excedentes producidos por las entidades sin ánimo de lucro y en particular la práctica por la cual se distribuyen esos recursos entre los asociados nos lleva a mencionar que dentro el sector de las entidades sin ánimo de lucro existen un bloque de organizaciones que le son permitidas que parte de los excedentes sean distribuidos entre los socios, esto son las denominadas organizaciones de la economía solidaria como las precooperativas, cooperativas, asociaciones mutuales y fondos de empleados.

La doctrina ha contribuido en la comprensión de la conformación del sector de las Entidades sin ánimo de lucro, el cual se podrá decir está integrado por dos tipos de organizaciones que son reguladas, controladas y vigiladas por disposiciones y organismos diferentes, “Si bien es cierto, las organizaciones de economía solidaria, guardan ciertas similitudes con las fundaciones, corporaciones y asociaciones en cuanto son entidades sin ánimo de lucro, no es menos cierto, que existen diferencias sustanciales que las hacen distintas de unas de las otras. Las más relevantes según la autorizada opinión de la superintendencia de Economía solidaria son las siguientes: Las fundaciones, corporaciones, asociaciones y demás entidades sin lucro de utilidad común están sujetas a un régimen especial y por disposición legal esta atribuida a las gobernaciones y a la alcaldía mayor de Bogotá (ley 22 de 1987 y decreto 1318 de 1988 y 1093 de 1989, en virtud de lo dispuesto en el numeral 26 del artículo 189 de la Constitución política.

---

<sup>19</sup> Corte constitucional, sentencia C- 51 de 1995 MP, Jorge Arango Garcia

<sup>20</sup> Consejo de Estado sentencia del 6 de febrero de 1987, expediente 1444 M.P Policarpo Castillo Delgado



Las organizaciones de la economía solidaria se encuentran reguladas por la ley 79 de 1988 y sus decretos reglamentarios 1333, 1480,1481 y 1482 de 1989, la ley 454 de 1998 y el decreto 4588 de 2006 y se encuentran sujetas a la supervisión de la Superintendencia de la Economía Solidaria por virtud de lo dispuesto en el numeral 24 del artículo 189 de la Constitución política.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que las fundaciones, corporaciones, asociaciones y demás entidades de utilidad común son asistencialistas, esto es, buscan el interés común y se fundamentan en la solidaridad con terceros, mientras que las organizaciones de economía solidaria son mutualistas, esto es, que se constituyen para beneficio de sus propios asociados, se basan en los principios de autoayuda y esfuerzo propio, combinado con las acciones conjuntas y la ayuda mutua, y tan solo en forma mediata buscan el bienestar de la comunidad.”<sup>21</sup>

Las entidades sin ánimo de lucro en la legislación colombiana pasaron de ser una actuación de carácter privado, producto del acuerdo de voluntades para formar un ente destinado a desarrollar actividades humanitarias o proclives al bien común o beneficio general y regulada principalmente por el derecho privado a convertirse en una de las formas de ejercer el derecho constitucional de libre asociación destinado principalmente a contribuir en la conquista de los fines del Estado.

### **1.3. Reglamentación Del Contrato Emanado Del Artículo 355 Superior**

Transcurridos más de veinte años de promulgada la Constitución Política la reglamentación del artículo 355 superior ha sido mínimo, solo se conocen tres decretos que tocan de manera directa el tema de los contratos establecidos en el inciso segundo del mencionado artículo; en gran medida la aplicación de esta disposición se ha basado en los conceptos que han emanada de distintas instancias de las entidades territoriales del país; en esa medida son numerosos las circulares de las oficinas jurídicas de manera independiente han expresado las directrices para que el ordenador del gasto utilice la disposición constitucional en estudio.

Aunque esa tarea fue encomendada a la rama ejecutiva se conoce pronunciamientos del legislador respecto al alcance del artículo 355, en la ley 489 de 1998 y del cual fue objeto de acción de constitucionalidad, oportunidad que ha permitido la producción de elementos valorativos por parte de la Corte Constitucional que coadyuvan en entender el espíritu y alcance de este postulado constitucional. Al respecto tenemos:

El artículo 96 de la Ley 489 de 1998 dispone: "constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades

---

<sup>21</sup>BELALCAZAR ERAZO Edison Andrés, RIASCOS NARVÁEZ Luis Hernando, Derecho de las personas jurídicas sin ánimo de lucro, editorial librería ediciones del profesional Ltda. Bogotá 2012 pag.34

públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 - 190 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley. Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes. Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común. En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos: a) Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes; b) Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas; c) La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad; d) La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares; e) La duración de la asociación y las causales de disolución. Nota: Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-671 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra”<sup>22</sup>

Es acertado aquí exponer una diferencia que el orden de lo establecido por el artículo 96 de la ley 489 de 1998 y el artículo 355 de la Constitución Política, en el primero los recursos van dirigidos a cumplir un propósito de la entidad estatal con la participación de un particular y en el segundo, los recursos públicos transferidos van dirigidos a apoyar un programa u objetivo del particular; estas dos diferencias marcan pautas distintas en la reglamentación de las actuaciones de la administración y participación de los particulares.

El gobierno nacional en cumplimiento del mandato constitucional de reglamentar el inciso segundo del artículo 355 procedió a promulgar el decreto 777 y 1403 de 1992 con los cuales pretendió determinar los parámetros legales con que se debían celebrar los contratos inspirados en ese inciso; un aspecto importante a destacar, es la calidad que reviste estas facultades al ser emanadas de la Constitución política, siendo entonces improcedente el que la Ley 80 de 1993, dejara incólume las disposiciones reglamentarias.

---

<sup>22</sup> Corte constitucional sentencia C 949 del 5 de setiembre de 2001 MP Clara Inés Vargas Hernández

En este sentido, “es claro entonces que se trata de un caso especial de contratación estatal expresamente contemplado por la constitución, y para el cual ella misma quiso trazar normas especiales. En este orden de ideas, y pese a la intención unificadora que ánimo al legislador al expedir la ley de 1993, esta norma no tiene un efecto derogatorio sobre los decretos del año inmediatamente anterior, que citamos líneas arriba. Y tampoco tiene estos últimos respecto de aquella la típica relación de accesoriedad propia de los decretos reglamentarios. Se trata de dos regímenes distintos, sin que ninguno de ellos tenga influencia ni efecto sobre el otro”<sup>23</sup>.

Claro está que esa particularidad en el tratamiento para la reglamentación que le dio la constitución a este artículo no establece diferencias sustanciales en cuanto a la naturaleza jurídica de la norma expedida por el gobierno, ni por ello se convierte en una disposición de mayor jerarquía respecto a las promulgas por el legislador.

Pero lo anterior introduce un tema a la discusión y es que se plantea que ese tratamiento especial dado por el constituyente al artículo 355 para la reglamentación, se considera que este es un factor que abre la posibilidad de sustentar que se está ante un régimen especial distinto al que se configura con la promulgación del estatuto de la contratación estatal ley 80 de 1993 y 1150 de 2011.

En consecuencia con la intención de establecer la normatividad que regula los Convenios de asociación, se hace necesario iniciar con presentar una valoración sobre lo que alentó al legislador de 1993 al promulgar la ley 80, en la cual estaba al centro la creación de un estatuto de la contratación que lograra cobijar todas las expresiones de acuerdo de voluntades que la administración celebrara en su tarea de cumplir los fines estatales.

En verdad, la Ley 80 de 1993, fue concebida con arreglo a este criterio. De ello da fe la exposición de motivos, donde se lee: "La nueva ley pretende convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. Por ende, su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado. No se trata, pues, de un ordenamiento de tendencia reguladora y casuística lo cual entraba la actividad estatal como lo ha demostrado la experiencia. Sólo recoge las normas fundamentales en materia contractual cuyo adecuado acatamiento se erija en la única limitante de la autonomía de la voluntad. Principio que debe guiar la contratación estatal." <sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> MUTIS VANEGAS, Andrés y QUINTERO MUNERA, Andrés, *La Contratación Estatal: Análisis y Perspectiva*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana 2000 pag. 557

<sup>24</sup> Idem, Corte Constitucional, sentencia C- 949 del 5 de septiembre de 2001...

Antes de la promulgación de la ley 80, el año anterior, el Gobierno Nacional en orden de cumplir lo dictaminado por el artículo 355 de la Constitución Política en su parte final de instrumentar esta disposición constitucional y poner acorde los fundamentos legales con las demandas de los particulares en constituir personas sin ánimo de lucro y gestionar con el Estado expidió una serie de decretos y reglamentos de los cuales se hace una breve reseña:

Decreto 777 de 1992, consagra expresamente las causales de exclusión, es decir, los casos en que no es posible celebrar los convenios de asociación y manifiesta de manera categórica que:

“ARTICULO 2o. Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto:

1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro.
2. Las transferencias que se realizan con los recursos de los Presupuestos Nacional, Departamental, Distrital y Municipal a personas de derecho privado para que, en cumplimiento de un mandato legal, desarrollen funciones públicas o suministren servicios públicos cuya prestación esté a cargo del Estado.
3. Las apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas, como son las cooperativas públicas, o de corporaciones y fundaciones de participación mixta en cuyos órganos directivos estén representadas entidades públicas en forma proporcional a sus aportes.
4. Las transferencias que realiza el Estado a personas naturales en cumplimiento de las obligaciones de asistencia o subsidio previstas expresamente en la Constitución y especialmente de aquellas consagradas en los artículos 43, 44, 46, 51, 368, 13 transitorio y 46 transitorio de la misma.

Los puntos reseñados resaltan que la transferencia de recursos a los particulares mediante el mecanismo del artículo 355 de la Constitución política, no deben estar ligados a los compromisos que deben cumplir las entidades estatales que se presentan como de obligatorio cumplimiento y que les reporten beneficios directos e indirectos a las entidades; y que el objeto contractual pueda ser abordado por una entidad con ánimo de lucro.

El decreto 1403 de 1992 adicionó un numeral 5º al artículo 2º del decreto 777 de 1992, con el siguiente texto: “Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto: 5). Los contratos que de acuerdo con la ley celebre la entidad pública con otras personas jurídicas, con el fin de que las mismas desarrollen un

proyecto específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con las precisas instrucciones que esta última les imparta”.

Decreto 2459 de 1993 por medio del cual se adoptan decisiones en relación con los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política - contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo y exime de la aprobación del consejo de Ministros.

El Decreto 4400 de 2004 que se relaciona con la definición de diferentes objetos sociales de los cuales pueden adoptar las entidades sin ánimo de lucro, esta disposición en términos generales señala que Las corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, con excepción de las contempladas en el artículo 23 del Estatuto Tributario, que cumplan totalmente con las siguientes condiciones:

- 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 sus excedentes sean reinvertidos totalmente en la actividad de su objeto social y este corresponda a las actividades enunciadas en el literal a) del presente artículo.
- 2) Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que realizan actividades de captación y colocación de recursos financieros y se encuentren sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.
- 3) Los fondos mutuos de inversión y las asociaciones gremiales que en desarrollo de su objeto social perciban ingresos por actividades industriales y/o de mercadeo, respecto a estos ingresos.
- 4) Las cooperativas, sus asociaciones, uniones, ligas centrales, organismos de grado superior de carácter financiero, las asociaciones mutualistas e instituciones auxiliares del cooperativismo, confederaciones cooperativas, previstas en la legislación cooperativa vigente, vigilados por alguna Superintendencia u organismo de control.

A manera de conclusión de este primer capítulo se podrían señalar las siguientes afirmaciones:

En la historia del ordenamiento constitucional colombiano la existencia de la figura de los convenios de asociación se identifica en la constitución de 1886, la cual está ligada a la decisión del Estado de apoyar las organizaciones de beneficiaria dedicadas a adelantar actividades que ayudan a la población marginada de la sociedad; siendo por un período de tiempo una de las formas como el Estado cumple sus fines de proteger los sectores vulnerables de la sociedad.

El Estado a través de la transferencia de recursos públicos a entidades cuya misión es altruista y de beneficencia le entrego a la rama legislativa para que fuera esta la que decidiera a que organización beneficiara con esos recursos y la selección de la población menos favorecida social y económicamente a atender; este mecanismo por varios años cumplió su propósito y la medida fue objeto de varias reformas constitucionales destacándose la reforma de 1945 y la de 1968.

Al no contar con los criterios que permitiera seleccionar de manera objetiva la organización que se beneficiaría de la transferencia de los recursos públicos y sin los instrumentos suficientes para controlar la inversión de los recursos transferidos; se estaba ante una alta discrecionalidad de los legisladores para la selección de la entidad favorecida, siendo la elegida la que le reportara resultados individuales y conservar el apoyo electoral e igual por tanto la inversión de los recursos no se destinaban, efectivamente, a la misión social.

Esto llevo a que la figura se convirtiera en un foco de corrupción tomando el nombre de “auxilios parlamentarios”, llegando a representar uno de los más grandes desangres del presupuesto nacional, una herramienta del clientelismo y de sostener el caudal electoral de los legisladores; por ello los movimientos sociales de 1990 lo tomaron como uno de los símbolos de la corrupción y una de las banderas de la reforma política.

La constituyente del 91 de manera categórica prohíbe al legislativo para que sea este quien decida la transferencia de los recursos públicos a los privados y faculte exclusivamente al poder ejecutivo en todos sus niveles, quien tuviera esa facultad; y en aras de llenar los vacíos se estableció la condición de que los entes receptores de los recursos, aunque sin mayores innovaciones, siguieran siendo las entidades sin ánimo de lucro, solo agregándole la característica de idoneidad, vocablo ambiguo que no aun hoy ni la jurisprudencia no ha entregado elementos para una mayor comprensión.

Ese mecanismo de actuación de la administración pública contempla a las entidades sin ánimo de lucro día a día, luego de promulgado el precepto constitucional del 91 en su artículo 355, se acrecentaron representando hoy un amplio espectro que cubre un sin número de actividades tanto sociales, culturales deportivas, gremiales que se han configurado como uno de los sujetos que contribuyen al logro de los propósitos estatales.

## **2. LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICAS Y LOS PROCESOS DE SELECCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

En esta parte del trabajo investigativo se adelantara un estudio de la actividad de la administración estatal, en particular lo relacionado con los actos administrativos por un lado y por el otro la acción contractual, buscando identificar las diferencias entre estas dos grandes formas de actuación de la administración para de esa manera ubicar a cuál de estas dos pertenece la celebración de los convenios administrativos de asociación de interés público.

En primera medida se expondrá las diferentes definiciones que existen en la doctrina sobre las actuaciones en donde la administración obra por sí sola, sin contar con la participación de entes distintos a sus propias estructuras y niveles de decisión, es decir la promulgación de los actos administrativos; luego se expondrá lo relacionado con las acciones en donde la administración comparte con los particulares la realización de un fin que la llevan a celebrar compromisos y pactos, desprendiéndose la necesidad de analizar los factores que participan para que la administración determine con quien conlleva los cometidos a su cargo.

En ese dirección se comentará lo relacionado con tres principios que entran en juego en la toma de decisiones de la administración al momento de adquirir compromisos con los particulares estos son: la discrecionalidad, la planeación, la selección objetiva y la modalidad de contratación directa; examinando al final del capítulo las nuevas tendencias que se experimentan en las relaciones de la administración con los particulares destacándose las alianzas, los consensos, la autorregulación y el concepto de lo semipúblico.

### **2.1. Los Contratos y convenios en la administración pública**

La práctica estatal genera dos grandes tipos de actuaciones que asumen connotaciones de diferente tipo, en las primeras, se encuentran las acciones que ejercen las entidades estatales propias de sus funciones, en las que solo participa la administración para poner en marcha la estructura administrativa, con el concurso de la voluntad del ente administrativo para proferir actos que tendrá repercusiones jurídicas.

En el segundo tipo de actuaciones, están los actos y decisiones que toman los entes de la administración con la participación de un tercero, principalmente, con un particular sea este persona natural o jurídica, esto es que están construidas con la anuencia de más de dos voluntades. En términos generales se podría afirmar que las actuaciones del Estado se clasifican en dos grandes grupos: aquellas en donde para su producción hay una única voluntad, esto es el acto administrativo; y en las que acuden más de una voluntad a las que se denomina acuerdo de voluntades o contrato.

Aquí encontramos pertinente traer a consideración la afirmación en el sentido de que “La actuación que se lleva a cabo mediante la expedición de actos administrativos implica, generalmente, la expresión de la voluntad del Estado a través de sus propios funcionarios, mientras que la celebración de contratos, por regla general, involucra la colaboración de los particulares a través de la prestación de servicios, el suministro de bienes o la ejecución de obras civiles. En el primer caso están ante una actuación unilateral de la administración, en cuyo desarrollo solo interviene su voluntad; mientras en el segundo estamos frente al concurso de la voluntad del Estado y del particular, que implica una actuación bilateral”<sup>25</sup> .

