

RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS CONTRATOS Y CONVENIOS DEL ARTÍCULO
355 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y DEL ARTÍCULO 96 DE LA LEY 489 DE 1998

Yamile Acosta Risueño

Trabajo presentado como requisito para optar al título de magister en derecho contractual público
y privado

Director

Dr. Leonardo Álvarez Casallas

Universidad Santo Tomás de Aquino

Maestría en derecho contractual público y privado

Facultad de Derecho

Bogotá, D.C.

2016

Por el gran deseo que tengo de ser alguna parte para ayudaros a servir a este mi Dios y Señor, os pido que, en mi nombre, cada vez que leyereis aquí, alabéis mucho a Su Majestad, y le pidáis el aumento de su iglesia, y luz para los luteranos; y para mí, que me perdone mis pecados, y me saque del purgatorio; que allá estaré quizá, por la misericordia de Dios, cuando esto os diere a leer, si estuviere para que se vea, después de visto de letrados. Y si algo estuviere en error, es por más no entenderlo, y en todo me sujeto a lo que tiene la Santa Iglesia Católica Romana, que en esto vivo, y protesto, y prometo vivir y morir. Sea Dios Nuestro Señor por siempre alabado y bendito. Amén, amén.

Castillo Interior o las Moradas, Santa Teresa de Jesús

RESUMEN

El artículo analiza la confusión sustancial y la unificación en el régimen jurídico de los contratos del artículo 355 de la C.P. y los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 con el objetivo de demostrar que tal confusión, propiciada por la ley y sustentada por la Corte Constitucional en sentencia C-671 de 1999, ha impedido que estas normas cumplan con los objetivos para los que fueron creadas. En la primera parte, se hizo una revisión de la génesis de cada una de las normas y de sus elementos esenciales, de modo que no quede ninguna duda de que se trata de figuras jurídicas distintas. En la segunda parte se revisó el origen legislativo de la confusión de estas normas y se analizaron la obligatoriedad y los efectos de la sentencia C-671 de 1999 de la Corte Constitucional. Esta confusión, sustancial, se afronta a partir de las diferencias entre contrato y convenio y se exponen los detalles más importantes del régimen jurídico unificado para ambas normas. Las conclusiones de este estudio llevarán a entender que los objetivos para los que estas normas fueron creadas solo se podrán cumplir mediante la identificación plena de las actividades que regulan y la reglamentación de un régimen jurídico distinto que considere tal diferencia.

PALABRAS CLAVES

Subvención, interés público, contrato, convenio, régimen de excepción del EGCAP, cláusulas excepcionales.

ABSTRACT:

The article analyzes the existential confusion and unification in the legal regime of the contracts from the Article 355 of the PC. and the conventions from the Article 96 from the Law 489 of 1998 with the aim of demonstrate that such confusion, driven by the law and supported by the Constitutional Court in judgment C-671 of 1999, has prevented these rules accomplish the objectives for which they were created. In the first part it was made a review of the genesis of each of the rules and their essential elements, so there is no doubt that these are different legal concepts. In the second part it was revised the legislative source of the confusion of the rules and it was analyzed the obligation and the effects of the judgment C-671 of 1999 of the Constitutional Court. It faces substantial confusion from differences between contract and agreement and the most important details of unified legal regime is exposed to both rules. The conclusions of this study will allow to understand that the objectives for which those rules were created can only be accomplish through the full identification of activities that regulate and the regulation of a different legal regime that consider such a difference.

KEYWORDS:

Subsidies, public interest, contract, agreement, except EGCAP regime, exceptional clauses.

Tabla de contenido

RESUMEN	3
ABSTRACT:.....	4
INTRODUCCIÓN	8
I: DIFERENCIAS ENTRE LOS CONTRATOS REGULADOS EN EL ARTÍCULO 355 DE LA C.P. Y LOS CONVENIOS DEL ARTÍCULO 96 DE LA LEY 489 DE 1998.....	11
1 Artículo 355 de la C.P.	11
1.1 Antecedentes.....	11
1.2 La subvención como técnica de la actividad de fomento.....	17
1.3 Los elementos esenciales de la actividad subvencional en Colombia	21
1.3.1 Objeto de la actividad: impulsar actividades de interés público.....	22
1.3.1.1 Forma en que el Estado ejecuta la actividad de interés público subvencionada	24
1.3.1.2 Carácter privado de la actividad de interés público ejecutada o fomentada	25
1.3.1.3 Mecanismo para impulsar la actividad: recursos del presupuesto	26
1.3.2 Sujetos involucrados en la actividad subvencional: el gobierno y las entidades privadas sin ánimo de lucro, ESAL.....	29
1.3.3 La relación subvencional es contractual.....	33
2 Artículo 96 de la Ley 489 de 1998 en contraste con el artículo 355 de la C.P.....	38
2.1 Antecedentes.....	39
2.2 Objetivo de la actividad: desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley, actividad de interés público	41
2.2.1 Forma de ejecución de la actividad de interés público	43
2.2.2 Carácter público de la actividad de interés público ejecutada.....	45
2.2.3 Tipo de aporte a la actividad de interés público: ¿dinero o especie?.....	46