Ante esta afirmación del tratadista Chávez Ramón, surge la necesidad de tener claridad sobre la definición del acto administrativo como una de las actuaciones de la Administración y para ello traemos a colación varias expresiones al respecto de tratadistas citados por Libardo Rodríguez R<sup>26</sup>:

1. “Cualquier declaración de voluntad, deseo, conocimiento, juicio, cumplida por un sujeto de la administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa”. GUIDO ZANOBINI, *Curso de derecho administrativo*, vol. I, traducción de la 5ª ed., Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954, pág. 312.

2. “Declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 9ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1999, pág. 534.

3. “Declaración unilateral de conocimiento, juicio o voluntad emanada de una entidad administrativa actuando en su faceta de derecho público, bien tendiente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre los administrados, o con la Administración, bien con simples efectos dentro de la propia esfera administrativa”. JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los actos administrativos*, 2ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1991, pág. 96.

4. “El dictado por un poder público en ejercicio de potestades administrativas y mediante el que impone su voluntad sobre los derechos, libertades e intereses de otros sujetos públicos o privados, bajo el control de la jurisdicción contencioso administrativa”. RAMÓN PARADA, *Derecho administrativo*, t. I, 12ª ed., Madrid, Editorial Marcial Pons, 2000, pág. 95.

5. “Declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa”. ROBERTO DROMI, *El*

---

<sup>25</sup> CHÁVEZ Marín Augusto Ramón *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*, editorial Universidad del Rosario, Bogotá. 2008, pag. 42

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ R Libardo *Derecho Administrativo General y Colombiano*, editorial Temis 2008, Bogotá D.C. pag.268-286



*acto administrativo*, 3ª ed., Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, pág. 15.

6. “Una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata”. AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, 5ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, pág. IV-30.

8. “Toda manifestación unilateral de voluntad de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos”. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 4ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 131.

9. “La manifestación unilateral de la voluntad administrativa, a través de cualquier rama del poder público, o de los particulares, que tiene por finalidad crear, modificar o extinguir una situación jurídica”. GUSTAVO PENAGOS, *El acto administrativo*, t. I, 5ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1992, pág. 86.

10. “Declaración unilateral de voluntad de la administración, o de un órgano estatal en función administrativa, que produce efectos jurídicos con relación a terceros”. GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ, *Derecho administrativo general*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 1995, pág. 199. (Rodríguez, 2008, p.413).

Nótese que el total de los conceptos expuestos por el tratadista Rodríguez Libardo, coinciden en definir al acto administrativo como una acción de carácter unilateral emprendida por organismos del Estado y sus funcionarios que produce efectos jurídicos.

A este respecto es elocuente la afirmación hecha por Libardo Rodríguez, en cuanto a la caracterización de algunas actuaciones de la administración “el gran poder de la administración es su facultad de obrar libremente. Con fundamento en esa facultad realiza la mayoría de sus actos porque, en primer lugar, se considera que ha recibido ese poder del constituyente y, además, porque tiene el poder político suficiente para imponer sus actos aun antes de ser analizados por los órganos de control que el mismo Estado prevé dentro su organización. Pero la administración no solo actúa en esa forma unilateral, sino que también puede hacerlo bilateralmente, lo cual significa que ella, al igual que los particulares, también puede celebrar contratos”<sup>27</sup>.

Atendiendo a esa visión de que las acciones de la administración están enmarcadas en dos grandes clases en donde una de las diferencias es el cómo

---

<sup>27</sup> Ibem, Rodríguez, 2008, pag. 411

se construye la decisión que antecede la actuación administrativa, en esa dirección se inscriben otros autores que enfatizan las diferencias existentes entre las actuaciones unilaterales y las bilaterales.

En términos generales se podría afirmar, inicialmente, que la administración pública, entendida esta como el ejercicio del poder para poner en funcionamiento la estructura del Estado, se encuentran dos grandes clases de actuaciones: una las que se originan por la expresión única de la voluntad de los funcionarios y las segundas, las actuaciones que se fundamentan en un acuerdo de voluntades entre los particulares y los representantes del Estado y de sus entidades en todos los niveles, definidos como contratos.

Pero las actuaciones producto del acuerdo de voluntades, no son homogéneas sino que se pueden establecer diferencias entre ellas, bien por la clase de sujetos que participan en la construcción de esta o por el objeto que motiva la decisión. Inicialmente se podrían clasificar en dos bloques: uno, en consideración al objeto que motiva a los sujetos participantes en el acuerdo, se encuentran bajo un interés patrimonial con aspiraciones asimétricas y en el segundo, las cimentadas en el logro de un interés público y con propósitos simétricos entre las partes. Los primeros denominados contratos y los segundos convenios.

En la historia de la actuación administrativa los contratos han sido a través de los cuales el Estado Colombiano y sus entidades estatales han ejecutado, principalmente, las obras civiles y demás infraestructura, adquisición de bienes, prestación de servicios; por medio de los convenios, principalmente, ha pretendido materializar las políticas públicas de inclusión social, de la cultura, la ciencia y tecnología.

O como se afirma que: “A través de unos convenios se formalizan formas de apoyo para que un particular realice actividades que la administración tiene bajo su responsabilidad, pero que no está en posibilidad de afrontar, o apoyos a actividades respecto de las cuales la administración no tiene una responsabilidad directa de ejecución y atención, pero que debe fomentarlas en razón de políticas económicas o de otra naturaleza. Estas, al contrario de las simples manifestaciones de buena voluntad, constituyen verdaderas relaciones jurídicas, respecto de las cuales son aplicables las normas que regulan las obligaciones en los estatutos civil o comercial, según el caso”<sup>28</sup>

Ante estas actuaciones denominadas convenios, es factible proponer una clasificación basada en la naturaleza de los sujetos que participan, por un lado están los convenios que se constituyen por acuerdos entre dos o más entidades públicas o convenios interadministrativos; por otro están los que se conforman entre entidades del Estado con el concurso de los particulares.

---

<sup>28</sup>CEDIEL DE PEÑA, Martha Clemencia, *Convenios Administrativos y de Cooperación.*, Bogotá, Editorial. Uniandes. Bogotá D.C. 2010, pag. 289.

En esa perspectiva la administración celebra un sin número de compromisos para cumplir con los cometidos o fines estatales, surgiendo una gama amplia de los cuales se encuentran: los convenios de cooperación internacional, convenios interadministrativos, convenios de ciencia y tecnología, convenios para la asignación de funciones públicas a particulares, convenios asociativos, convenios para delegar, convenio público de organización, convenios de desempeño y convenios administrativos de interés público.

De ese universo de acuerdo de voluntades nuestra atención va dirigida a profundizar sobre los convenios administrativos de interés público, surgidos del dictamen constitucional que prohíbe a los órganos del poder público decretar auxilios o donaciones a personas naturales o jurídicas de derecho privado, pero en su lugar habilita a los gobiernos de los tres niveles nacional, departamental, y municipal junto con sus entidades para celebrar contratos con organizaciones sin ánimo de lucro.

El contrato una de las formas como el Estado lleva a cabo sus fines, le permite celebrar acuerdos con los particulares, principalmente en dos direcciones, una en el sentido en que el particular comparte un objetivo con el Estado y está lejos de perseguir el ánimo de lucro, y la otra en sentido contrario esto es cuando el principal interés del particular, es la búsqueda de una utilidad.

Aquí entonces, se podrá afirmar que de conformidad al interés del particular bien sea en adelantar acciones para lograr un fin común con el Estado ausente de perseguir una ganancia, estaríamos frente a la celebración de un acuerdo de voluntades denominado convenio de asociación, pero si en esa unión de voluntades y la realización de acciones para lograr un fin Estatal, está presente el interés del particular en adquirir dividendos para su propio *pecunia*, estamos frente a lo que se denominaría un contrato.

## **2.2. El Ejercicio Del Poder Discrecional De La Administración**

Al ser identificado como uno de los principales vacíos en la reglamentación legal del inciso segundo del artículo 355 superior, al igual que los contratos a que hace referencia el inciso no corresponden a los enunciados por el estatuto de la contratación estatal, dejando sin referencia concreta a la administración para emprender las labores que le exigen la celebración de acuerdos basados en ese postulado constitucional, cobrando importancia el ejercicio de la discrecionalidad de la administración para tomar las decisiones.

Por ello es indispensable adelantar una revisión del concepto de discrecionalidad en la administración empezando por entenderse como “la libertad en el actuar, es la nota más característica de la discrecionalidad, porque discreción es ponderación en el juicio, equilibrio de la razón, valoración de hechos y

circunstancias, capacidad analítica en la apreciación de los fenómenos, en fin es sindéresis; darle por parte del hombre la dimensión y el sentido de lo verdaderamente humano a los propios actos y predicar toda su vida la racionalidad”<sup>29</sup>.

En esa medida la administración en el ejercicio de la toma de las decisiones debe respetar los principios generales del sistema legal por ello “las autoridades administrativas pueden contar y cuentan, con toda normalidad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la ley, y en todo caso de la finalidad pública, de la utilidad o intereses generales”<sup>30</sup>

Es de subrayar que el funcionario de la administración encuentra sus primeros límites en los principios y categorías que son pilares del Estado Social de Derecho y del régimen legal, la decisión está anclada a los criterios plasmados en el orden constitucional y legal que rodean desde la creación hasta el funcionamiento de las entidades públicas, se descarta que la decisión del funcionario este inspirada principalmente en intereses individuales y se inclina a la búsqueda de lo conveniente para las mayorías de los administrados.

Respecto a las decisiones de la administración en el tema de la contratación el espacio se estrecha aun más puesto que el ordenador del gasto además de tener los límites de los postulados generales se encuentra con intereses y voluntad del particular o contratista, “el procedimiento de contratación no puede ser improvisado, por que el contrato no puede ser el fruto de la discrecionalidad de la administración, sino el resultado de un trámite reglado, donde se imponen requisitos de conformación del mismo y en esa medida nace la obligación de establecer normas que requieran todo el procedimiento administrativo de contratación. Si la administración no hace una correcta planeación del contrato, los resultados pueden ser perjudiciales para la misma y para el contratista; puesto que, los estudios y actuaciones previas, permitirán una adecuada ejecución del objeto pactado”<sup>31</sup>

En este tema es de relevancia analizar las implicaciones que “se ha criticado la adopción del principio de la autonomía de la voluntad para la contratación estatal. Se dice que no se puede hablar de autonomía de la administración, cuando la decisión de contratar depende de criterios de conveniencia y necesidad; cuando no se puede elegir libremente al contratista debido a que las normas de escogencia están determinadas en el estatuto contractual; cuando no existe libertad para fijar las cláusulas contractuales, dada la obligación de incluir

<sup>29</sup> VEGA PINZON, Gabriel *La Discrecionalidad Administrativa, En temas de derecho Administrativo Contemporáneo*, Bogotá: Universidad del Rosario Editores 2005, pag.146

<sup>30</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid : Editorial Civitas S.A 1983 pag 27

<sup>31</sup> GUECHA MEDINA, Ciro Norberto, *Contratos administrativos Control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación*, Bogotá: Editorial Ibáñez , 2010 p. 46

cláusulas excepcionales en los casos expresamente señalados en la ley y, finalmente, cuando existe desigualdad entre las partes contratantes, manifestada en los procesos de escogencia y ejecución del contrato. *Esta opinión está vertida en el artículo "Perspectiva Constitucional de la Ley 80 de 1993", por Héctor Riveros Serrato y Laura León Navas, publicado en "Régimen de Contratación Estatal". Universidad Externado de Colombia*<sup>32</sup>.

Resalta la afirmación anterior, en el sentido de negar la aplicación de un elemento determinante en la contratación en general y es la autonomía de la voluntad de las partes, para suscribir el contrato estatal; no hay libertad cuando existen límites, requisitos, intereses y formas de actuar que deben ser tenidas en cuenta por las partes que protagonizan la celebración de un contrato, demuestra esto que la administración tiene neutralizada su capacidad de deliberar para tomar la decisión de seleccionar su socio, es irrisorio el ejercicio de la discrecionalidad.

En esa óptica se ha legislado en “la defensa del principio del interés general no sólo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad. De ahí, que el objetivo central del Estatuto de Contratación, Ley 80 de 1993, haya sido precisamente *“disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”*; y el de la ley que lo reforma, Ley 1150 de 2007, *“introducir medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y dictar otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.”* La exposición de motivos del proyecto de ley de origen gubernamental que dio paso a la Ley 1150 de 2007 señala claramente su intención de realizar ajustes a la ley 80 de 1993, con el objeto de introducir medidas para mejorar la eficiencia y transparencia en la gestión contractual y contrarrestar la corrupción”<sup>33</sup>.

### **2.3. La Planeación en la contratación pública y el principio de selección objetiva.**

En consideración a que en las decisiones de la administración en lo concerniente a la contratación no existe mayor espacio para la discrecionalidad o la amplia deliberación de los funcionarios para suscribir un contrato, puesto que los fines, procedimientos y demás requisitos ya están establecidos, ello implica el previo conocimiento de lo que la administración pretende al definir unos recursos y convocar a unos colaboradores para emprender una actividad, hay la identificación de una necesidad, se han de adelantar acciones de expertos en el tema a intervenir, se tiene incluso que construir una proyección de lo que se va hacer.

---

<sup>32</sup>Idem, Corte constitucional Sentencia C- 949 de 2001...

<sup>33</sup>Corte constitucional sentencia C-713 de octubre de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa

Lo precontractual es significativo y “la planeación se vincula con el principio de legalidad, sobre todo en la etapa que precede a la formación del contrato; de igual manera, el principio de economía y el deber de planeación consagrados en el numeral 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, que dispone que, con la debida antelación a la firma del contrato, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos”<sup>34</sup> sin haber estudiado lo que se va a hacer es imposible actuar so pena de viciar la actuación al no observar la ley.

Junto al principio de planeación uno de los orientadores de la etapa precontractual, “el principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación que, como pilar de la actividad negocial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la administración”<sup>35</sup> si el funcionario llama a actuar a nombre de la administración se presume que esa decisión cuenta con respaldo técnico, financiero y administrativo que lo justifica.

Ese conocimiento previo a que está obligada a tener la administración, le posibilita entender los factores que rodean el objeto en donde va a recaer la acción administrativa, haciendo que los puntos de vista del funcionario encargado de tomar la decisión, responda a la interpretación de lo que los expertos han conceptualizado y es así como su determinación responderá a un juicio construido más allá de sus simples apreciaciones personales.

La identificación de la necesidad, el análisis de las alternativas de solución y los costos que acarrea la intervención de la administración, implica estudio de mercado; esta son acciones obligadas para las entidades públicas y con estos insumos diseñar la convocatoria a los particulares para que ejerzan esa tarea y se supere la falencia. El conocimiento previo implica una intervención interdisciplinaria en áreas mínimo como la financiera, la jurídica, mercadotecnia y la técnica referente al tema a que se refiera la acción estatal.

La justificación de la intervención Estatal conlleva a solicitar la reserva de los recursos y en esa medida argumentar su aplicación; la legislación advierte que para llegar a suscribir un contrato en donde esté implicada una entidad pública debe existir la reserva presupuestal que se trasluce en certificado de disponibilidad presupuestal y para llegar a este se entiende que se ha agotado la etapa de los estudios previos.

El tener elaborado los estudios de lo que se va a hacer implica que ya hay un conocimiento construido por un grupo de individuos, los cuales desde sus áreas han aportado los elementos indispensables para comprender y proyectar la

---

<sup>34</sup> GÓMEZ LEE, Iván Darío, *Contratación Visible 2010*, Bogotá: Imprenta Nacional 2010 pag.71

<sup>35</sup> Consejo de Estado, sentencia 31 de enero de 2011 número interno: 17767

solución a la necesidad; es aquí cuando es posible afirmar de la existencia de una apreciación y conocimiento objetivo, puesto que no es solo el juicio del funcionario facultado para tomar la decisión sino una construcción colectiva despojada de valoraciones personales o subjetivas comprobables.

La legislación ha establecido factores que orientan el ejercicio de selección del contratista como en el artículo 29 de la ley 80 el cual refería a la escogencia del contratista por la oferta más favorable, teniendo presente lo económico, garantía de cumplimiento, experiencia, organización, plazo, capacidad técnica, entre otros llevando a que esta determinación estuviera lejos de apreciaciones subjetivas y haciendo que el funcionario estuviera obligado a practicar un ejercicio de análisis para argumentar esa decisión.

Al ser derogado el artículo 29 por la ley 1150, el artículo 5 en “esta última disposición se establecieron los siguientes criterios generales para la selección del contratista: **(i)** la capacidad jurídica, condiciones de experiencia y capacidad financiera y de organización, como requisitos habilitantes para participar en el respectivo proceso de selección; **(ii)** la favorabilidad de la oferta desde el punto de vista técnico y económico; **(iii)** el menor precio, en el caso en lo que la entidad contratante planea adquirir bienes y servicios de características uniformes; y **(iv)** la experiencia específica y la composición del equipo de trabajo, en los procesos dirigidos a la selección de consultores.”<sup>36</sup>

El principio de selección objetiva reviste suma importancia en el estudio de los contratos celebrados con base en el artículo 355 de la constitución política, puesto que el postulado constitucional ni el cuerpo legal reglamentario determina a cual modalidad debe acudir el ordenador del gasto para escoger el asociado; quedando a discreción del funcionario esta escogencia siendo uno de sus marcos de referencia este principio.