2.3	Las partes contratantes: cualquier entidad estatal y un particular	47
2.4	La actividad del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se concreta mediante un convenio.....	48

II. EFECTOS DE LA REMISIÓN NORMATIVA EFECTUADA POR EL ARTÍCULO 96 DE LA LEY 489 DE 1998 AL ARTÍCULO 355 DE LA C.P. SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONVENIOS DE ASOCIACIÓN Y LA ACTIVIDAD SUBVENCIONAL DEL ESTADO.50

1	Antecedentes de la remisión del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 al artículo 355 de la C.P.	55
2	La interpretación de la Corte Constitucional, Sentencia C-671 de 1999, y sus alcances ..59	
3	Efectos de la interpretación de la Corte Constitucional.....	63
3.1	Confusión sustancial entre las figuras de contrato y convenio.....	65
3.1.1	Origen de la distinción entre contratos y convenios.....	66
3.1.2	La confusión sustancial de los conceptos de contrato y convenio en el artículo 355 de la C.P. y en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.....	73
3.1.2.1	En el contrato del artículo 355 de la C.P.....	73
3.1.2.2	En el convenio de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.....	75
3.2	Régimen jurídico	80
3.2.1	Régimen jurídico especial de los contratos del artículo 355 de la C.P. exceptuados del EGCAP	82
3.2.1.1	Aplicación del EGCAP a los contratos del artículo 355 de la C.P.....	89
3.2.1.1.1	Aplicación de cláusulas exorbitantes	90
3.2.1.1.2	Terminación del contrato por violación de las prohibiciones establecidas en el decreto 777 de 1992	94
3.2.2	Contraprestación directa a favor de la entidad estatal -exclusión del régimen de contratación del artículo 355 de la C.P.	96

4	CONCLUSIONES	100
5	BIBLIOGRAFÍA	103

INTRODUCCIÓN

El contrato, previsto en el inciso 2 del artículo 355 de la C.P., que surgió como una excepción a la estricta prohibición de otorgar “auxilios o donaciones”, consagrada en el inciso 1º del mismo artículo, regula la actividad subvencional¹ del Estado. Por su parte, el convenio, regulado en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, corresponde a un mecanismo previsto por la ley para que el Estado se organice, en colaboración con los particulares, para desarrollar plenamente su gestión y lograr el cumplimiento de sus fines y funciones.

El artículo 355 de la C.P. determinó que el mecanismo para que el Estado apoye a los particulares es un contrato, como especie de los negocios jurídicos². El artículo 96 de la Ley 489 de 1998, por su parte, consagró que el vehículo sería el convenio³. Sin embargo, los contratos y convenios que establecen estas normas quedaron legalmente atados, porque el citado artículo 96 dispuso que los convenios que regula “se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política”, cuestión que ha sido la causa de erróneas interpretaciones que van en detrimento de la naturaleza jurídica de cada uno de estos mecanismos de actuación del Estado e impiden su correcta aplicación a las situaciones reales que motivaron su creación. Incluso se ha llegado a afirmar, a partir de la unidad de su régimen, que entre los contratos y convenios que regulan estas normas no existen diferencias; o también que el contrato del artículo 355 de la C.P. es en realidad un convenio, o, finalmente, como lo dijo la Corte Constitucional en sentencia C-671

¹ Tal como se establecerá en este documento, la subvención es una técnica de la actividad de fomento que hace el Estado con base en la cual este entrega dinero a una persona jurídica particular sin ánimo de lucro para apoyarla en la ejecución de una actividad que esta realiza y que es acorde con los Planes Nacionales y Seccionales de Desarrollo.

² Las características esenciales del negocio jurídico, de acuerdo con la doctrina, son: la manifestación de la voluntad y que tal manifestación tienda a producir efectos jurídicos (Rocha Ochoa, 2010, p. 293).

³ Que también es una especie del negocio jurídico por las características que se han mencionado.

de 1999, que para la correcta realización de las actividades previstas en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se debe celebrar un contrato en, prácticamente, idénticos términos a los previstos para el artículo 355 de la C.P.

Por sí mismo, el régimen establecido en el inciso 2 del artículo 355 de la C.P. y sus decretos reglamentarios, expedidos hace más de 20 años, tienen grises y vacíos que han impedido su aplicación adecuada a los fines que le dieron origen y, dada la remisión que hace el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, muchas de las críticas, interpretaciones y cuestionamientos que sobre él se hagan afectan, sin lugar a dudas, los convenios del citado artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Tal vez la situación más cuestionable por la falta de sustantividad y régimen propio de estas dos figuras jurídicas, además de hacerles perder sentido a los propósitos para las que fueron creadas, es que ha patrocinado un uso abusivo y descontrolado de la forma de contratación especial que ellas tienen, no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP), y que resulta tan atractivo para evadir los procedimientos de contratación, por lo que se han vuelto el foco de todas las miradas. No hay que buscar el problema ahí. El problema, y también la solución, se encontrarán cuando se tenga plena claridad de que se está en presencia de dos figuras jurídicas diferentes, que urgen de una reglamentación especial e individual.