La jurisprudencia ha definido que “la selección objetiva es un deber - regla de conducta- en la actividad contractual, un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin pues apunta a un resultado, el cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación<sup>37</sup>”.

Aquí es ajustado afirmar que la selección del contratista, acto preparatorio de la conformación del contrato o acuerdo de voluntades, garantiza una objetividad puesto que la etapa previa a la suscripción del contrato se encuentra regida por los principios que se enmarca la actividad administrativa y contractual, esto es, transparencia, economía, eficiencia, responsabilidad y selección objetiva por la consecución de los fines del Estado de una forma racional.

---

<sup>36</sup> Corte constitucional, sentencia C- 300 del 25 de abril de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

<sup>37</sup> Consejo del Estado, sección tercera sentencia 24715 diciembre de 2007, M.P. Correa Palacio,

## 2.4. Modalidad de la Contratación Directa

Luego de tener claro que la administración en el ejercicio de celebrar contratos y convenios esta habilitando la participación de los particulares en el cumplimiento de los deberes del Estado, y en esa medida ha fijado parámetros precisos para que al momento de seleccionar ese aliado se haga con la mayor certeza que se va a contar con el que ofrece mejores ventajas a la entidad, lo que redundará en beneficio del interés general.

Dentro las diversas alternativas que brinda la legislación colombiana en la selección de los particulares para compartir las tareas estatales, se encuentra la modalidad de contratación directa, esto quiere decir, que la entidad sin mayores procedimientos, ni amplias convocatorias, ni abrir concurso para que los interesados presenten sus ofertas, realizar sendas evaluaciones y de ese grupo oferente elegir con quien va a contratar; la selección la adelanta el ordenador del gasto de manera discrecional al considerar cual es el más idóneos.

Sin embargo este mecanismo esta sometido a un criterio general que debe guiar la selección de los colaboradores de la administración pública, si bien se esta ante una manera flexible de selección del contratante en el sentido que el ordenador del gasto no esta obligado a cumplir procedimientos; “En efecto, en la contratación, ya sea de manera directa o a través de licitación o concurso públicos, la administración está obligada a respetar principios que rigen la contratación estatal y, especialmente, ciertos criterios de selección objetiva a la hora de escoger el contratista al que se le adjudicará el contrato.

Respecto a la contratación directa, en interpretación de la norma precitada, la Sala observa que con anterioridad a la suscripción del contrato, es deber de la administración hacer un análisis previo a la suscripción del contrato, análisis en el cual se deberán examinar factores tales como experiencia, equipos, capacidad económica, precios, entre otros, con el fin de determinar si la propuesta presentada resulta ser la más ventajosa para la entidad que contrata.”<sup>38</sup> La corporación al referirse a la norma interpretada lo esta haciendo respecto a la ley 80 de 1993, en su artículo 24 el que se refiere al principio de la transparencia en la contratación estatal.

El uso de la modalidad de contratación directa ha sido objeto de regulación por parte del legislador y ha determinado de manera taxativa las materias y circunstancias en que es posible utilizar este mecanismo; dentro esas posibilidades que es legalmente permitido se encuentra la celebración de los contratos emanados del artículo 355 de la Constitución Política; es lo que se desprende de la lectura del decreto 777 de 1992.

---

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de abril de 2005, Consejero Ponente: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, Radicación N° 19001-23-31-000-2002-01577-01



Aunque la afronta importantes cuestionamientos al ser señalado que ha sido utilizado por varias entidades para eludir las modalidades de selección que involucran procedimientos que contemplan una participación de oferentes; en este sentido se pronuncian los entes del control como “la Auditoría General de la República en el marco del *"Proyecto de Control al Control"* de la contratación observó que el 47% de los procesos contractuales de los sujetos vigilados por los órganos de control se realizan a través de contratación directa.

Así mismo, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, en cumplimiento de sus funciones, han diagnosticado que a menudo se acude a la contratación directa para eludir los procedimientos de selección acordes con la naturaleza de los bienes, obras o servicios que se pretenden adquirir o con su cuantía. Se ha encontrado también que se entregan importantes recursos del presupuesto estatal a particulares, sociedades de economía mixta, instituciones de educación superior y fundaciones, entre otros, que no resultan idóneos para ejecutar el objeto pactado, lo que impide que se satisfagan las necesidades que suscitaron el correspondiente negocio jurídico, exponiendo los intereses colectivos involucrados”<sup>39</sup>

Esta práctica de priorizar la escogencia directa de los asociados con que la administración adelanta actividades tendientes a atender obligaciones propias de su naturaleza o que han sido adjudicadas en la distribución de funciones estatales; ha copado un importante número de programas y proyectos destinados principalmente a la atención de la población vulnerable y de las políticas de inclusión social.

Es de conocimiento que la administración en los distintos niveles territoriales a acudido principalmente a “la contratación directa como el modelo de vinculación contractual mediante el cual la entidad estatal, previo entendimiento directo o conforme a las condiciones de mercado, si fuere el caso, en los excepcionales casos que lo autorizan y agotado cierto procedimiento de agilidad y eficiencia que la caracteriza, elige al contratista. Por lo general, en la contratación directa se realiza de iuris la escogencia del contratista.”<sup>40</sup>

A este respecto se han registrado importantes opiniones que manifiestan preocupación por el uso desmedido de los convenios, por parte de la administración Distrital, por una parte se asegura que “es conocida entre los servidores públicos la utilización frecuente de la figura del convenio interadministrativo, para encubrir bajo su manto la celebración de verdaderos contratos administrativos y eludir así la aplicación de todo el régimen contractual, especialmente el de selección de los contratistas de la administración”<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Circular 014 de junio 2011, Procuraduría general de la nación, contraloría general de la república y Auditoría general de la república.

<sup>40</sup> SOLANOSIERRA, Jairo Enrique, 2010, *Contratación Administrativa*, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

<sup>41</sup> Idem, CHAVEZ, 2008, pag. 33

## **2.5. Una Visión Integracionista de La Participación De Los Particulares En Las Actuaciones De La Administración**

En procura de acentuar la perspectiva teórica del inciso segundo del artículo 355 de la constitución política, en el sentido que este alienta la construcción de unas nuevas formas de relación entre los administrados y el Estado, inaugurando espacios de encuentro que no se inscriben en los escenarios tradicionales de lo público o de lo privado, estando al centro conceptos que superan las relaciones contractuales y de regulación legal dando paso a lo semipúblico, los consensos y la autorregulación.

En el cumplimiento de los fines del Estado se está en disputa dos enfoques sobre la participación de los particulares, esta por un lado el otorgamiento de responsabilidades al particular para que este desarrolle determinadas actividades y mediante la regulación la administración controla para que lo encomendado se cumpla; por otro lado, la participación de los administrados mediante la celebración de acuerdos entre este y las entidades estatales ejerciéndose el control del cumplimiento de lo pactado a través de los mecanismos de interventoría y supervisión.

Se suma a la reflexión los niveles de cohesión en que los particulares se presentan ante la administración, en la actualidad la sociedad está asumiendo importantes grados de organización que van más allá de la expresión u organización política dando lugar a formas de asociatividad y de cooperación que se construyen para hacer frente a las deficiencias y dificultades, suplir las necesidades espirituales y materiales de orden individual y grupal.

En este marco se inscriben las entidades sin ánimo de lucro-ESAL, que se han abierto espacio en las acciones dirigidas a dar respuestas a las necesidades que adolecen grupos importantes de la población; en alguna de esas acciones se comparte con el Estado y con entidades de orden internacional creando escenarios de diversa índole, que van desde las relaciones contractuales, las alianzas, los acuerdos y las actuaciones que se dan basados en sus reglamentos y criterios de trabajo.

En esa medida estamos frente a formas de interlocución Estado- Administrados mediante la "idea de una sociedad bien ordenada", con sus tres elementos: de existir un acuerdo de la justicia política, de la concepción pública de la justicia en la estructura básica de la sociedad- esto es sus principales instituciones políticas y sociales, y el modo que se acoplen para formar un sistema de cooperación y la regulación efectiva, esto es la capacidad entender y aplicar los principios públicamente reconocidos"<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> RAWLS, Jhon, *La Justicia como Equidad, Fondo de Cultura económica*, : Editorial Fonde de Desarrollo Económico Mexico D.F 2011 pag. 32

Aquí cobra importancia el sentido de pertenencia del ciudadano y la cualificación del ejercicio de la ciudadanía ligada a procesos asociativos “digamos que se conciben como iguales en el sentido de que todos se entienden poseedores, en el grado mínimo esencial, de las facultades morales necesarias para participar en la cooperación social durante toda una vida y para formar parte de la sociedad como ciudadanos iguales. Nosotros consideramos que poseer en ese grado dichas facultades es la base de la igualdad entre los ciudadanos en cuanto personas, es decir que entendemos la sociedad como un estado equitativo de cooperación, la base de la igualdad es poseer en el grado mínimo requerido las capacidades morales y las demás capacidades que nos permiten participar plenamente en la vida cooperativa de la sociedad”<sup>43</sup> .

Lo anterior enmarcado en la teoría de su derecho reflexivo que no determina autoritariamente las funciones de otros subsistemas sociales. “El papel del derecho estatal es, de nuevo, no la regulación material sino la estructuración organizativa y procedimental de los procesos sociales “autónomos”<sup>44</sup>. No es la reclamación individual que genera una reacción del Estado para suplir una necesidad sino es una acción planificada colectiva.

Con esta visión el individuo es desplazado en su ejercicio ciudadano y lo transfiere a una forma asociativa que como lo establece la norma constitucional en análisis, es una entidad sin ánimo de lucro esto es que no persigue la utilidad particular, la ganancia, siendo la vinculación otros anhelos, “el objetivo fundamental no es ni la igualación del poder ni el incremento de la participación individual en el sentido enfático de “democracia participativa”. Más bien consiste en el diseño de estructuras organizativas que hagan las instituciones-sociedades, asociaciones semipúblicas, medios de comunicación, instituciones educativas-sensibles a los efectos exteriores de sus intentos por maximizar la racionalidad interna. Su función principal es sustituir el control intervencionista externo por una estructura de control interno efectiva”<sup>45</sup>.

En esa perspectiva “el derecho cumple su función integrativa promoviendo procesos reflexivos en otros subsistemas sociales, el conocimiento social requerido por el sistema legal es muy específico y la necesidad de construir modelos mucho más limitada de lo que sería un derecho de planeación “comprehensiva.” El derecho reflexivo necesita utilizar y desarrollar sólo el conocimiento necesario para el control de los procesos autoregulatorios en diferentes contextos. De esta forma, los modelos de política social correspondientes podrían sustituirse por modelos dirigidos a la solución de

---

<sup>43</sup>Idem, RAWLS,, pag. 44

<sup>44</sup> TEUBNER GUNTHER, *La Fuerza del derecho: Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno*, Ediciones Uniandes 2011 Bogotá D.C.: p. 137).

<sup>45</sup>Idem,TEUBNER,2011 pag.140

problemas sociales que mostrasen cómo combinar la perspectiva del análisis sociolegal con la dinámica de los procesos de interacción”<sup>46</sup>

Es de pertinencia en esta búsqueda analizar los planeamientos del Dr. Mejía Quintana Oscar, en lo relativo a su estudio sobre Rawls John y Habermas Jürgen, quienes proponen una reflexión sobre los conceptos de consensos, autorregulación y escenarios de relaciones dialógicas sugiriendo formas de actuación entre el Estado y los individuos que superan las tradicionales.

“Un primer momento, el dialógico-moralque, con la figura de la posición original, supone la obtención de un consenso racional y argumentado donde todas las concepciones de justicia y sus proyecciones económicas son discutidas, contrastadas y asumidas.

Un ético-contextual segundo momento, el político-contractual, donde la concepción política de justicia es fundamentada desde el consenso entrecruzado las diferentes concepciones moni-comprehensivas razonables de la sociedad y, a partir de ello, se construye cooperativamente, el espacio de lo público. Y, por último, un tercer momento, el, a través del cual la persona o el sujeto colectivo, en el marco de una comunidad y tradición concretas y específicas, subsume o no los principios dentro de su irreductible e irrenunciable esfera particular.

Esta complejidad, precisamente, impone la necesidad de superar los esquemas contractualistas -basados en meros acuerdos de intereses- por esquemas dialógicos que garanticen consensos normativos amplios. El **principio discursivo**, aplicado al derecho, desarrolla un paradigma procedimental que privilegia las condiciones comunicativas y los procesos de formación de la opinión y la voluntad públicas y que, en su aplicación, es el único que asegura la autonomía moral de los diversos sujetos colectivos ciudadanos”<sup>47</sup>

Una de los desarrollo de significada importancia esta la experiencia de el sistema anglosajon que presenta un tratamiento agíl y dinamico en las relaciones adminstración y los particulares en cuanto que “en el ordenamiento jurídico anglosajón, de donde es originaria esta figura, no existe el contrato administrativo “típico”, esto es tipificado en una ley de contratos en la que se prevean los distintos de relación y se establezca un derecho objetivo de la contratación a la que deban someterse –principio de legalidad- cada una de las actuaciones singulares, es decir, cada contrato”<sup>48</sup>.

Uno de los aspectos que trae el Estado moderno es la apertura a distintas formas de ejercer sus funciones y de cumplir sus fines, esas nuevas formas “Por una

---

<sup>46</sup>Idem, TEUBNER, pag.143).

<sup>47</sup> MEJIA QUINTANA, Oscar, Elementos para la Recosntrucción del Estatutos epistemológico de la filosofía del Derecho, publicado en *Humanitas* (No. 33), Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos (Universidad Autónoma de Nuevo León) 2006 pag. 18-20

<sup>48</sup>ORTIZ ARINO, Gaspar. El contrato de Colaboración Publico Privado. Editorial, Universidad de los Andes. Bogotá 2010 pag.208

parte, es importante resaltar que la atribución de funciones administrativas a los particulares en el sistema colombiano puede hacerse en personas jurídicas o naturales. En este sentido, nuestro ordenamiento recoge la concepción doctrinal según la cual las corporaciones privadas son depositarias históricas de importantes atribuciones administrativas (asociaciones de abogados, asociaciones de profesionales, cámaras de comercio, industria y navegación, notarios, agentes de bolsas, recaudadores particulares de impuestos etc.). Se trata por lo tanto de un sistema amplio, aunque subutilizado”<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de derecho administrativo tomo I editorial Universidad Externado de Colombia, 2007 p.157

### **3. LOS CONVENIOS DE ASOCIACIÓN EN EL DISTRITO CAPITAL**

En este capítulo se presenta el estudio de caso el cual tiene como principal objetivo identificar cuáles fueron los parámetros con los que la Secretaria Distrital De Integración Social, adelanto el proceso de selección de los operadores de los comedores comunitarios del programa de seguridad alimentaria del Distrito Capital, en el período comprendido entre 2004-2007 y 2008 –2011, y con quienes celebro los convenios de asociación.

La metodología utilizada para llevar a cabo este estudio se realiza una recopilación de las disposiciones constitucionales, legales, resoluciones, circulares y conceptos emitidos por los diferentes entes distritales involucrados en la ejecución del programa de seguridad alimentaria y de los encargados de brindar los diferentes apoyos, en especial la secretaria general y la dirección jurídico, a los ordenadores del gasto haciendo un análisis de su contenido, buscando formular alguna valoración respecto a la aplicación de los principios de planeación y selección objetiva de la contratación estatal.

A la vez se analizara la incidencia de la participación de los usuarios del programa de seguridad alimentaria con el aporte de la cuota de corresponsabilidad, elemento que contribuyo a creación de nuevos escenarios de la relación entre los particulares y las entidades administrativas del Estado.

#### **3.1. Marco General Legal Inherente a La Contratación Estatal En Distrito Capital**

Partiendo de la consideración que la constituyente de 1991, tuvo dentro sus temas, el distrito capital y plasmo en la constitución en el capítulo 4 del título XI de la organización territorial un régimen especial para Bogotá D.C., en donde determina varios aspectos referidos a que el régimen político, fiscal y administrativo será definido por la constitución, las leyes especiales que para ello se promulguen, al igual que se le someterá a las disposiciones vigentes para los municipios.

##### **3.1.1. El Estatuto Orgánico de Bogotá D.C.**

En el artículo transitorio 41 de la Constitución política el constituyente le estableció un plazo de dos años contados a partir de promulgada la Constitución para que el congreso de la república dictara la ley que desarrollara el marco constitucional del Distrito Capital y en su defecto pasado este tiempo, entrego facultades al gobierno nacional para que por una sola vez, fuera este llevara adelante dicho cometido.

Transcurridos dos años el congreso de la república no adopto la norma a él encomendada, siendo entonces el gobierno nacional quien expidió el Decreto 1421 de 1993, hecho que genero una multitud de reacciones y expresiones entorno a las características que cobijaban esta disposición, al ser producto de un mandato constitucional lo que llevo a pronunciamientos jurisprudenciales en aras a aclarar el alcance del mandato constitucional y el agotamiento de este, el rango de la norma promulgada y la incidencia de las otras disposiciones legales sobre las entidades territoriales.

En torno al tema tenemos que “Ahora bien, el hecho de que el artículo 322 Superior circunscriba el régimen político, fiscal y administrativo del Distrito Capital al imperio de una ley especial, no significa, ni mucho menos, que se haya creado una categoría de ley a la manera de las orgánicas o estatutarias. Por el contrario, lejos de cualquier ritualidad especial o diferente a la de las leyes ordinarias, lo que la ley contentiva del régimen del Distrito Capital implica es el reconocimiento de un criterio territorial en particular y de unos perfiles institucionales y funcionales que con exclusividad identifican y diferencian a dicho distrito respecto de todos los demás. Sin perjuicio de que ante la ausencia de regla especial le sean aplicables las disposiciones vigentes para los municipios, poniéndose de relieve tanto los rasgos comunes de este Distrito para con los municipios y demás distritos, como la no exigencia de una tal especial ritualidad. A decir verdad, desde el punto de vista del procedimiento legislativo el régimen del Distrito Capital se condensa en una ley de corte ordinario.”<sup>50</sup>.

El régimen legal contenido en el Decreto Ley 1421 de 1993, trata las dimensiones de una entidad territorial; el titulo X entre los artículos 145 al 152 del estatuto orgánico se ocupa del tema de la contratación, allí señala como criterio general del Distrito Capital para desarrollar la contratación los principios, requisitos y procedimientos de la Ley 80 de 1993.

En procura de una mayor precisión a continuación se hace una síntesis del articulado respecto a la contratación en Bogotá:

La selección objetiva se tiene como el criterio de escogencia de los contratistas del Distrito capital por ello acoge dentro los mecanismos la licitación, concurso público o cualquier otro procedimiento que reglamente el concejo y garantice los principios de transparencia, economía y responsabilidad dispuestos en el estatuto general de la contratación pública.

Las corporaciones públicas, las juntas directivas, las juntas administradoras y los organismos de control no podrán intervenir ni inmiscuirse en el proceso de

---

<sup>50</sup>Corte Constitucional Sentencia C - 837 del 9 de agosto de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería

selección de los contratistas ni en la adjudicación, celebración, ejecución y liquidación de los contratos. Tampoco podrán hacerlo sus miembros, representantes, delegados o voceros. Todo ello sin perjuicio de las funciones de examen, verificación, vigilancia y control que corresponden a esas corporaciones y organismos y a sus miembros y funcionarios.

En los presupuestos anuales del Distrito Capital, sus localidades y entidades descentralizadas, se entienden incorporadas y otorgadas las autorizaciones distritales necesarias para la celebración de los contratos que requiera la ejecución del presupuesto.

Los contratos que celebren el Distrito Capital y sus entidades se perfeccionan cuando haya acuerdo sobre su objeto y contraprestación y ese acuerdo se consigne en documento que suscriban las partes. Para la ejecución del contrato se requiere la aprobación de las respectivas garantías, el pago de los impuestos y la existencia de las disponibilidades presupuestales pertinentes.

De todo contrato deberá publicarse un extracto en el Registro Distrital que contenga las cláusulas referentes a su objeto, cuantía y plazos y las demás que se consideren de especial importancia.

El Distrito Capital, sus localidades y las entidades descentralizadas podrán celebrar los contratos, convenios y acuerdos previstos en el derecho público y en el derecho privado que resulten necesarios para el cumplimiento de sus funciones, la prestación de los servicios y la construcción de las obras a su cargo. Se deberán pactar las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren convenientes y necesarias para asegurar su ejecución, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley y el orden público; también se incluirán las cláusulas excepcionales, cuando así lo disponga la ley.

Las entidades descentralizadas encargadas de la prestación de servicios públicos domiciliarios y de teléfonos con el fin de asegurar los objetivos señalados en la Constitución Política, la ley y los estatutos podrán celebrar para la ejecución de proyectos, contratos de asociación con personas jurídicas, nacionales o extranjeras, sin que en virtud de los mismos surjan nuevas personas jurídicas ni que las entidades públicas sean solidariamente responsables con los particulares.

Las entidades distritales podrán celebrar contratos de fiducia y de encargo fiduciario con sociedades autorizadas por la Superintendencia financiera. En ningún caso las entidades distritales fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo fiduciario, los cuales, además cumplirán las norma fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad fideicomitente.



El Distrito Capital y sus entidades descentralizadas podrán celebrar contratos para la construcción de obras públicas y la extensión o ampliación de redes de servicios con quienes se comprometan a financiar el objeto del convenio a cambio de los derechos o contribuciones que deban pagar a la entidad contratante, conforme a las compensaciones económicas que se establezcan en el respectivo contrato.

El Distrito Capital y sus entidades sólo podrán celebrar los convenios aquí previstos en relación con obras de su competencia y que ellos mismos deban ejecutar. Cuando las circunstancias lo aconsejen, el mismo convenio podrá ser suscrito por varias entidades distritales.

La parte final del título del estatuto orgánico de Bogotá, se encarga de los contratos especiales. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución Política, el Distrito podrá celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes distritales y locales de desarrollo, con sujeción a los reglamentos que expida el Gobierno Nacional.

El estatuto orgánico reseñado no presenta mayores desarrollos respecto a lo establecido en el régimen general de contratación pública limitándose a formular competencias y alcances de los distintos niveles y órganos de la estructura administrativa del Distrito capital; ante los contratos emanados del artículo 355 superior solo enuncia el contenido de este y expresa una especie de autorización para que el Distrito capital pueda celebrar estos convenios.

### **3.1.2. Acuerdo 257 de 2006 y Decreto 607 de 2007**

Con el Acuerdo 257 de 2006 el Distrito Capital, modifica su estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades, fue objeto de una reforma administrativa la que transformo a los Departamentos Administrativos en Secretarías, en concreto el artículo 87 de este acuerdo convirtió el Departamento Administrativo De Bienestar Social en la Secretaría Distrital de Integración Social, siendo este un organismo del sector central con autonomía administrativa, financiera y competencia para contratar.

El Sector Integración Social tiene la misión de liderar y formular, en la perspectiva del reconocimiento y la garantía de los derechos, las políticas sociales del Distrito Capital para la integración social de las personas, las familias y las comunidades, con especial atención para aquellas que estén en mayor situación de pobreza y vulnerabilidad, ejecutar las acciones que permitan la promoción, prevención, protección, rehabilitación y restablecimiento de sus derechos, mediante el ejercicio de la corresponsabilidad y la cogestión entre la familia, la sociedad y el Estado.

El Sector Integración Social está conformado por la Secretaría Distrital de Integración Social, cabeza de Sector, y el Instituto para la Protección de la Niñez y la Juventud, IDIPRON que es adscrito a la Secretaria.

El Decreto 607 de 2007 por el cual se determina el objeto, la estructura organizacional y funcionamiento de la Secretaria Distrital De Integración Social, introduce cambios y ajustes en donde se destaca la creación de una subdirección de contratación como parte de la Dirección de gestión corporativa la cual tiene dentro sus funciones:

Dirigir y ejecutar los procesos de contratación que se adelanten para el desarrollo de actividades, proyectos y programas de la entidad en sus tres momentos precontractual, contractual y postcontractual

Coordinar y ejecutar los procesos de contratación financiados con los recursos de la entidad y/ o de los fondos de desarrollo local; responder por la actualización de los sistemas de información para diligenciar, publicitar, registrar y hacer seguimiento de los procesos contractuales.

Absolver las peticiones referentes a los procedimientos de celebración, ejecución y liquidación de los contratos que formulen las dependencias de la secretaria, los particulares, los organismos y las entidades distritales; participar en el diseño del plan de contratación.

Un aspecto a resaltar es que la Secretaria De Integración Social, dentro su estructura, la subdirecciones locales para la integración social asume como una de sus funciones la de asesorar a la dirección territorial en la planeación, diseño, ejecución, supervisión, control, evaluación y sistematización de las estrategias, programas, proyecto y servicios que se prestan en cada localidad, por medio de los proyectos de inversión de la Secretaria, o por medio de los centros de desarrollo social, a las subdirecciones locales para la integración social o a través contratos o convenios con organizaciones públicas y privadas.

La subdirección local, establece relaciones de coordinación con instituciones locales que presten servicios afines o complementarios a los de la Secretaria y promueve ante la dirección territorial la celebración de los convenios o contratos con entidades privadas o públicas en procura de fortalecer los proyectos y servicios que se prestan en la localidad.

Como se anoto anteriormente a las Secretarias se les asignaron competencias que ampliaron sus alcances, en particular con relación a la capacidad para contratar, incluyendo dentro su estructura un organismo dedicado a adelantar las labores que demanda la contratación de la dependencia y de las dependencias de

la Secretaria en cada localidad, siendo este un punto que fortaleció la descentralización.

La reforma administrativa describe puntualmente que las Secretarías y en particular la de integración social, para lograr el cumplimiento de los objetivos misionales puede acudir a la concertación con los particulares en la ejecución de políticas y programas dirigidos a la población objeto, por ello la Secretaria y sus dependencias en las localidades esta en facultades para celebrar convenios con entidades privadas o públicas.

### **3.2. Criterio Para La Celebración De Convenios En El Distrito Capital**

El abordaje de este tema se centra en analizar tres aspectos que revisten importancia en la demostración de cómo la administración pública a dado apertura a formas atípicas de relación con los particulares; El primero, la celebración de los convenios entre la administración y las entidades sin ánimo de lucro, segundo aspecto, es la corresponsabilidad entre los usuarios del programa de seguridad alimentaria, los operadores y la autoridad administración local, cuando los usuarios contribuyen con una cuota en cada una de las oportunidades que acceden al servicio.

Para el años de 2004- 2007 la administración del Distrito Capital elegida para este período asumió como una de sus principales banderas la implementación de un programa que garantizara el acceso a todos los Bogotanos y Bogotanas a alimentación básica por medio del programa denominado *Bogotá sin Hambre*, que entre otros aspectos consistía en instalar comedores en diferentes zonas de la ciudad, en especial los territorios que presentaban grupos de población en alta vulnerabilidad y entregar una ración de alimento caliente.

En la primera etapa se genera una serie de situaciones, en donde se destaca la relación de la administración Distrital y las organizaciones que operaron los comedores las cuales tenían como principal característica ser entidades comunitarias sin ánimo de lucro, la promoción de la asociatividad de los beneficiarios del programa quienes estaban obligados a constituir organizaciones y aportar una cuota voluntaria, no condicionante, al momento de acceder al servicio.

La administración distrital para ejecutar el programa de seguridad alimentaria, en particular la entrega de la ración caliente, lo hace mediante el uso de los contratos establecidos en el artículo 355 de la Constitución Política; pero para llevar adelante esta forma de contratación los entes encargados de este programa elevan consultas con el objeto de contar con los elementos necesarios para celebrar los acuerdos, a continuación se reseñan las consultas y sus respectivas respuestas.

### 3.2.1. Concepto No. 32 de 2004

La Secretaria General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, en aras de resolver una consulta elevada por el Coordinador del programa Bogotá Sin Hambre, por medio del concepto No. 32 de 2004, puntualiza aspectos de primer orden con relación a la celebración de los contratos de apoyo y de asociación; concepto que es emitido con la participación de la Dirección Jurídica Distrital y la Subdirección de conceptos.

El citado concepto inicia planteando que por el “talante de la actual política Distrital se hace necesario la construcción de políticas públicas fundamentadas en los criterios de inclusión, participación y equidad, lo que implica dar respuesta a importantes retos a nivel social uno de ellos, manifiesta, es que gravita entorno de los diferentes regímenes contractuales posibles, en la medida que la sociedad, a través de distintos actores, tales como comunidades, organizaciones no gubernamentales, personas jurídicas sin ánimo de lucro, la empresa privada, la academia, los diferentes credos religiosos se han ido congregando alrededor de las política distritales, especialmente en el campo social”<sup>51</sup>.

El concepto comenta la necesidad que tiene la Administración Distrital de reunir a todas las oficinas jurídicas de las diferentes entidades distritales con el propósito de examinar el marco jurídico, procedimientos administrativos y contractuales que la administración ponga en práctica. Para poder resolver la consulta la secretaria general se formula tres interrogantes:

- ¿Cuáles son las modalidades que se pueden desarrollar a nivel contractual, entre las entidades distritales e instituciones sin ánimo de lucro?
- ¿Cuáles son las formulas contractuales que pueden permitir a las entidades públicas apoyar, fortalecer y potenciar el papel de las organizaciones sociales y comunitarias que actúan en el terreno de los objetivos de la política distrital, especialmente en el campo alimentario a personas en condiciones de vulnerabilidad, de suerte que estos esfuerzos puedan concurrir con recursos de otras fuentes, públicas y privadas, posibilitando la sostenibilidad social de estas acciones?
- ¿Cuáles son las formas y modelos contractuales que puedan utilizar las administraciones locales, que atienda los anteriores requerimientos y que permitan una respuesta rápida y ágil por parte de la administración?

---

<sup>51</sup> [www.alcaldiabogota.gov.co/sijur/normas/norma\\_1](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sijur/normas/norma_1)

En la tarea de dar respuesta a las anteriores interrogantes en el concepto se incluye una reflexión frente a la Constitución política, resaltando que dentro los fines del Estado se encuentran “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecta y en la vida económica política, administrativa y cultural la nación” y como en el preámbulo se recalca que uno de los fines del Estado está en asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz ello dentro un marco jurídico, democrático y participativo que garanticen un orden social justo.

Recogiendo el planteamiento de que uno de los fundamentos de la Constitución política es la participación de los integrantes de la sociedad en un modelo de Estado democrático, se cita lo que la Corte Constitucional ha planeado en el sentido de que el concepto de democracia participativa es “un proceso político abierto y libre, cuya realización deben contribuir tanto los particulares como todas la autoridades, incluida la fuerza pública. El corazón de la democracia es el respeto de los derechos de la persona. El fin último y fundamento mismo de organización política democrática es la dignidad humana, la cual solo puede ser garantizada mediante la efectiva protección de los derechos fundamentales”<sup>52</sup>

Por esto, subraya la Secretaria, existen instituciones como la descentralización administrativa, la desterritorialización, la asignación, desconcentración y delegación de funciones y el régimen contractual de la administración; en particular este último mecanismo que por medio de la Ley 80 de 1993 y los decretos reglamentarios definió la manera como los particulares participan con la administración para que el Estado cumpla sus fines.

La Secretaria Distrital acoge el criterio de que la “Constitución y la ley 80, como veremos, contempla la existencia de regímenes contractuales diferentes que permitan igualmente la vinculación contractual de los ciudadanos con la administración pública”. Y a reglón seguido asegura que hay una amplia gama de excepciones y regímenes mixtos de carácter contractual que coexisten con la ley 80 abordando para esta ocasión dos de estos:

- A. Contratos de apoyo, artículo 355 de la Constitución Política. Luego de transcribir el mencionado artículo se ocupa de la reglamentación que de este hizo el gobierno nacional a través del Decreto 777 de 1992 y decreto 1403 de 1992 en donde destaca lo siguiente:
  - Constar por escrito, la publicaran en el diario oficial. No se podrán celebrar con: contraprestación directa a favor de una entidad pública, para funciones o suministrar servicios público a cargo del Estado por mandato de la Constitución o legal; para la transferencia del Estado previstos en la Constitución en los artículos 43, 44, 52, 368,13 y 46 transitorios y proyectos

---

<sup>52</sup> Corte constitucional sentencia T 439 de 1992 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

específicos por cuenta de la entidad pública con las instrucciones específicas que esta imparta.

- Las sociedades de economía mixta y empresa industrial y comercial del Estado, para el caso de Bogotá, contar con la autorización de la Secretaria General de la Alcaldía Mayor artículo 7 decreto 854 de 2001. El contratista debe otorgar garantías de manejo y cumplimiento, si la cuantía es inferior a 100 SMMLV, se puede con fianzas de bancos o póliza de seguros o garantías reales o personales. La ejecución del contrato se deberá verificar con interventoría, pero el gasto no podrá exceder el 5% por ciento del valor del contrato
- Antes de celebrar el contrato se deberá contar con el certificado de disponibilidad presupuestal suscrito por el jefe de presupuestos.
- No existirá vínculo laboral con el personal que el contratista vincule a la ejecución del contrato; un régimen de inhabilidades de las entidades sin ánimo de lucro respecto al representante legal o miembros de la junta directiva así: servidores públicos con autoridad dentro el territorio, miembros de las corporaciones públicas, cónyuge, compañera permanente o parientes de las personas que ejerzan cargos directivos en la entidad pública contratante. Término mínimo de duración de las entidades sin ánimo de lucro superior al término del contrato, un año más y una antigüedad de seis meses con personería jurídica.
- Estos contratos se podrán dar por terminados unilateralmente por la entidad pública.