En ese contexto, en el primer capítulo de esta disertación se procederá a identificar las diferencias entre las actividades del Estado previstas en el inciso 2 del artículo 355 de la C.P. y en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Para tal efecto, se analizarán los antecedentes y las características generales de la actividad a que se refiere el artículo 355 de la C.P., que es la norma constitucional,

anterior en tiempo al artículo 96 de la Ley 489 de 1998, y que desarrolló su propio régimen. En la segunda parte de este capítulo, se revisarán los antecedentes y la actividad regulada en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, que no ha tenido ningún desarrollo reglamentario distinto del que pueda desprenderse de su remisión al artículo 355 de la C.P.

En el segundo capítulo se analizará el impacto de la remisión normativa efectuada por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 al artículo 355 de la C.P. Para realizar esta tarea, se revisarán los antecedentes legislativos de tal remisión, la interpretación que al respecto hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-671 de 1999 y los alcances de dicha interpretación. Posteriormente, se analizarán los efectos de la interpretación de la Corte Constitucional frente al mecanismo previsto en cada una de las normas para concretar la actividad estatal que regulan (contrato y convenio), el objeto de las actividades y el régimen jurídico, que terminó siendo único para las figuras contempladas en las normas citadas.

I: DIFERENCIAS ENTRE LOS CONTRATOS REGULADOS EN EL ARTÍCULO 355 DE LA C.P. Y LOS CONVENIOS DEL ARTÍCULO 96 DE LA LEY 489 DE 1998

1 Artículo 355 de la C.P.

1.1 Antecedentes

Se presentarán en seguida los antecedentes más relevantes que dieron lugar al texto del actual artículo 355 de la C.P. y que serán muy útiles para el entendimiento de la subvención como una de las técnicas de la actividad de fomento⁴, que es la actividad que se regula en el inciso 2 de ese artículo⁵.

En el artículo 76, ordinal 18, de la Constitución Política de 1886, se le atribuyó al Congreso la facultad de expedir las leyes para fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo. Después de la reforma constitucional de 1945 se estableció que la actividad fomento quedaba sometida a “los planes y programas correspondientes”⁶ esto, en palabras de Vidal Perdomo para “evitar la dispersión de fondos públicos, que ya venía ocurriendo, con destinaciones

⁴ Preliminarmente, de acuerdo con el Diccionario de la RAE se puede tomar la definición de fomento como aquella “acción de la Administración consistente en promover, normalmente mediante incentivos económicos o fiscales, que los particulares realicen por sí mismos actividades consideradas de utilidad general”. La subvención es una de las especies de fomento con los rasgos particulares que se estudiará en detalle más adelante.

⁵ Según Medina (2014, p. 93), esta norma concreta los que él denomina “Convenios de fomento”. Este doctrinante analiza los elementos de este “Convenio” a partir de las notas distintivas que ofrece el mismo artículo 355 de la C.P., pero con un enfoque diferente al que se presenta en este estudio, ya que no se comparte la clasificación que él hace del acuerdo de voluntades del numeral 2 del artículo 355 de la C.P. como un “Convenio”, cuando la Constitución Política establece, claramente, que se trata de un contrato.

⁶ Quedó así la norma: “Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulos y apoyo, *con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes*”.

de recursos para necesidades de los departamentos y los municipios” (2008, p.275), aunque en su momento tales planes no se expidieron⁷.

La facultad de fomentar a empresas útiles o benéficas, se puede decir, era la excepción a la prohibición contenida en el numeral 5 del artículo 78, según el cual el Congreso no podía decretar a favor de ninguna persona o entidad gratificaciones, indemnizaciones, pensiones ni otra erogación que no esté destinada a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a ley preexistente⁸.

Mediante la Ley 25 de 1977 se reglamentó el ordinal 20 del artículo 76 de la C.P.⁹. Se determinó lo que se debía entender por empresas útiles o benéficas¹⁰ y se hizo una relación detallada de los sectores y las obras o empresas dignas de estímulo y apoyo¹¹, que el Congreso podía fomentar por