#### B. Contratos de asociación entre la administración y personas jurídicas sin ánimo de lucro

El concepto de la Secretaria General de la Alcaldía Mayor pone de presente lo establecido por el artículo 96 de la ley 489 de 1998; siguiendo el contenido del mencionado artículo subraya que lo estipulado allí se hará de conformidad a lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución Política, en el texto de esos convenios se deberá precisar su objeto, termino, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que sean necesarios.

Respecto a la creación de las personas jurídicas en su constitución se deberá referir a aspectos como:

- Objetivos y actividades a cargo
- Aportes de las entidades asociadas
- Funcionamiento de la entidad creada y la participación de las asociadas
- Duración de la asociación y las causas de liquidación

Desarrollados estos aspectos la Secretaria General en el concepto trae a colación la jurisprudencia de la Corte Constitucional y cita varias sentencias las cuales ya fueron objeto de reseña en un aparte de este trabajo estas son: Sentencia C- 671 de 1999, Sentencia C- 372 de 1994, Sentencia C- 506 de 1994, Sentencia C- 230 de 1995, Sentencia C- 316 de 1995.

Luego de la reseña de la jurisprudencia la Secretaria General en su concepto expresa a manera de conclusión “esta metodología tienen como supuesto que los ciudadanos, en personas jurídicas sin ánimo de lucro, y la administración unen esfuerzos para sacar adelante un proyecto y/o desarrollar conjuntamente actividades en relación con los contenidos y funciones que le asigna a aquéllas la ley. Ello implicaría igualmente un papel activo de la administración, pero también un papel más activo de parte de los ciudadanos en la medida que aportan sus conocimientos, recursos, experiencias y sabiduría a un propósito común de la colectividad”.

En concordancia con lo anterior el concepto advierte que deberá existir reciprocidad entre el programa y objeto de la entidad distrital, con el Plan Distrital de Desarrollo y definir con precisión los aportes, recursos, prestaciones, bienes y servicios que colocaría a disposición cada una de las partes.

En la parte final del concepto en estudio se registra el contenido del Decreto Distrital 854 de 2001, por medio del cual se delegan funciones del Alcalde Mayor y se precisan atribuciones propias de algunos empleados de la Administración Distrital, en especial lo estipulado en el artículo 18 en donde se señala que la representación judicial y extrajudicial de los Fondos de Desarrollo Local y Alcaldías Locales, recae en la Secretaria de Gobierno.

El artículo 35 del decreto citado faculta a los Secretarios del despacho, Directores de Departamento Administrativo y de Establecimientos Públicos, la posibilidad de contratar, ordenar gastos y pagos con cargo a los presupuestos de los Fondos de Desarrollo Local, en los programas, subprogramas y proyectos del Plan de Desarrollo Local.

Respecto a los Alcaldes Locales el Decreto en su artículo 38 delegó las siguientes facultades:

- Celebrar convenios interadministrativos de cofinanciación, los comodatos.
- Celebrar convenios interadministrativos de donación con entidades públicas del orden distrital.
- Celebrar los convenios que estén dentro su competencia sin que causen erogaciones al presupuesto del Fondo de Desarrollo Local.

De los convenios celebrados bajo estas facultades una vez perfeccionados, los Alcaldes deberán enviar copias a la Subsecretaria de Asuntos Locales.

Con los planteamientos anteriores la Secretaria General a través de la Dirección Jurídica y la Subdirección de conceptos presentan pautas para que los diferentes Secretarías de despacho, Departamentos Administrativos, los Establecimientos Públicos de Orden Distrital y las Alcaldías locales, hagan frente a la participación de los particulares organizados en entidades sin ánimo de lucro, en la administración por medio de la celebración de acuerdos de voluntades bajo la modalidad de contratos de apoyo y convenios de asociación.

### **3.2.2. Circular 60 de 2004**

A los tres meses de haber proferido el concepto 32 de 2004, la Secretaria General de la Alcaldía Mayor se vuelve a pronunciar sobre el mismo tema, mediante la Circular 60 de 2004, dirigida a Directores de Departamento Administrativo, Gerentes de Unidades de Servicios Públicos, Directores y Gerentes de Entidades Descentralizadas, Directores de Entes Universitarios Autónomos, Gerentes de Empresas sociales del Estado a nivel Distrital, Alcaldes Locales y Veedurías Distritales.

Conservando su estilo nuevamente la circular hace alusión a la Constitución Política, resaltando el artículo 2 en cuanto a los fines del Estado destacando lo de: garantizar los deberes y derechos de la persona; la participación de todos en las decisiones que los afecta y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; el que las autoridades deben tomar medidas, adelantar actividades tendientes a disminuir las desigualdades sociales y la pobreza dentro un orden justo.

A reglón seguido se trae a colación el deber de los servidores públicos de someterse al imperio jurídico y en concreto a los principios que orientan la actuación y la función administrativa los cuales son: estar al servicio del interés general, la igualdad, moralidad, eficiencia y economía, celeridad, imparcialidad y publicidad mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

La circular destaca que en este contexto el orden jurídico ha señalado en la contratación estatal diferentes regímenes jurídicos a través de los cuales las entidades públicas pueden desarrollar sus deberes frente a la comunidad, teniendo como principio que los contratistas son colaboradores de aquella en el logro de sus fines, cumpliendo, por lo tanto, una función social.

En esta circular el Secretario fijó pautas relacionadas con las alternativas contractuales y de ejecución de programas y actividades de interés público del Plan de Desarrollo, estableciendo entre ellas los convenios de apoyo, contratos de asociación para cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas.

Es enfática la Secretaria General, en plantear que al referirse a la contratación estatal se hace mención a las modalidades de contratación distintas a las



establecidas por la Ley 80 de 1993 a tres regímenes contractuales diferentes: los convenios de apoyo, los contratos de asociación entre entidades públicas y los contratos de asociación para las actividades propias de las entidades públicas con participación de los particulares.

La circular en comento entrega una definición de cada uno de las tres modalidades así:

- Los convenios de apoyo, son los contemplados en el artículo 355 de la Constitución política y los Decretos 777 y 1403 de 1992. Contratos celebrados por las entidades públicas con personas jurídicas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo. Trae como referente la utilización que de esta modalidad ha hecho el IDCT.
- Contratos de asociación entre entidades públicas, las cuales podrán asociarse entre sí para el cumplimiento de funciones administrativas o prestar conjuntamente servicios a su cargo mediante convenios interadministrativos o la creación de personas jurídicas sin ánimo de lucro, Artículo 95 de la ley 489 de 1998.

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se crean por la asociación exclusiva de entidades públicas se sujetaran a las disposiciones del código civil y las normas para las entidades de este género; los estatutos determinan la conformación de los órgano directivos y la escogencia del representante legal, funcionamiento, integración de los órganos de administración, duración y causales de disolución

- Los contratos de asociación para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de los particulares. Contratos mediante los cuales las entidades públicas se asocian con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley. artículo 96 ley 489 de 1998.

En el contenido de los contratos debe estar plasmado con precisión su objeto, términos, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes y se rigen por el artículo 355 de la Constitución Política.

### **3.2.3. Circular No. 12 de 2004 y Concepto 016 de 2005**

La Veeduría Distrital por medio de la Circular 12 de 2004 dirigida a los Secretarios De Despacho, Directores De Departamentos Administrativos, Directores Y Gerentes De Institutos, Unidades Y Empresas Y Alcaldes Locales, Requisitos Para La Celebración De Contratos A Que Se Refieren El Inciso Segundo Del

Artículo 355 De La Constitución Política, Los Decretos 777 De 1992, 1403 y 2452 De 1993.

La circular inicia diciendo que el desarrollo de la gestión contractual en el nivel Distrital involucra la aplicación de diversidad de normas, unas excepcionales y otras especiales, diferentes a las contenidas en el Estatuto General de Contratación y sujetas al cumplimiento de requisitos y procedimientos que deben ser conocidos por las entidades distritales respectivas.

Esta complejidad y amplitud normativa está dada a su vez por varios factores, la naturaleza de algunas entidades distritales; la reglamentación especial de ciertos contratos; y el tratamiento excepcional que la misma ley otorga a algunos de éstos.

En relación con el carácter especial de ciertos contratos es preciso señalar que, el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política y los Decretos reglamentarios 777 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993 facultan a las entidades públicas para celebrar contratos de apoyo o impulso, con entidades privadas sin ánimo de lucro, para el fomento de programas o proyectos de interés público.

Para la suscripción de los contratos de apoyo a los que aluden las disposiciones señaladas, las entidades distritales deberán tener en cuenta lo siguiente:

1. El objeto de estos contratos será el impulso a programas o actividades de interés público, constarán por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares.
2. Evaluar la reconocida idoneidad de las entidades sin ánimo de lucro y dejar constancia escrita de dicha situación.
3. Las apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas, como son las cooperativas públicas, o corporaciones y fundaciones de participación mixta en cuyos órganos directivos estén representadas entidades públicas en forma proporcional a sus aportes, de acuerdo con las disposiciones estatutarias de la corporación o fundación.

En conclusión, si las entidades estatales celebran contratos que se adecuan a lo dispuesto en las normas aquí referidas, deben someterse íntegramente al régimen especial consagrado en las mismas, lo cual implica que su aplicación solamente puede darse en la medida en que concurren todas las circunstancias que facultan a la entidad para invocarla.

Termina advirtiendo que la Veeduría Distrital verificará permanentemente el cumplimiento de lo dispuesto en esta circular.

La Dirección Jurídica Distrital, en mayo de 2005, a través del concepto 016 de ese año, con el objeto de resolver una consulta formulada por la Oficina de Asesoría jurídica de Secretaría Distrital de Educación; el objeto de la consulta fue la siguiente: puede la Secretaría de Educación Distrital SED celebrar un contrato derivado de la aplicación del artículo 355 de la Constitución Política con la Caja de Compensación COMPENSAR, entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, para el desarrollo del día del maestro, actividad de interés público enmarcada dentro del programa "Más y mejor educación para todos y todas" dentro del Plan de Desarrollo Bogotá Sin indiferencia, sin tener en cuenta la cuantía y el proceso de selección señalado en la Ley 80 de 1993. El objeto del contrato lo constituye el desarrollo de actividades relacionadas con la recreación y la cultura, para los docentes vinculados a la Secretaría de Educación.

Se informa que la Secretaría de Educación tiene un presupuesto destinado para el efecto de 125 millones de pesos, mientras que Compensar, persona jurídica sin ánimo de lucro, además de desarrollar tales actividades, aporta la suma de treinta millones de pesos, traducidos en especie, la Secretaria de Educación reconoce además que en su interior existen dos posiciones, la síntesis de las dos posiciones son la siguiente:

1. Por una parte, la Dirección de Contratación considera que dada la cuantía del contrato (125 millones de pesos) debe acudirse al procedimiento de convocatoria abierta a que se refiere la Ley 80 de 1993.

Sostiene la Dirección de Contratación que el contrato a suscribirse con la Caja de compensación Compensar, para que ésta desarrolle programas y actividades de bienestar social en los campos de la recreación, el deporte y la cultura, dirigidas exclusivamente a los docentes del Distrito, como reconocimiento de su labor, no es un contrato de apoyo, en la medida en que éste implica una contraprestación directa a favor de la Secretaría de Educación. En otras palabras, se sostiene que es un contrato conmutativo en el cual la Secretaría de Educación realiza un gasto público en contraprestación de un servicio prestado a ella.

2. Por otra parte, la Dirección de Recursos Humanos de la Secretaría de Educación considera que este contrato se enmarca dentro de lo establecido en el artículo 355 de la Constitución Política, es decir, que este contrato es de apoyo y que, en consecuencia, en el mismo no son aplicables las reglas generales de selección de oferentes previstas en la Ley 80 de 1993. Sostiene que este tipo de contratos de apoyo tiene fundamento adicional en el artículo 152 del Decreto Ley 1421 de 1993, que se refiere precisamente a los contratos de apoyo, cuyo fundamento constitucional es el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política de 1991. Concluye la Dirección de Recursos Humanos que Compensar es una persona jurídica sin ánimo de lucro, la cual desarrollaría el objeto del contrato sin ninguna contraprestación o gastos por administración.

Ante las dos posiciones existentes en la Secretaría de Educación la Dirección jurídica, manifiesta que la discusión objeto del presente concepto gira en torno a las características del contrato por suscribir, a las diferencias sustanciales entre los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 y los contratos de asociación a que se refiere la Ley 489 de 1998 y a la inclusión de este contrato en uno de los marcos legales antes mencionados.

a. Características del contrato. Como ya se ha mencionado, el objeto del contrato a suscribirse es el desarrollo de actividades deportivas, recreativas y culturales por parte de Compensar, y cuyos beneficiarios directos son los docentes vinculados a la Secretaría de Educación Distrital. La obligación principal de la Secretaría de Educación es financiar esta actividad a través del aporte de 125 millones de pesos, mientras que la obligación principal de Compensar es desarrollar estas actividades y aportar para el efecto la suma de treinta millones de pesos, traducidos en especie.

b. Contratos de Ley 80 de 1993 y contratos de asociación. Ahora bien, en los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 el contratista desarrolla las obligaciones contractuales que le corresponden a cambio de una contraprestación económica generalmente monetaria. En esta contraprestación, como es lógico en una economía de mercado, va inmersa la idea de ánimo de lucro, pues la ganancia que pretende obtener el contratista es consustancial a la celebración del contrato regido por la Ley 80 de 1993. Por esta razón, en este tipo de contratos los oferentes son, por regla general, personas jurídicas con ánimo de lucro.

Por el contrario, en los contratos de asociación a que se refiere la Ley 489 de 1998 no existe la finalidad de obtener algún tipo de lucro, sino colaborar con las entidades estatales en el desarrollo de una actividad que no es rentable desde el punto de vista económico, pero sí lo es desde el punto de vista social. Por esta razón, en los contratos de asociación, los contratistas son personas jurídicas sin ánimo de lucro, cuya finalidad es colaborar con las entidades estatales en el desarrollo de un objeto contractual con las características anotadas. En este tipo de contratos existe un aporte conjunto de las entidades públicas participantes y de las personas jurídicas sin ánimo de lucro.

La dirección jurídica en su tarea de resolver la consulta busca ampliar la explicación en torno a las características de este tipo de contratos y para ello cita un aparte del concepto que ya había sido expedido por este Despacho, en donde se estableció que otra forma contractual a emplearse por parte de las entidades distritales para trabajar con entidades sin ánimo de lucro es la que se encuentra consagrada en el artículo [96](#) de la Ley 489 de 1.998 y transcribe esta disposición, la cual ya fue objeto de comentario en este trabajo.

A reglón seguido la dirección jurídica destaca que esta disposición contempla una valiosa posibilidad en la que, por ejemplo, ciudadanía y administración unen

esfuerzos y recursos para llevar a efecto una tarea común y reitera los elementos que se plantearon en la jurisprudencia de la corte constitucional, en particular las sentencias de constitucionalidad C - 671 de 1.999 que juzgó el artículo 96 de la Ley 489 de 1.998 y las Sentencia C- 372 de 1994, Sentencia C- 506 de 1994, Sentencia C- 230 de 1995, Sentencia C- 316 de 1995 ya comentadas.

Prosigue la Dirección jurídica subrayando que esta metodología tiene como supuesto que los ciudadanos, organizados en personas jurídicas sin ánimo de lucro, y la administración unen esfuerzos para sacar adelante un proyecto y/o desarrollar conjuntamente actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la Ley. Ello implicaría igualmente un papel activo de la Administración, pero también un papel más activo de parte de los ciudadanos en la medida que aportan sus conocimientos, recursos, experiencias y sabiduría a un propósito común de la colectividad.

En consecuencia, habría que establecer el objeto y programas a realizarse, la entidad u organismo distrital que suscribiría el contrato, la concordancia entre los objetivos y metas del programa con los del Plan Distrital de Desarrollo, y cuáles serían los recursos, prestaciones, bienes y servicios que aportaría cada parte.

En el aparte final del concepto el cual responde al numeral c) la dirección jurídica examina el caso objeto de consulta a la luz de los decretos reglamentarios del artículo 355 de la constitución política así:

- Naturaleza del contrato a celebrarse con Compensar. De conformidad con lo ya expresado, debe concluirse que el contrato mencionado corresponde a un contrato de asociación a que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Lo anterior en la medida en que en este contrato no existe ánimo de lucro por parte del contratista, en la medida en que los recursos que aporta la Secretaría de Educación están destinados a cumplir el objeto contractual, es decir, actividades recreativas y culturales para los docentes vinculados a esta secretaría, sin que haya alguna utilidad para el contratista. Por el contrario, de los antecedentes estudiados, se desprende que va a existir un aporte monetario por parte del contratista.

Si se analizan los contratos regidos por la Ley 80 de 1993, este tipo de aportes, sin ninguna contraprestación económica, es incompatible con la naturaleza del estatuto de contratación del Estado, precisamente porque los contratistas tienen un legítimo derecho a obtener una ganancia económica dentro del ejercicio contractual.