⁷ Vale la pena mencionar que en la sentencia C-324 del 13 de mayo del 2009 de la Corte Constitucional cuyo ponente fue Juan Carlos Henao, se reconoce que hay un equívoco en decir que los “auxilios parlamentarios” fueron obra de la reforma constitucional de 1968, pues en realidad lo que se cuestiona a dicha reforma es que mantuvo los auxilios “como concesión a los parlamentarios -a quienes se les restó (sic) las atribuciones que hasta entonces detentaban en materia de intervención en la economía-, a cambio de autorizar atribuciones exclusivas al Ejecutivo en materia de hacienda pública. Ello por cuanto la reforma de 1968 produjo profundos cambios en materia de Hacienda Pública a la Constitución de 1886, en la medida que introdujo y materializó conceptos tan importantes como el de planeación del gasto público y el principio según el cual no era posible decretar ningún gasto sin respaldo en un recurso para satisfacerlo, en punto a aplicar los recursos públicos con óptima utilidad social y económica, para cuyo efecto se hizo necesario revisar las competencias que hasta el momento detentaban tanto el ejecutivo como el legislativo, revisión a la que se censura el haber mantenido el esquema de los auxilios”.

⁸ Esta prohibición se encuentra vigente en el numeral 4 del artículo 136 de la C.P.

⁹ El ordinal 18, pasó a ser 20, después de las reformas.

¹⁰ El artículo 1 de esta ley definió así a las empresas útiles o benéficas: “Para todos los efectos del numeral 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, son empresas útiles y benéficas, dignas de estímulo y apoyo por la Nación, que el Congreso puede fomentar por medio de iniciativas legales, aquellas de derecho público o derecho privado, sin ánimo de lucro, que se ajusten a los planes y programas sectoriales vigentes, emprendidos, trazados o puestos en marcha por las administraciones nacionales, seccionales o locales y por los entes descentralizados o aquellas otras que el Congreso adopte”.

¹¹ En el artículo 3 se mencionan, entre otras actividades, las de sector salud, educación, ciencia y cultura, obras públicas, vivienda y urbanismo, desarrollo hidroeléctrico y telecomunicaciones, agropecuario, ecológico, monumentos nacionales y patrimonio histórico, desarrollo de la comunidad y de la asociación. Esta descripción tan amplia fue catalogada por la jurisprudencia como “espectro generoso que denotaba que cualquier sector y/o cualquier obra podría llegar a ser materia de inversión en desarrollo de las actividades de fomento autorizadas por el artículo 76 constitucional, con lo cual las llamadas actividades de fomento se constituían en verdaderas subvenciones que debían atender el amplio principio del interés general” (Sentencia C-324 del 13 de mayo del 2009 emitida por la Corte Constitucional, M.P. Juan Carlos Henao).

medio de iniciativas legales, según se ajusten a los planes y programas sectoriales vigentes, y se estableció un modo de pago, de acuerdo con la ley de presupuesto. También se impuso como obligación a los tesoreros municipales y a los representantes legales de las entidades que rindan cuentas a la Contraloría sobre las transferencias recibidas con el fin de que se verifique su uso de acuerdo con los objetivos establecidos en la ley de presupuesto¹².

La actividad del Estado así regulada fue degenerando en la tristemente célebre figura de los auxilios parlamentarios. A este desprestigio de la actividad de fomento contribuyó la falta de planes y a la ausencia de una vigilancia adecuada, que terminó en la destinación de cuantiosos recursos públicos a instituciones que no cumplían los requisitos de utilidad y beneficio social, con la consecuente desfiguración de los fines propios de las fundaciones y asociaciones que sirvieron de instrumento para esa mala práctica (Tafur Galvis, 2011). La supresión de las leyes de fomento, comunmente llamadas “auxilios parlamentarios”, fue una de las banderas políticas que motivó el surgimiento de la Constituyente de 1991¹³.

Los debates en la Asamblea Nacional Constituyente para implantar la prohibición documentan de manera detallada la forma en que los “auxilios parlamentarios” pasaron de ser una forma propicia para que la acción del Estado llegue a pequeños grupos de población desfavorecida a convertirse en uno de los mayores focos de corrupción del Congreso¹⁴. También es cierto que la tajante

¹² Artículo 9.

¹³ Así lo expresó el Consejo de Estado en concepto 1911 del 25 de septiembre del 2008: “Comúnmente a estas leyes de fomento se las denominó auxilios parlamentarios y su supresión fue una de las banderas políticas del grupo que impulsó la Constituyente de 1991”.

¹⁴ En varias sentencias y conceptos relacionados con el artículo 355 de la C.P, se pueden verificar los antecedentes que dieron lugar a su expedición, que no son otros que el abuso y la corrupción, por la falta absoluta de control de los recursos entregados. Ver en especial las sentencias de la Corte Constitucional Nos. C- 372 del 25 de agosto de 1994, C-506 del 10 de noviembre de 1994, C-254 del 6 de junio de 1996, C-712 del 3 de septiembre de 2002 y C-324 de 13 de mayo de 2009.

prohibición, que no podía tener resistencia en la Asamblea Nacional Constituyente, dados los funestos antecedentes que hicieron de su eliminación una de sus misiones fundamentales, podría llevar consigo un acto de injusticia para ciertas organizaciones, serias y comprometidas, con fines altruistas, que desaparecerían sin la ayuda del Gobierno (Roa, 1997). Por eso, surgió la propuesta de atenuar la prohibición introduciendo un mecanismo para que los recursos públicos pasen a manos particulares mediante un contrato, sometido a mecanismos de verificación del destino dado a los recursos. Fue así como surgió el inciso 2 de ese artículo que establece que el Estado puede erogar recursos a favor de particulares mediante la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro para el impulso de programas y actividades de interés público acordes al Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo.

Más de 24 años después de promulgada la Constitución Política de 1991, la figura contractual establecida en el inciso 2 del artículo 355 de la C.P. como una barrera de contención frente a los abusos ha pasado a convertirse en el vehículo para evadir el cumplimiento de las normas de contratación aplicables a las entidades públicas¹⁵ y, por esta vía, se ha tendido un manto de duda y recelo frente a esta importante actividad del Estado, que no es otra que la actividad de fomento, íntimamente ligada a la noción de Estado de Derecho, que debe contribuir a la promoción de entidades asociativas, benéficas o de utilidad común, como agentes necesarios de la participación democrática (Artículo 103 C.P.)¹⁶

¹⁵ El artículo 355 de la C.P. prevé un régimen de contratación directa diferente del establecido en el EGCAP y, por eso, en muchas ocasiones, las entidades buscan el modo de que los requerimientos y objetos de sus contratos se adecúen a los elementos previstos en esta norma, para no hacer licitaciones públicas. Buscan una entidad sin ánimo de lucro (ESAL) como contratista y amparan el objeto de las actividades en razones de interés público.

¹⁶ Artículo 103 de la C.P.: “El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía, con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan”.

La falta de claridad normativa y el uso de este contrato para fines diferentes de los prescritos en la ley ha llevado a que se cometan abusos, como el que reporta la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República, que dio cuenta sobre millonarios contratos celebrados por las alcaldías locales de Bogotá, de manera directa, utilizando la figura de los contratos prescritos por el artículo 355 de la C.P. (Secretaria de la Transparencia, 2013)¹⁷. En el informe, advierte sobre la falta de claridad en la aplicación del régimen de los contratos del artículo 355 de la C.P. y anuncia un trabajo con Colombia Compra Eficiente para modificar la reglamentación de dicha norma, trabajo que está en marcha, según el proyecto de decreto que se ha hecho público y que aún no se ha expedido. Al momento, se cuentan dos versiones del proyecto de decreto que planea expedir el Gobierno (una del mes de agosto del 2015 y otra del mes de septiembre del 2015) y, en el mes de enero del 2016, Colombia Compra Eficiente publicó una *Guía para la contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad*. Se hará referencia a los aspectos más relevantes de este proyecto de regulación en el aparte correspondiente.

La Veeduría Distrital también ha reportado graves abusos del contrato regulado por estas normas por parte del Distrito y las Alcaldías locales¹⁸. Dice que en el primer semestre del 2015 los “convenios de asociación”, que es como llaman al contrato del artículo 355 de la C.P., se han incrementado en un 400%, representado en 123 convenios, por un valor estimado en 26 mil millones de pesos y que, en el 2014, tres de cada cuatro de estos convenios se celebraron en el

¹⁷ Este informe refleja la gestión del 2012 en el nivel central de la administración distrital y las localidades. Reporta que se contrataron de manera directa, con entidades sin ánimo de lucro, mediante convenio de asociación fundamentado en el artículo 355 de la C.P., alrededor de 355 mil millones de pesos. En total, con esta modalidad, se celebraron aproximadamente 1.266 convenios o contratos de asociación y hubo entidades “sin ánimo de lucro” que recibieron más de 3 mil millones para ejecutar esos acuerdos que, como dice la misma Secretaria, permiten “el direccionamiento de recursos, el beneficio de intereses particulares y el pago de favores políticos”.

¹⁸ Ver informe en la página: <https://www.veedurriadistrital.gov.co/?q=content/convenios-de-asociaci%C3%B3n-en-alcald%C3%ADas-locales-aumentaron-en-400-en-el-primer-semester-de-2015>

último trimestre del año “para mejorar sus índices de ejecución presupuestal”, cuestión que revela una falta absoluta de planeación, que se compensa mediante el abuso de la figura de los “Convenios” y, más concretamente, acogiéndose, de manera indebida al régimen de contratación de excepción del EGCAP que estos tienen.

Como lo revelan los antecedentes, no estamos ante un asunto menor. Se trata de la actividad de fomento del Estado que ha sido desfigurada y utilizada para propósitos que nada tienen que ver con su naturaleza y fines legales, con el compromiso de millonarios recursos públicos. El Estado tiene el deber de velar porque el derecho, como un sistema producto de la cultura humana dispuesto para regular el comportamiento de las personas y que debe estar a su servicio, brinde las herramientas normativas que permitan la pervivencia de las instituciones jurídicas según los fines para las que fueron creadas, permita una comunicación clara y fluida entre la administración y los administrados e integre la praxis a la teoría. Es decir, que cumpla con su función en la sociedad (Dromi, 2003) y, en el caso concreto de la actividad de fomento como propia del Estado de Derecho, que cumpla con su función promocionadora (Soriano, 2005)¹⁹.