En este sentido, debe entonces mencionarse que un tipo de contrato en el cual el contratista aporta recursos económicos para el desarrollo del objeto contractual y no obtiene a cambio retribución económica, es una clase de contratos que no se

puede celebrar, por la naturaleza misma de las cosas, con una persona jurídica con ánimo de lucro, pues este tipo de personas espera legítimamente una retribución económica.

Por las razones anteriores, se considera que este contrato con Compensar no está excluido de los mandatos del Decreto 777 de 1992 y que en consecuencia no es un contrato regido por las disposiciones de la Ley 80 de 1993. En conclusión es un contrato de asociación a los que se refiere la Ley 489 de 1998.

No es un contrato de apoyo, en la medida en que en este tipo de contratos la entidad pública "apoya" a la persona jurídica sin ánimo de lucro, sin que ésta realice al desarrollo del contrato un aporte determinado, diferente de las acciones tendientes a cumplir el objeto del contrato. Por el contrario, como ya se ha manifestado, en los contratos de asociación sí existe este aporte, como sucede en el contrato a celebrarse con Compensar.

#### **3.2.4. Concepto No. 18 de 2008**

En abril de 2008 Oficina de Asesora Jurídica Secretaría Distrital de Integración Social eleva una consulta a la dirección jurídica del distrito la cual se resuelve por medio del concepto No. 18; el consultante eleva su inquietud formulando dos preguntas las cuales se describen a continuación:

*1. "¿Es posible que la Secretaría Distrital de Integración Social, en el marco del artículo 355 de la Carta Política y del Decreto 777 de 1992, suscriba un convenio con una entidad sin ánimo de lucro para apoyar la implementación del proyecto de canastas complementarias que involucra la compra de alimentos y la creación y fortalecimiento de redes sociales, con el fin de adelantar programas de interés público y el desarrollo de procesos de inclusión social y económica que hacen parte del Plan de Desarrollo del Distrito Capital?"*

*2. A la luz de la ley 1150 de 2007, el decreto 066 de 2008, Ley 489 de 1998 ¿Es factible la suscripción de convenios de asociación entre la Secretaría de Desarrollo Económico, COORATIENDAS Y la Secretaría de Integración Social?"*

La dirección jurídica recuerda que en la Circular [60](#) de 2004 del Secretario General de la Alcaldía Mayor y en los Conceptos [32](#) de 2004 y [16](#) de 2005, se señaló que los convenios de asociación entre la administración y personas jurídicas sin ánimo de lucro tiene como supuesto que los ciudadanos, organizados en personas jurídicas sin ánimo de lucro, y la administración, aúnan esfuerzos para sacar adelante un proyecto y/o desarrollar conjuntamente actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la Ley.

Ello implica igualmente un papel activo de la Administración, pero también un papel más activo de parte de los ciudadanos en la medida que aportan sus conocimientos, recursos, experiencias y sapiencia a un propósito común de la colectividad.

En consecuencia, subraya la dirección jurídica en su respuesta, habría que establecer el objeto y programas a realizarse, la entidad u organismo distrital que suscribiría el contrato, la concordancia entre los objetivos y metas del programa con los del Plan Distrital de Desarrollo, y cuáles serían los recursos, prestaciones, bienes y servicios que aportaría cada parte y agrega la necesidad de valorar el alcance de lo orientado por los decretos reglamentarios de los contratos de asociación los Decretos 777 y 1403 de 1992.

En ese orden destaca que esos decretos, como ya se ha mencionado en ocasiones anteriores, al analizarse el alcance de lo excluido del ámbito de aplicación de esta normatividad, los contratos que impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública y que podrían celebrarse con personas jurídicas con ánimo de lucro, de acuerdo con las disposiciones vigentes, es decir, bajo los marcos de la Ley 80 de 1993.

Termina la dirección jurídica su concepto afirmado que ahora bien, dado que su Despacho ya dio la viabilidad para la celebración del convenio de asociación con Cooratiendas, en virtud del literal a) del artículo 5 del Decreto 607 de 2007 que señala que son funciones de la Oficina Asesora de Jurídica de la Secretaría Distrital de Integración Social, la de asesorar en materia jurídica al Despacho y a las demás dependencias de la Secretaría, así como rendir los conceptos y resolver las peticiones sobre los asuntos jurídicos relacionados con el sector, le solicitamos nos informe si los temas objeto de esta consulta fueron abordados en la viabilidad jurídica que profirió su Despacho.

### **3.3. La Seguridad alimentaria la participación de los particulares y su reglamentación**

La cuota que entregaron los beneficiarios como parte de la expresión de la corresponsabilidad con el programa de seguridad alimentaria suscito importantes inquietudes, abrió discusiones alrededor de la relación de la administración Distrital y los particulares respecto a la naturaleza de estos recursos, en particular sobre su titularidad, administración y destino, su naturaleza relativas a si estos eran dineros públicos o privados, al respeto tenemos decisiones asumidas por las distintas administraciones del Distritales Capital.

#### **3.3.1. Decreto 052 de 2004**

El Decreto 052 de 2004 por el cual se implementa el mecanismo de aportes voluntarios en el programa Bogotá Sin Hambre, la administración del Distrito Capital para concretar la participación de los beneficiarios de este programa recurre al compromiso de la administración por la búsqueda y desarrollo de los principios que fundan el Estado Social, que son fines esenciales del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Artículo 2 de la Constitución Política) y seguidamente el decreto puntualiza que:

- La naturaleza social del estado de derecho colombiano supone un papel activo de las autoridades y de los ciudadanos con el compromiso permanente de la promoción y desarrollo de la justicia social y la prosperidad general.
- 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, transparencia y publicidad.
- Los niveles de pobreza en la Capital de la República se han venido incrementando en forma dramática, como lo demuestran los diversos indicadores que dan cuenta del deterioro socioeconómico de amplios sectores de población en la ciudad y que igualmente han sido reconocidos por la jurisprudencia en sus providencias.
- Los indicadores hacen evidente la necesidad de trazar estrategias de corto, mediano y largo plazo que contribuyan a mitigar las causas de este complejo problema e invitar a los particulares para que en un ejercicio de corresponsabilidad, colaboren en su consecución.
- Es objetivo de la Administración Distrital consolidar condiciones sostenibles para mejorar la calidad de vida, reducir la pobreza y potenciar el desarrollo autónomo, solidario y corresponsable de las capacidades y libertades de todos los ciudadanos y ciudadanas, mediante la creación y el fortalecimiento del Sistema Integral de Protección y Seguridad Social y el acceso equitativo a los bienes y servicios esenciales en igualdad de oportunidades, en especial de las poblaciones y localidades más pobres y vulnerables de la ciudad, de tal forma que se logre su inclusión social, y el ejercicio pleno de sus derechos económicos, sociales, políticos y culturales.
- En desarrollo del principio de la corresponsabilidad entre los ciudadanos y las autoridades, los aportes voluntarios de los ciudadanos pueden contribuir ampliamente en el logro de objetivos colectivos que nos afectan a todos.
- Este mecanismo se desarrolla con el fin de avanzar hacia un esquema de contribución económica basado en la confianza del adecuado uso de los ingresos, que apunta a promover la reciprocidad entre la administración y la ciudadanía, el rendimiento transparente de cuentas y la posibilidad de que los aportantes voluntarios participen en el control de la gestión.



El Decreto en mención luego de justificar la puesta en vigencia del aporte económico para los beneficiarios de los comedores como una manera de aplicar la participación de estos, que bien es necesario aclarar es voluntario, pasa a señalar los aspectos que rigen esa materia así:

La Dirección Distrital de Tesorería de la Secretaría de Hacienda de Bogotá Distrito Capital, es la encargada de recaudar los aportes voluntarios de los particulares, personas naturales y jurídicas, en calidad de donación, la cual se entiende aceptada de manera general en virtud del presente acto administrativo e ingresa como recurso de capital en el Presupuesto Distrital según lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 714 de 1996 y se hará a través de las entidades financieras con quienes se suscriba un convenio para tal fin.

### **3.3.2. Decreto 457 de 2006**

Luego de dos años de dispuesta alrededor de la creación de los aportes voluntarios para el programa de seguridad alimentaria, la Administración del Distrito Capital expide el Decreto 457 de 2006, por el cual define las reglas relacionadas con las donaciones y los aportes voluntarios, cuotas de corresponsabilidad o de participación en los programas sociales de Bogotá, D.C.

Los argumentos de la disposición reglamentaria parte de que dentro del artículo 6 del Acuerdo 119 de 2004, por medio del cual se adopta el Plan de Desarrollo "*Bogotá Sin Indiferencia - Un compromiso social contra la pobreza y la exclusión*", se establece el objetivo del eje social, con el que se busca crear condiciones sostenibles para el ejercicio efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales, con el propósito de mejorar la calidad de vida, reducir la pobreza y la inequidad, potenciar el desarrollo autónomo, solidario y corresponsable de todos y todas, con prioridad para las personas, grupos y comunidades en situación de pobreza y vulnerabilidad, propiciando su inclusión social mediante la igualdad de oportunidades y el desarrollo de sus capacidades, la generación de empleo e ingresos y la producción y la apropiación colectiva de la riqueza.

De conformidad con los considerandos del Decreto 457 de 2006, este mecanismo se desarrolla con el fin de avanzar hacia un esquema de contribución económica basado en la confianza del adecuado uso de los ingresos, que apunta a promover la solidaridad de la ciudadanía, el rendimiento transparente de cuentas y la posibilidad de que los aportantes voluntarios participen en el control de la gestión.

La donación a que se refiere el Decreto Distrital anterior tiene como fundamento el artículo 1443 del Código Civil Colombiano, de acuerdo con el cual "*La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta*"; es decir que en dicho contrato, una parte da gratuitamente una cosa a la otra, sin que esta

se obligue a ninguna contraprestación, lo que implica necesariamente una expresa manifestación de voluntad por parte del donante e igualmente la aceptación del donatario.

De acuerdo con las dinámicas de los programas de Bogotá Sin Hambre, se hace necesario determinar la naturaleza jurídica de los aportes voluntarios o de las cuotas que los usuarios han venido entregando como expresión de corresponsabilidad. El valor aportado por el beneficiario del programa contribuye solidariamente a la sostenibilidad de los programas y proyectos sociales, así como a los comedores comunitarios y en consecuencia su destinación debe ser específicamente para desarrollar el objeto del contrato, para lo cual los aportes voluntarios se considerarán ingresados al presupuesto autónomo del convenio, manejado a través de la persona jurídica que lo opera o lo administra.

Para garantizar la destinación al cumplimiento del objeto del contrato, se deberá expresar dicha obligación en cada uno de los contratos que se realicen. En consecuencia existen dos mecanismos para obtener recursos voluntarios de las personas para apoyar proyectos sociales de la Administración, el primero, el de donación debidamente constituida y cuyos recursos entran en el presupuesto público del Distrito y el segundo, el aporte voluntario o las cuotas de corresponsabilidad o de participación que se mantienen en la órbita de los aportantes pero que su destinación y fin es la sostenibilidad de los programas y proyectos por los cuales se prestó el servicio público que les originó su deseo de apoyar.

Con los anteriores presupuestos la administración del Distrito Capital, dispone en el articulado:

- Los recursos voluntarios que las personas naturales o jurídicas, entreguen a título de donación en los términos del artículo 1443 del Código Civil ingresarán al presupuesto distrital como recursos de capital-donaciones y se recaudarán por la Secretaría de Hacienda a través de la Dirección Distrital de Tesorería y su ingreso, administración y control será determinado por medio de resolución del Secretario de Hacienda. Dichos recursos serán destinados a los programas que el donante advierta y en su defecto a los programas sociales prioritarios en el Plan Desarrollo.

- Los aportes voluntarios, cuotas de corresponsabilidad o de participación son recursos privados, que a diferencia de las donaciones comprendidas en el artículo anterior, mantienen este carácter. Mediante estos recursos la comunidad apoya los programas sociales en el Distrito Capital.

- Se autoriza a las entidades públicas distritales del sector central, a los establecimientos públicos distritales y a los Fondos de Desarrollo Local para

recaudar a través de contratistas los aportes voluntarios de la comunidad en el desarrollo de los proyectos de inversión social, cuando estos aportes tengan como objeto la corresponsabilidad de la comunidad beneficiaria y la sostenibilidad de dichos proyectos. Estos aportes no son recursos públicos y seguirán siendo de la comunidad.

-La administración y destinación de los aportes voluntarios, cuotas de corresponsabilidad o de participación, en el marco de los contratos de asociación o de apoyo que celebren las entidades distritales con operadores particulares sin ánimo de lucro, será definida por la organización de usuarios existente o la que se conforme para este efecto, en el proyecto social específico. Esta organización deberá contar con personería jurídica.

-Para estos efectos, la organización de usuarios suscribirá un contrato o adherirá al celebrado entre la entidad distrital a que se refiere este Decreto y el operador particular sin ánimo de lucro. Si no existe organización de usuarios, la destinación de los aportes voluntarios, cuotas de corresponsabilidad o de participación será la que se defina en el respectivo contrato celebrado entre la entidad distrital y el operador particular sin ánimo de lucro.

- En todo caso, estos recursos se destinarán a apoyar de manera complementaria los programas sociales a que se refiere este decreto, en los siguientes objetivos:

- a. Ampliación de cobertura
- b. Renovación de dotación
- c. Conformación y fortalecimiento de los grupos asociativos de usuarios que se organicen legalmente a partir de los proyectos de las entidades distritales que desarrollan actividades ocupacionales productivas.
- d. Otras actividades de mejoramiento de servicio.

-La supervisión de la ejecución de los aportes voluntarios, cuotas de corresponsabilidad o de participación se realizará por parte del interventor del respectivo contrato. Los demás aspectos relacionados con estos aportes, serán definidos en el contrato celebrado por las entidades distritales, con la persona jurídica sin ánimo de lucro y/o la organización de usuarios, cuando exista.

- Los recursos recaudados que hayan sido consignados en la Dirección Distrital de Tesorería, serán devueltos al operador o a la organización de usuarios que determine y solicite la entidad contratante.

- En el evento en que el programa social en que se generaron los aportes no continúe funcionando y se terminen los contratos con los operadores, la destinación de los recursos existentes por concepto de los aportes voluntarios, cuotas de corresponsabilidad o de participación y de los bienes muebles, será

definida por la organización de usuarios existente. Cuando no exista organización de usuarios, este aspecto será definido en los respectivos contratos, atendiendo las necesidades de la comunidad.

-Una vez terminado el convenio o contrato suscrito con el operador particular sin ánimo de lucro, los recursos existentes por concepto de aportes voluntarios, cuotas de corresponsabilidad o de participación serán administrados transitoriamente por el operador que determine la entidad contratante, mientras se celebra convenio con un nuevo contratista.

### **3.3.3. Decreto 389 de 2009**

El Decreto 389 De 2009 Considerando: Que Bajo El Anterior Plan De Desarrollo "Bogotá sin Indiferencia - Un compromiso social contra la pobreza y la exclusión", adoptado por el Acuerdo 119 de 2004, se concibió el proyecto de Comedores Comunitarios adscrito al Programa de Bogotá Sin Hambre, con el propósito de mitigar el hambre de las comunidades, suministrando alimentos calientes y nutritivos a la población en situación de fragilidad social, con prioridad para niños, niñas, mujeres gestantes, mujeres lactantes, adultos y población desplazada.

El marco del citado Programa se adoptó una medida de sostenibilidad económica, con el fin que los usuarios de los comedores comunitarios fueran corresponsables y partícipes del desarrollo de las acciones de seguridad alimentaria e inclusión social del Proyecto Comedores Comunitario.

Dicha medida contempló que los usuarios contribuirían a la sostenibilidad del proyecto, entre otras opciones, con un aporte voluntario de trescientos pesos (\$300 m/cte.) diarios por usuario, ó de mil quinientos pesos (\$1.500) diarios por familia, siempre y cuando el número de miembros de la misma que asistiera al comedor fuera superior a cinco (5).

Que el objetivo general de la Política Pública de Seguridad Alimentaria y Nutricional para Bogotá, Distrito Capital, 2007-2015, adoptada por el Decreto 508 de 2007, es garantizar de manera progresiva, estable y sostenible las condiciones necesarias para la seguridad alimentaria y nutricional de la población del Distrito Capital, en perspectiva de ciudad-región.

Que el Plan de Desarrollo Económico, Social, Ambiental y de Obras Públicas del Distrito 2008 - 2011 "Bogotá positiva: para vivir mejor", adoptado mediante el Acuerdo Distrital 308 de 2008, incorpora como un objetivo estructurante la "Ciudad de Derechos", el cual incluye el Programa "Bogotá bien alimentada" que garantiza el derecho a la seguridad alimentaria y nutricional en el marco del proceso de integración regional.

Que en el contexto del actual Plan de Desarrollo, y de la Política Pública de Seguridad Alimentaria y Nutricional adoptada en el año 2007, procede revisar la regulación de la cuota voluntaria del Proyecto Comedores Comunitarios, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, el descenso de este concepto en los reportes mensuales de aportes voluntarios que registran los comedores.