¹⁹ El autor analiza en su libro *Sociología del derecho* detalles sobre el alcance de las funciones sociales del derecho a través de diferentes escuelas y autores. De entre todas las funciones que menciona y analiza (la organizadora, orientativa-persuasiva, control social, resolución de conflictos, legitimadora del poder y distributiva) destaca la importancia de la función promocionadora de la que dice: “El derecho sería poca cosa, si su función se concentrara tan solo en los puntos antes indicados, porque obtendríamos una visión formalista y reparadora. El derecho es mucho más que la imagen que hasta este momento hemos dibujado; no es solo un instrumento de organización y control social —funciones necesarias para la convivencia social—, sino un instrumento de alentamiento de los valores que presiden el techo de las constituciones de las democracias occidentales. Con la construcción del Estado social y democrático de Derecho, a partir de la segunda guerra mundial, ha cobrado una importancia inusitada la función promocionadora de intereses sociales para hacer posible la extensión de los nuevos derechos sociales, económicos y culturales. Un importante capítulo del derecho público de estas democracias diseña una función promocionadora de derechos, bienes y servicios, que supera las tareas de las funciones jurídicas antes indicadas” (Soriano, 2005, p.p.393 y 394).

1.2 La subvención como técnica de la actividad de fomento

De los antecedentes expuestos, ha quedado establecido que el inciso 2 del artículo 355 de la C.P. tuvo origen en la regulación de la actividad de fomento o apoyo de empresas útiles o benéficas. Esa actividad de fomento tiene como una de sus manifestaciones más importantes la subvención que se otorga a las ESAL mediante contrato, regulada en el inciso 2 del artículo 355 de la C.P. y a ella se concretará este estudio²⁰. Resulta por lo menos paradójico que siendo esta una de las actividades que caracterizan el Estado social de derecho democrático y participativo haya quedado regulada prácticamente como una excepción²¹ a la prohibición de otorgar auxilios o donaciones, cuestión que, como se verá, ha ocasionado erróneas interpretaciones y le ha impedido un desarrollo autónomo e independiente²².

²⁰ En la normatividad positiva colombiana hay diversos tipos de subvenciones, apoyos o subsidios que han tenido diferentes tratamientos en cuanto a sus motivaciones y mecanismos, que no son de interés para este análisis por cuanto no plantean ningún tipo de controversia con el artículo 96 de la Ley 489 y porque tienen tintes que los hacen bastante diferentes del inciso 2 del artículo 355 de la C.P.

²¹ Aunque la Corte Constitucional ha reconocido en la actividad subvencional del Estado, una característica del Estado social de derecho (Sentencia C-254 del 6 de junio de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz), la falta de regulación propia de esta importante figura, unida tan estrechamente en el texto constitucional a la prohibición de otorgar auxilios o donaciones, ha impedido su pleno desarrollo. La misma Corte ha pasado por varias etapas de interpretación del artículo 355 de la C.P., que se ilustran muy bien en la sentencia C-324 del 13 de mayo del 2009 y que empezaron por considerar el contrato establecido en el inciso 2 como único mecanismo válido para otorgar subvenciones. Posteriormente, el contrato se iba quedando corto para cumplir con los fines sociales del Estado y por eso se empieza a “autorizar la posibilidad de asignar tales erogaciones, *no solo mediante la celebración de los contratos a que hacía referencia el inciso segundo del citado artículo 355 superior, sino en aquellos eventos en que el auxilio o incentivo concedido por la ley no solo (1) tuviese como fundamento una norma o principio constitucional, sino que (2) resultare imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado*”. En todo caso, debía entenderse que jamás podría haber mera liberalidad.

²² Tal como se puede ver en casi toda la jurisprudencia en la que se contrasta cualquier institución jurídica con la prohibición de otorgar donaciones o auxilios del inciso 1 del artículo 355 de la C.P. se termina, de una u otra manera, haciendo referencia al inciso 2 de ese artículo. Es decir, a las reglas de la subvención y, por esta vía, se han desfigurado la subvención y las otras actividades que se estudian frente a la prohibición del inciso 1. Esto se puede ver claramente en las sentencias de la Corte Constitucional C- 372 del 25 de agosto de 1994 y C-671 del 9 de septiembre de 1999. También el Consejo de Estado, Sección Tercera, ha hecho lo propio, como puede verse en las sentencias del 15 de agosto del 2007 y del 9 de mayo del 2014, en las que se analiza el contrato de comodato frente al artículo 355 de la C.P. A estas sentencias se hará referencia expresa en el aparte correspondiente.