Que en virtud del principio de corresponsabilidad establecido en el numeral 9º del artículo 2º del actual Plan de Desarrollo Económico, Social, Ambiental y de Obras Públicas del Distrito: "El gobierno distrital generará escenarios de discusión y concertación en los que los sectores público, privado y comunitario coadyuven al logro de los propósitos comunes y asuman responsabilidad compartida frente al destino de la ciudad."

Que en Bogotá se ha consolidado un proceso de fortalecimiento de las redes sociales e institucionales, al mismo tiempo que la ciudadanía ha adquirido un compromiso más fuerte con el principio de corresponsabilidad, asumiendo que tanto la administración distrital como la comunidad tienen el deber de cooperar conjuntamente en la construcción de una Ciudad de Derechos, como uno de los ejes constitutivos del Plan de Desarrollo.

Que las medidas que desarrollan el principio de corresponsabilidad deben estar acordes con las nuevas realidades, en tanto propicien acciones para el desarrollo social autónomo y la consolidación de mecanismos que favorezcan la autorregulación de las organizaciones sociales.

Que por lo anterior, no es consecuente con el principio de corresponsabilidad que el Distrito regule recursos de naturaleza privada que pertenecen a la comunidad, pues ello le impone cargas y riesgos a la administración que deben ser asumidas de forma autónoma por el conglomerado social en el marco de una nueva realidad.

**DECRETA:** Eliminar los aportes voluntarios, cuotas de corresponsabilidad o de participación en el desarrollo de los proyectos de inversión social en la Política Pública de Seguridad Alimentaria y Nutricional de la Secretaría Distrital de Integración Social, cuando estos aportes tengan como objeto la corresponsabilidad de la comunidad beneficiaria y la sostenibilidad de dichos proyectos.

Prohíbese a las Entidades Públicas Distritales del Sector Central, a los Establecimientos Públicos Distritales y a los Fondos de Desarrollo Local, recaudar directamente o a través de sus contratistas los aportes voluntarios, cuotas de corresponsabilidad o de participación referidos en el artículo anterior.

La Secretaría Distrital de Integración Social informará a la Dirección Distrital de Tesorería el destino de los recursos, previa concertación con la comunidad como titular de los mismos.

Eliminados los Aportes Voluntarios, cuotas de corresponsabilidad o de participación, las organizaciones de usuarios no tendrán injerencia sobre las decisiones que se tomen entorno a los dineros recaudados, ya que estas se amplían para que queden en cabeza de la totalidad de los participantes de los comedores.

Con el Decreto 389 de 2009, la administración del Distrito Capital pretende dar un contenido y mayor alcance a la política de seguridad alimentaria y para este reconocela inclusión social como un proceso que se construye desde los derechos, entendidos éstos más allá del mundo normativo –aún cuando lo normativo en varios casos es punto de referencia o de partida-, desarrollado desde las realidades de los sujetos y los grupos sociales.

#### **3.4. El Concepto De Inclusión Social Y Las Relaciones Particulares Administración Pública.**

El programa de seguridad alimentaria estuvo acompañado del criterio de inclusión social lo que posibilitó dar coherencia a la intervención de las entidades públicas distritales con alta injerencia de los participantes o beneficiarios del programa que los convirtió en actores activos de la política pública distrital; los lineamientos de la inclusión social se sustentaron en los documentos denominados Anexos técnicos los cuales eran parte integrante del acuerdo de voluntades celebrado entre la administración distrital y las organizaciones sin ánimo de lucro.

A continuación se hace una extracción de uno de los Anexos técnicos que la Secretaria Distrital de Inclusión Social, logro con la participación de los profesionales del área social que acompañaron la operativización de los comedores comunitarios, espacio medular de la política pública de seguridad alimentaria, siendo este documento el más elaborado de este proceso.

La Inclusión Social en el acompañamiento y desarrollo de la Política de Seguridad Alimentaria y Nutricional del Distrito, instala su visión y misión en la perspectiva de la integralidad. Para ello centra su línea de acción exclusivamente en tres áreas fundamentales, las cuales se identifican como: (1) la multidimensionalidad del ser humano; (2) la familia como reguladora y generadora de recursos y (3) el territorio y la territorialidad. Son estos tres componentes la fuerza y la esencia dinamizadora de la Inclusión Social.

La Institucionalización de la Política Pública de Seguridad Alimentaria y Nutricional, tiene como una de sus características la búsqueda de su sostenibilidad, en tanto que es una construcción social en la que el futuro depende no sólo de la responsabilidad social del Distrito, sino de la conjugación

de una serie de acciones articuladas y transformaciones estructurales, entre las cuales se resaltan: a) La capacidad que vayan adquiriendo los-as participantes para el ejercicio autónomo de sus derechos a través del conocimiento profundo de su entorno, de las redes sociales, obtención oportuna de información, definición de rutas de servicios sociales básicos, educación nutricional, formación para la participación; b) asegurar la sostenibilidad del servicio en las comunidades a través del fortalecimiento de procesos organizativos y participativos de empoderamiento, en desarrollo del principio de corresponsabilidad entre el Estado, la familia y la sociedad

La creación de un comedor comunitario lleva implícita la necesidad del fortalecimiento de quienes operan el servicio, por lo cual la Secretaria y los Fondos de Desarrollo Local han fortalecido organizaciones sociales de base y ONG's, para que pudieran asumir la operación de comedores comunitarios.

En el contexto de la Gestión Social Integral, un Comedor Comunitario es el escenario propicio para la articulación de acciones que posibiliten el acceso a servicios sociales básicos, generación de capacidades y aprovechamiento de oportunidades para los participantes del mismo, pero igualmente es el escenario favorable para la articulación de capacidades de las personas participantes con las capacidades que le brinda el entorno y el territorio.

De esta manera es claro definir, que el derecho a la alimentación se materializa en relaciones concretas entre multiplicidad de actores públicos y privados y que son ellos quienes por acción u omisión facilitan, restringen o vulneran el derecho, y que las acciones que induzcan estos actores provocaran impulsos positivos o negativos dentro de los procesos de producción, transformación, distribución, comercialización y consumo (eslabones estos que integran la cadena alimentaria).

La Construcción participativa de lo público. Asumiendo que quien construye lo público es el ciudadano; pero el ciudadano para ser actor social (individuos o entidades sociales que están bien informados y capacitados (Long 1992) y, por lo tanto, pueden formular y defender decisiones (Hindess 1986).<sup>53</sup> requiere de la organización y de las instituciones, las cuales en su interrelación constituyen el tejido social se refiere al entramado que generan entre sí las diferentes organizaciones. A mayor número de organizaciones, mayor dinámica, fortaleza y autorregulación logra la sociedad.

La construcción participativa de lo público es también un factor pedagógico para la formación de ciudadanía y para el fortalecimiento de la democracia, porque aumenta el tejido social. A través de las organizaciones las personas pueden negociar y establecer su futuro. Y poder definir el futuro es la máxima expresión

---

<sup>53</sup> Buckles Daniel. 2000. Cultivar la Paz, capítulo 5 el análisis de los interesados y el manejo de los conflictos.

de autonomía, es decir, de ciudadanía”<sup>54</sup>. La meta es fortalecer estas organizaciones, mejorando su capacidad operativa, de gestión de recursos, sus aspectos legales, financieros, de organización social y trabajo en red.

De este cometido se lee “apoyar la creación, en cada localidad, de una asociación o fundación conformada por organizaciones comunitarias y del Estado, con el fin de socializar y aprehender las mejores prácticas en la gestión y manejo de los comedores comunitarios. Pero esas organizaciones y grupos comunitarios que han ofrecido el servicio de comedores u otras labores relacionadas con la seguridad alimentaria en las localidades, pero cuyas debilidades técnicas en la prestación del servicio los hace aún distantes del cumplimiento de las especificaciones propuestas por el proyecto”<sup>55</sup>

Los desarrollos que hizo el Distrito Capital respecto a la inclusión social, tal como queda demostrado en la anterior extracto del documento de anexo técnico de los convenios de asociación celebrados entre la administración distrital y los particulares se resaltan dos aspectos; el primero, la prioridad que tiene en la construcción de los espacios de lo público la cualificación del individuo en cuanto conoce sus derechos, la oferta de servicios y se mueve con desenvoltura dentro un ambito territorial.

El segundo aspecto, es que ese individuo participe en procesos asociativos los cuales generen organizaciones estables, con mediana claridad de su misión y capacidades técnicas para ejecutar actividades productivas en beneficio de la comunidad a que pertenece; pero aun esto no basta sino que es necesario la articulación de las organizaciones entre si habitiandolas para ser interlocutoras de la administración pública y actuar de manera asociada para perseguir objetivos comunes.

En la medida en que las organizaciones son fuertes es mayor la capacidad para emprender relaciones con la administración pública, las cuales se desenvuelven en los parametros de colaboración, complementariedad, dialogica y consensuadamente posibilitando compartir recursos materiales, técnicos y conocimiento que se regulados con parametros distintos a las convenciones contracuales mas alla del cumplimiento de obligaciones reciprocas.

---

<sup>54</sup> [www.colombiaincluyente.org/documentos/791\\_toro.pdf](http://www.colombiaincluyente.org/documentos/791_toro.pdf) LA CONSTRUCCIÓN DE LO PÚBLICO DESDE LA SOCIEDAD CIVIL. José Bernardo Toro.

<sup>55</sup> CORREDOR FRACICA David Alexander, *Política Pública De Seguridad Alimentaria Y Nutricional Bogotá Sin Hambre En La Localidad De Ciudad Bolívar*, Bogotá: ESAP Monografía 2008, pag.46



## CONCLUSIONES

1. La transferencia de recursos públicos para apoyar la misión de las entidades privadas de beneficencia y de utilidad común, ha sido una práctica que se registra en la historia de las actuaciones del Estado; el período inicial de uso de esta figuras data de la Constitución nacional de 1886, la cual facultaba a la rama legislativa del poder público a tomar esta decisión; la designación de esos recursos y su ejecución se hacían al arbitrio del congresista que hubiera adelantado la gestión, este no estaba obligado a reportar las acciones emprendidas ni los resultados respecto a esa inversión.

Esta amplia o quizás absoluta discrecionalidad con que el congresista manejaba los recursos permitió que se fuera fraguando la desviación de los recursos transferidos y se utilizaran para sostener los huéspedes electorales de los legisladores o en la mayoría de los casos se dirigieran a engrosar el patrimonio de los congresistas.

Si bien en el transcurso de la historia constitucional colombiana, se conocen varias modificaciones a este mecanismo de transferencias de recursos públicos a particulares, este se convirtió en una de las modalidades de corrupción que logro amplias proporciones, siendo identificado por la sociedad colombiana como los “auxilios parlamentarios”, que cosecho un amplio rechazo y contribuyo al aumento de desprestigio de la labor parlamentaria.

Esta figura, “auxilios parlamentarios”, fue un tema obligado de la constituyente del 91, la que prohibió el uso de este mecanismo a los miembros del congreso, asambleístas y concejales, facultando solo a la rama ejecutiva, en todas sus instancias y sectores, para disponer de esta mecanismo siendo así la única rama del poder público que pueden acudir a esta figura.

Los ajustes de la Constitución Política de 1991, fueron recogidos en el artículo 355, allí además de prohibir de manera expresa, el uso del mecanismo de transferencia de recursos públicos a particulares, a las ramas u órganos del público, estableció condiciones respecto a la identidad misional y de objetivos entre el ente público y la organización privada, lo ligaron a la esfera de las relaciones contractuales, un compromisos entre entidades públicas y privados sin ánimo de lucro e idóneos, bajo principios del bien común e interés general y dirigidas a cumplir fines del Estado social de derecho; con estas características y el desarrollo legal se abrió paso a lo que se conoce como los convenios de asociación.

2. Los aportes de la jurisprudencia respecto a los alcances del artículo 355 superior ayudaron a precisar que el régimen legal no había prohibido el fomento a través de la transferencia de recursos públicos a privados; a comprender que el sometimiento a los vínculos jurídicos contractuales a este mecanismo pretende salvaguardar el interés general llevando a que el privado acate los controles del

Estado bajo conceptos de la justicia distributiva y de esa manera asegurar que los recursos públicos no fueran utilizados para intereses hedonistas.

Lo que la jurisprudencia no ha examinado es que la órbita de lo contractual restringe y no permite comprender las diversas formas en que se construyen y desenvuelven las relaciones surgidas en el acuerdo de voluntades entre la entidad pública y la entidad privada sin ánimo de lucro cuando las regula una categoría jurídica de la justicia conmutativa y están orientadas a adelantar actividad altruistas y de beneficencia.

La inobservancia de la diferencia entre lo que es un contrato y un convenio, puesto que si bien en la constitución política el artículo 355 se refiere a “celebrar contratos”, lo que realmente se contrae entre el particular y la entidad pública, es un convenio, entendido este como la cooperación entre los dos entes, el aunar esfuerzos para lograr un propósito común, se da una relación marcada por la identidad de interés, con aportes mutuos para que un grupo social se beneficie.

Entonces las relaciones sinalagmáticas que caracterizan a las contraídas en un contrato, no se dan en el acuerdo de voluntades celebradas bajo la inspiración del artículo 355 superior, las obligaciones no son conmutativas, puesto que allí lo que se contempla es la concertación sobre una de manera de actuar conjuntamente para abordar la solución concreta a una problemática de un grupo social y que es del interés misional tanto de la entidad estatal como del particular.

En este sentido se identificó la controversia que existe en la doctrina en cuanto al sometimiento a los particulares participantes en los convenios de asociación, al cumplimiento de requisitos como la adquisición de pólizas de garantías y la aceptación de cláusulas exorbitantes; considera un punto de vista que estas dos categorías son propias de los contratos celebrados entre las entidades públicas y los particulares, siendo ajenas a las relaciones de cooperación propias de los convenios y la otra visión argumenta que justamente estas exigencias representa el espíritu del constituyente con la afirmación, dentro el artículo 355, “celebrar contratos”; siendo este uno de los temas que está llamada a resolver de fondo por la jurisprudencia.

Otros aspecto que se identificó en el estudio de las relaciones que se celebran bajo al artículo 355 superior, es el relacionado con los aportes, si bien un buen número de jurisprudencia afirma que los aportes de las partes que se asocian por medio del convenio, bien puede ser que los recursos económicos sean hechos fundamentalmente por las entidades estatales, puesto este es la esencia del articulado y los aportes del particular sea la puesta a disposición el conocimiento para ejecutar las acciones que demanda la búsqueda del cumplimiento del objetivo común que motivo la celebración del convenio; existe otra jurisprudencias en donde se planea que la naturaleza de los aportes es indiferente y lo que significativo es la participación conjunta de las partes asociadas.

Esa misma línea se encuentra la discusión en torno a que la jurisprudencia en uno de sus pronunciamientos establece que para una correcta utilización de lo consignado en el artículo 355 constitucional, el particular debe hacer un aporte al Estado el cual ha tomado el nombre de contrapartida, mientras otro pronunciamiento de las altas cortes planea lo contrario en el sentido de que si la entidad que celebra el convenio recibe un beneficio por parte del asociado se desnaturaliza la figura, puesto que estaríamos ante una relación conmutativa, en donde la entidad de manera reciproca adquiere favores o se suple con la acción del particular.

De lo anterior surge la validez de la diferenciación que hace un sector de la doctrina respecto a los convenios inspirados en el artículo 355 de la constitución política y los emanados del artículo 96 de la ley 489 de 1998; los primeros serian aquellos en que la administración pública transfiere los recursos públicos para que un objeto misional de la organización sin ánimo de lucro, que coincide con los objetivos de la entidad pública, se lleve a cabo; y los segundos son aquellos convenios en donde la entidad pública celebra un acuerdo de voluntades con los particulares para desarrollar uno de sus objetivo institucionales y el cual comparte con este.

Es tenue la jurisprudencia al tocar esta diferenciación que cobra importancia, puesto que en múltiples oportunidades las entidades públicas al determinar el marco legal de los convenios que celebra toma como referente los dos postulados de manera indistinta, el constitucional y el legal, sin considerar a qué tipo de propósito se refiere el acuerdo de voluntades que se va a celebrar.

3. Los desarrollos reglamentarios no han planteado solución frente a los estrechos que encarna el sometimiento a la categoría jurídica del contrato de que trata el artículo 355 superior; Se parte de considerar que el constituyente del 91 establece una condición desafortunada en el sentido de definir qué se debe “celebrar un contrato” cuando en realidad se trata es de un acuerdo de voluntades cuya definición más precisa es un convenio, puesto que surgen son relaciones de colaboración, alianza y cooperación que es el significado de los compromisos contraídos entre la entidad pública y la organizaciones privadas sin ánimo de lucro.

Los decretos sobre la materia, no amplían los criterios que deben tenerse como referente para que el ordenador del gasto adelante la selección del asociado de la administración pública, se queda solo en plantear las causales de exclusión o los casos en que no es posible celebrar los convenios de asociación, guardando silencio frente al significado del concepto de idoneidad, dejando un amplio margen para que los funcionarios ordenadores del gasto, sean los que valoren las calidades del asociado y determinen de manera subjetiva si son aptos para celebrar los acuerdos de voluntades a que se refiere el artículo en mención.