Antes de revisar en detalle la figura de subvención, es preciso manifestar que la actividad de fomento y la actividad de colaboración convencional con los particulares (Artículo 96 de la Ley 489 de 1998) toman cada día mayor trascendencia, ya que el Estado, como titular y supremo responsable del interés público o general, no tiene el monopolio de la acción para satisfacer las necesidades comunes de todos los asociados (Tafur Galvis, 1997) y por ello los ciudadanos, las organizaciones que ellos formen y, en general, los que llamamos “particulares” asumen un rol activo y destacado en el emprendimiento, el desarrollo y la gestión de asuntos comunes a todos, es decir, de interés general, rol que debe ser apoyado por el Estado que identifica en estas entidades una subjetividad especial afín con sus intereses y colaborador en el cumplimiento de las finalidades que a él se le atribuyen (Jaramillo Díaz, 2014).

Por otra parte, cada día se habla con mayor insistencia del cambio en el papel del Estado que deja de lado sus potestades unilaterales y de coacción, porque ha visto la eficiencia de concertar con los particulares, involucrándolos en su gestión, fenómeno al que Benavides (2010) ha denominado contractualismo²³.

Para entender un poco más a fondo el concepto de fomento y de subvención, de modo que se puedan identificar los elementos esenciales de esta actividad, se acudirá al derecho español que, según Bueno Armijo (2013), tiene una construcción doctrinal de la actividad de fomento, inédita

²³ Benavides llama “contractualismo” a este cambio en el modo de actuación en que el Estado reduce sus prerrogativas y promueve relaciones “concertadas y contextualizadas” que van a redefinir las relaciones entre los individuos y los poderes públicos y que lo llevan a hablar del “fin del monopolio del Estado sobre el interés general” (Benavides, 2010, pp. 32 y 33). También Chávez Marín (2015) hace referencia a este fenómeno que García de Enterría llama “Concertación” y cita a Ramón Martín Mateo y a Francisco Sosa Wagner dentro de lo que ellos llaman “Economía concertada” que, en todo caso, implica finalmente un acuerdo del Estado con los administrados en diferentes campos, dentro de los que la administración incluso podría obrar con sus plenas potestades (Chávez Marín, 2015, p.p. 320 y 321).

en el entorno europeo, característica del derecho administrativo de ese país y que hemos acogido en Colombia, para identificar los rasgos de la actividad subvencional, según se podrá ver más adelante.

Luis Jordana de Pozas fue quien incluyó la actividad de fomento, con la de policía y de servicio público, como uno de los modos de la actividad de la administración y así le dio contenido propio y un lugar importante dentro de ella²⁴. Como se cita en García (2012), para Jordana de Pozas (1949) el fomento es la acción de la administración encaminada a proteger o promover actividades debidas a los particulares que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar la coacción ni crear servicios públicos. Definición esta que ha sido objeto de estudios y algunas críticas por cuanto se ha hecho difícil delimitar los contornos de esta actuación frente a las actividades de policía y de servicio público, tal como se puede ver en Baena del Alcázar (1967). En todo caso, la definición de Jordana Pozas ha mantenido vigencia.

García de Enterría, por su parte, se refiere a las tres actividades, esto es, las de policía, fomento y servicio público, como el tríptico clásico de las formas de acción de la administración y en concreto define el fomento como la actuación en que la administración actúa desprovista de indicios de poder para llegar a un concierto con los particulares, dirigir su conducta a un determinado propósito mediante incentivos y ventajas fiscales, financieras, crediticias, etc., que estos son libres de aceptar o no (García de Enterría & Fernández, 2004).

²⁴ En Colombia, Vidal Perdomo (2008) incluye también al fomento como una de tres expresiones de la acción administrativa del Estado.

El fomento, en palabras de Bueno Armijo (2013) es el paradigma del “intervencionismo moderado”, porque supone la intervención de los poderes públicos en un ámbito concreto y a favor de sujetos concretos. Es la “menos intervencionista” de los poderes públicos, dice.

En lo que corresponde a la subvención, fue Nieves (1963) quien la identificó como una de las técnicas de la actividad de fomento, típica del derecho administrativo que ocupa, según él, en este derecho, un lugar similar al de la donación en el derecho privado, pero con sus propias e inconfundibles características. Vale la pena mencionar que el símil que hace Nieves entre la donación del derecho privado y la subvención del derecho público no tuvo acogida en la doctrina y fue especialmente criticado por Fernández Farreres (1983), para quien no existe ninguna identidad entre ellas porque, aun cuando el Estado haga entregas a título gratuito y sin contraprestación, la causa nunca puede ser la mera liberalidad. En el caso colombiano tampoco se puede aceptar tal similitud²⁵.