Este vacío dejado por los decretos reglamentarios pone en riesgo el sometimiento de la selección de los asociados, en la celebración de los convenios, al principio de selección objetiva que rige para toda actuación de la administración pública de orden contractual; pues basta con que la organización asociada sea sin ánimo de lucro, tenga más de seis meses de creada a la fecha de la celebración del convenio, su duración este prevista para una fecha con un año más del tiempo de ejecución de lo convenido, que este vigente su personería jurídica y que haya cumplido con sus obligaciones tributarias.

Con los anteriores términos, el examen de la idoneidad se queda en el marco del cumplimiento de las formalidades que poco dicen de la capacidad técnica y de conocimientos que debe ostentar la organización sin ánimo de lucro sobre el tema que trata el objeto convencional, al igual que la experiencia en la ejecución de las obligaciones convencionales puesto que el tiempo exigido es exiguo – seis meses- y sin ninguna cualidad de ese antecedente para evaluar las condiciones de capacidad administrativa y manejo financiero.

Uno de los aspectos a resaltar en la valoración de los decretos reglamentarios sobre el artículo 355 superior, es que estos incluyen los que para un sector de la doctrina es inherente exclusivamente a los contratos estatales y no a los convenios de asociación, esto es el sometimiento al régimen de garantías que el asociado debe acogerse y contempla la posibilidad de incluir las cláusulas exorbitantes propias de los contratos estatales.

Sumado a lo anterior está el origen del decreto 777 de 1992, al tener sustento u orden constitucional otorgada al gobierno nacional para que expidiera la reglamentación del artículo 355, situación que imposibilitó el cumplimiento del objetivo de cobertura de la ley 80 de 1993, señalada en la parte motiva de esta ley, cuando se advierte que esta sería el estatuto general de la contratación estatal con la intención de unificar y concentrar los fundamentos legales sobre el tema.

Al tenor de la anterior connotación, para un sector de la doctrina el decreto 777 de 1992, configura uno de los denominados régimen especiales, al quedar establecido constitucionalmente que la reglamentación de los convenios emanados del artículo 355 superior, es materia exclusiva del ejecutivo estando por fuera de las competencias del legislador.

Lo ateniendo a las circulares, conceptos y directivas emanados de las instancias distritales como la Secretaría General y la Dirección jurídica, los aportes son imperceptibles ya que en esos documentos, principalmente, se hace una referencia de los contenidos de los decretos reglamentarios sin mayores comentarios o precisiones, marcando una actitud de advertencia más que de recomendaciones. A la vez en varias de los pronunciamientos de las instancias distritales se hace una transcripción de la jurisprudencia de mayor realce sobre el tema.

4. El programa de seguridad alimentaria ejecutado en el Distrito Capital en el período en estudio, experimentó una forma de actuación de la administración pública en donde se coloca al centro de la selección de los asociados elementos relacionados con la empatía que se tuviera con la población a intervenir, la cual responde a un grupo social marginado, el nivel de autoregulación de las organizaciones sin ánimo de lucro, el grado de representatividad del sector población, elementos que distan de los factores tradicionales de capacidad técnica, administrativa y financiera.

Esa aparente informalidad que adoptó la administración distrital en el proceso de selección, evidencio un punto de vista planteado por un sector de la doctrina respecto a que estos factores de calificación encajan en los argumentos que se ha esgrimido por este que censuran la definición del artículo 355 superior de limitar la celebración de contratos con entidades sin ánimo de lucro, por que atenta con el derecho a la igualdad, puesto que la posibilidad de postulación se restringía a un número reducido de organizaciones y aun en varias localidades del distrito se suscribía a una sola organización que cumplía con los requisitos allí exigidos.

En procura de construir alternativas no tradicionales de las relaciones de intervención de los particulares con la actuación contractual de la administración pública, el Distrito Capital y en particular la Secretaria Distrital De Integración Social, flexibilizo la aplican del principio de selección objetiva dando lugar a otras formas de correlación entre la administración pública y los privados.

El estudio de los convenios de asociación celebrados entre la administración Distrital de los años 2003 a 2011, posibilitaron comprobar que la categoría de contrato como la forma de caracterizar las relaciones construidas entre los operadores de los comedores comunitarios, organizaciones sin ánimo de lucro, fueron rebasadas cediendo espacio a la cooperación, las alianzas y la colaboración dando lugar al concepto de lo semipúblico el cual amerita un análisis a profundidad.

El estudio adelantado entrega importantes aportes en la construcción del concepto de lo semipúblico puesto que la administración pública distrital con el programa de seguridad alimentaria alentó la conformación de organizaciones sin ánimo de lucro, con quien adelantó actividades de interés común y esas relaciones se desarrollaron por fuera de los elementos contractuales, en muchas oportunidades se dieron de manera informal y los resultados se midieron por los aportes mutuos.

La corresponsabilidad establecida a los beneficiarios del programa de seguridad alimentaria inauguran unas relaciones tripartitas entre: las organizaciones conformadas por estos, las personas jurídicas sin ánimo de lucro privada operadoras del programa y la entidad pública otorgante del recurso público; estas correlaciones se tornaron complejas cuando a los usuarios del programa de seguridad alimentaria efectuaron aportes en dinero y los cuales se dirigieron a la asegurar la sostenibilidad de un programa gubernamental.

La naturaleza de los recursos recaudados por cuota de corresponsabilidad, como se les denominó el aporte de los usuarios, la administración de estos recursos, la potestad para definir la orientación de la inversión de estos; son tres factores que pusieron de manifiesto que la categoría jurídica de lo contractual no bastaba para regular las relaciones y que ese vacío fue superado por figuras como la autorregulación, categorías del derecho privado y público, las cuales fueron concertadas por los actores dando origen a regulaciones híbridas que definimos como semipúblicas.

5. En este estudio se corrobora una diferenciación que ha estado latente en la contratación estatal colombiana, y es la referida a que los convenios de asociación han sido utilizados por la administración pública para ejecutar las políticas y programas dirigidos a atender la población vulnerable o lo denominado acciones de inclusión social, mientras que los contratos se han utilizado para atender las acciones dirigidas a adelantar la infraestructura o de obras civiles y de suministros o la prestación de servicios especiales.

El trabajo investigativo adelantado permitió demostrar la hipótesis que lo dinamizó convirtiendo a esta en una respuesta acertada al problema planteado y a la vez permite plantear la necesidad de aplicar desarrollos de la reglamentación de los convenios de asociación que involucren factores que se identifican con la naturaleza de estos como la autoregulación, enriquecer el concepto de idoneidad con elementos como: representación y reconocimiento territorial, sentido de pertenencia y procesos de toma de decisiones de las organizaciones sin ánimo de lucro.

Las instancias distritales están en mora de sistematizar la experiencia que arrojó el programa de seguridad alimentaria y enriquecer los manuales de contratación de las secretarías y las entidades distritales responsables de las políticas públicas de inclusión social de la población vulnerable para contar con los criterios jurídicos y administrativos que aseguren una correcta ejecución de lo convenido y certeza como resultado de la selección del asociado de la administración distrital.

## BIBLIOGRAFIA

BELARCAZAR ERAZO Edison Andrés, RIASCOS NARVAEZ Luis Hernando, 2011, *Derechos de las personas jurídicas sin Ánimo de lucro*, Bogotá, Ediciones del profesional.

BUCKLES DANIEL... Cultivar La Paz, Capítulo 5 El Análisis De Los Interesados Y El Manejo De Los Conflictos 2000.

CAMPILLO PARRA, Carlos Enrique, 2006, *Celebración y ejecución de los contratos Estatales*, Bogotá: Ecoe Ediciones.

CASTRO marcela, Actos De Comercio, Empresas, Comerciantes Y Empresarios Editorial Universidad los Andes 2009

Capítulo I, "Naturaleza Y Alcance Del Derecho A La Alimentación Y El Derecho Correlativo Al Agua. Título I "Fundamentos Generales de la Política Pública de Seguridad Alimentaria y Nutricional para Bogotá, Distrito Capital.

CEDIEL DE PEÑA, Martha Clemencia. 2010, *Convenios Administrativos y de Cooperación.*, Bogotá, Editorial. Uniandes.

CORREDOR FRACICA David Alexander, 2008, *Política Pública De Seguridad Alimentaria Y Nutricional Bogotá Sin Hambre En La Localidad De Ciudad Bolívar*, Bogotá: ESAP Monografía.

CHÁVEZ MARÍN, Augusto Ramón. 2008, *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario.

ESCOBAR GIL RODRIGO, 1999, *Teoría General de los contratos de la Administración Pública*, Bogotá legis Editoriales.

FONSECA GOMEZ, Oscar Javier, 2012, *Los convenios de Asociación , Una Mirada desde el Estatuto Contractual y El Distrito Capital*, Trabajo Final de Maestría, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Bogotá.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo 1983, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid: Editorial Civitas S.A

GAITAN SANCHEZ, Oscar Manuel, 2006, *Guía práctica de las Entidades Sin ánimo de lucro y del sector solidario*, Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá

GÓMEZ LEE, Iván Darío, 2010, *Contratación Visible 2010*, Bogotá: Imprenta Nacional

GONZALEZ MONTES, José Lázaro, 2007 *Principios Fundamentales de la Contratación Estatal*, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. LTDA. Medellín

GUECHA MEDINA, Ciro Norberto, 2010, *Contratos administrativos Control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación*, Bogotá: Editorial Ibáñez

JOJOA BOLAÑOS, Alexander, 2012 *Los regímenes exceptuados en los contratos estatales*, editorial IBÁÑEZ, Bogotá.

MUTIS VANEGAS, Andrés y QUINTERO MUNERA, Andrés, 2000, *La Contratación Estatal: Análisis y Perspectiva*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana

MEJIA QUINTANA, Oscar 2006, *Elementos para la Reconstrucción del Estatuto Colombiano*, Editorial Temis *epistemológico de la filosofía del Derecho, publicado en Humanitas (No. 33)*, Nuevo León: Centro de Estudios Humanísticos (Universidad Autónoma de Nuevo León)

ORTIZ ARINO, Gaspar.2010, *El contrato de Colaboración Público Privado*. Editorial Bogotá, Universidad de los Andes.

RAWLS, John, 2011, *La Justicia como Equidad, Fondo de Cultura económica*, México D.F: Editorial Fondo de Desarrollo Económico

RODRIGUEZ RODRIGUEZ LIBARDO, 2008 *Derecho Administrativo. General y* Bogotá

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo tomo I* editorial Universidad Externado de Colombia, 2007.

SEN Amartya, *Los bienes y la Gente*. En *Comercio Exterior*, Vol. 33, No. 12, México. Diciembre 1983.

SOLARTE MAYA, Felipe Alirio, 2010, *Contratos Estatales Atípicos*, Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

SOLANOSIERRA, Jairo Enrique, 2010, *Contratación Administrativa*, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

TAFUR GÁLIVIZ, Álvaro, 1997, *Estudios de derecho público*, Bogotá, Editorial jurídica Gustavo Ibáñez.



TEUBNER GUNTHER, 2005, *La Fuerza del derecho: Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno*, Bogotá D.C.: Ediciones Uniandes.

TORRENTE BAYONA, Cesar y BUSTAMANTE, Luis Eduardo, 2001, *Las entidades sin ánimo de lucro*, Bogotá, Editorial Cámara de Comercio de Bogotá.

VEGA PINZON, Gabriel 2005, *La Discrecionalidad Administrativa, En temas de derecho Administrativo Contemporáneo*, Bogotá: Universidad del Rosario Editores

VIDAL PERDOMO, JAIME, 2008 *Derecho administrativo*, Editorial Temis Bogotá

DE VIVEROS ARCINIEGAS Felipe, 2010, *Reforma al Régimen de Contratación Estatal*, Ediciones UNIANDES Bogotá.

[www.colombiaincluyente.org/documentos/791\\_toro.pdf](http://www.colombiaincluyente.org/documentos/791_toro.pdf) La Construcción De Lo Público Desde La Sociedad Civil. José Bernardo Toro.

[www.alcaldiabogota.gov.co/sijur/normas/norma\\_1](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sijur/normas/norma_1)

Circular 014 de junio 2011, Procuraduría General De La Nación, Contraloría General De La República Y Auditoría General De La República.

## **LEYES, DECRETOS Y CIRCULARES**

Constitución Política de Colombia

Código Civil Colombiano

Ley 80 DE 1993 Estatuto de la contratación pública

Ley 1150 de 2007 Introduce medidas de eficiencia y la transparencia la Ley [80](#) de 1993

Ley 489 de 1998 Organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional

Decreto - Ley 1421 de 1993 Estatuto Orgánico de Bogotá

Decreto 777 de 1992 Presidencia de la República

Decreto 1403 de 1992 adicionó un numeral 5º al artículo 2º del decreto 777 de 1992

Decreto 2459 de 1993 Presidencia de la República

Decreto 854 de 2001 Alcaldía Mayor de Bogotá D.C

Decreto 509 de 2003 Alcaldía Mayor de Bogotá D.C

Decreto 052 de 2004 Presidencia de la República

Decreto 444 de 2004 Alcaldía Mayor de Bogotá D.C

Decreto 457 de 2006 Alcaldía Mayor de Bogotá D.C

Decreto 508 de 2007 Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

Decreto 546 de 2007 Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

Decreto 607 de 2007 Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

Decreto 075 de 2009 Alcaldia Mayor de Bogotá D.C.  
Decreto 389 de 2009 Alcaldia Mayor de Bogotá D.C.  
Decreto 412 de 2009 Alcaldia Mayor de Bogotá D.C.  
Decreto 101 de 2010 Alcaldia Mayor de Bogotá D.C.  
Acuerdo 119 de 2004 Concejo Distrital de Bogotá D.C.  
Acuerdo 257 de 2006 Concejo Distrital de Bogotá D.C.  
Acuerdo 038 de 2008 Concejo Distrital de Bogotá D.C.  
Circular 012 de 2004 Veeduría Distrital  
Circular 060 de 2004 Secretaria General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.  
Concepto 032 de 2004 Dirección jurídica Secretaria General Alcaldia Mayor Bogotá  
Concepto 016 de 2005 Secretaria General Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.  
Concepto 018 de 2008 Dirección jurídica Secretaria General Alcaldia Mayor Bogotá  
Directiva 23 de 2011 Despacho de la Alcaldía Mayo de Bogotá D.C.

#### SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T - 439 del 18 de febrero de 1992 MP Eduardo Cifuentes Muñoz  
Sentencia C- 372 del 25 de Agosto de 1994 MP Vladimiro Naranjo Mesa  
Sentencia C-051 del 16 de febrero de 1995 MP Jorge Arango Mejía  
Sentencia C- 230 de 25 de mayo de 1995 MP Antonio Barrera Carbonell  
Sentencia C-205 del 11 de mayo de 1995 MP Eduardo Cifuentes Muñoz.  
Sentencia C- 316 del 19 de julio de 1995 MP Antonio Barrera Carbonell  
Sentencia C- 251 del 6 de junio de 1996 MP Alejandro Martínez Caballero.  
Sentencia C - 837 del 9 de agosto de 2001 MP Jaime Araujo Rentería  
Sentencia C- 949 del 5 de septiembre de 2001 MP Clara Inés Vargas Hernández  
Sentencia C - 837 del 9 de agosto de 200 MP Jaime Araujo Rentería  
Sentencia C- 506 del 24 de noviembre de 2004 MP Fabio Morón Díaz  
Sentencia C - 507 del 21 de mayo de 2008 MP Jaime Córdoba Triviño  
Sentencia C-713 del 7 de octubre de 2009 MP María Victoria Calle Correa  
Sentencia C - 324 del 13 de mayo de 2009 M P Juan Carlos Henao Pérez.

Sentencia C - 300 del 25 de abril de 2012, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

### **CONSEJO DE ESTADO**

Sentencia 6 de Octubre de 1977 Sala de lo contencioso administrativo. Sección primera MP: Carlos Galindo Pinilla. Exp. 2425

Sentencia 6 febrero de 1986 Sección cuarta MP Policarpo Castillo Delgado Radicado No. 1444

Sentencia del 4 de abril de 2005 MP German Rodriguez Villamizar Radicado No. 19001-23—31-000-2002-01577- 01

Concepto 023 de febrero de 2006 Sala de consulta y servicio civil MP: Álvarez Jaramillo Luis Fernando. Radicación 1710

Sentencia del 3 de septiembre 2009 MP. Enrique José Arboleda Perdomo No. 195  
Concepto 25 de septiembre de 2008, Sala de Consulta Servicio Civil, M P: Enrique José Arboleda Perdomo Radicado 1911

Sentencia 24715 diciembre 2007 Sección tercera M P Correa Palacio.

Sentencia 031 De Enero De 2011 MP Olga Melida Valle De La Hoz Radicado 17767 Concepto Sala de consulta y servicio civil 23 de marzo de 2011 M.P. Enrique José Arboleda Perdomo Radicado 20451101030600020110000100