En la doctrina española han existido diversas definiciones para identificar la subvención y diferenciarla de otras figuras. En todo caso, se puede afirmar que hay prácticamente unanimidad en los siguientes elementos: i) Se trata de una suma de dinero que la administración pública toma

²⁵ De acuerdo con la prohibición contenida en el inciso 1 del artículo 355 de la C.P., el ordenamiento jurídico colombiano niega cualquier vínculo entre la donación y la subvención que se concreta a través del contrato regulado en el inciso 2 del artículo 355 de la C.P. De hecho, el propósito del artículo 355 de la C.P. fue precisamente prohibir los “auxilios parlamentarios”, caracterizados por la gratuidad y la mera liberalidad, aún por la arbitrariedad, que terminó desprestigiando esta actividad benéfica del Estado. Adicionalmente, el Código Civil Colombiano no admite la posibilidad de donaciones condicionales (Artículo 1455) y uno de los elementos fundamentales de la subvención es la condición de que los recursos entregados sean destinados y, podría decirse, “consumidos” en el cumplimiento de programas y actividades de interés público para los cuales se destinan sin que haya “aumento” en el patrimonio de quien los recibe. De hecho, se podría afirmar que un incremento en el patrimonio de quien recibe los recursos entregados por el Estado en este tipo de contratos podría llevar a concluir que los recursos no cumplieron su destino de aplicarse a los usos de interés público ordenados por la Constitución, la ley y el contrato mismo.

de su presupuesto²⁶, ii) para ser entregada a otra persona jurídica que tenga la consideración de tercero y iii) que se destinará a una finalidad de interés general específica y determinada que no constituye contraprestación directa para quien entrega los recursos (Nieves, 1963).

Los elementos que se han mencionado son los que asumió España para definir legalmente el concepto de subvención²⁷ y son los mismos que se encuentran en el inciso 2º del artículo 355 de la C.P., tal como se verá en seguida.

1.3 Los elementos esenciales de la actividad subvencional en Colombia

Una vez identificados los elementos de la subvención, en el sentido restringido del término, según Martín - Retortillo Baquer (1988)²⁸ como se cita en García (2012) y que es el que mejor se aviene al derecho positivo colombiano se realizará una revisión de los elementos de la subvención

²⁶ En la exposición de motivos de la Ley General de Subvenciones de España (LGS) se hace especial énfasis en que la subvención es una modalidad de gasto público cuya eficiencia se verifica para lograr una distribución presupuestal adecuada a las necesidades que se pretende satisfacer y excluye de su reglamentación la entrega de bienes y derechos.

²⁷ El artículo 2 de la LGS de España establece lo siguiente: “Se entiende por subvención, a los efectos de esta ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos: a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios. b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido. c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública”.

²⁸ Tal como lo menciona García, la doctrina se ha decantado mayoritariamente por el concepto restringido de la subvención que, en palabras de Martín-Retortillo Baquer es la “atribución patrimonial, principalmente entrega de dinero, que se recibe de la Administración a fondo perdido y que moralmente debe ser aplicado a una determinada finalidad”. El concepto amplio de la subvención incluye todo beneficio económico percibido de la Administración con objeto de fomentar o impulsar determinadas actuaciones que pueden considerarse de interés general y que abarcaría todas las medidas de fomento. En el artículo 355 de la C.P. se ha regulado la subvención en el sentido restringido del término.

teniendo en consideración el texto del inciso 2 del artículo 355 de la C.P., que establece lo siguiente:

“El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

A partir del contenido de este texto constitucional se analizará el objeto de la actividad y sus rasgos fundamentales, los sujetos y el instrumento jurídico mediante el cual se concreta, esto es, el contrato.

1.3.1 Objeto de la actividad: impulsar actividades de interés público

Todas las actividades que realice el Estado deben estar dirigidas al interés público o general. Colombia como Estado social de derecho está fundado en la prevalencia del interés general²⁹. No es posible concebir una definición del derecho administrativo que no lleve incorporada, explícita o implícitamente, una referencia determinante al interés público. Para Morena y de la Morena (1983) los dos conceptos, es decir, el de derecho administrativo y el de interés público, se correlacionan inseparablemente, así como lo hacen el fin con sus medios y la causa con sus efectos. En términos textuales este autor expresa “la presencia del interés público clama por la presencia de la Administración” (Morena y de la Morena, 1983, p. 866). Siendo así, tanto las actividades del

²⁹ Artículo 1 de la C.P.

inciso 2 del artículo 355 de la C.P. y las del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 deben y tienen que buscar un objetivo de interés público.

Como lo expresa Rodríguez (1994), el interés público es un concepto jurídico indeterminado, cuya comprensión debe buscarse más en el ámbito de la filosofía del derecho que en el de las ciencias jurídicas. Puede variar en el tiempo y el lugar, de acuerdo con las concepciones políticas y filosóficas de los Estados, sin que esto le impida contextualizarse. En todo caso, como dice este autor, no debe considerarse como una simple alusión retórica y vaga que permanece en la indefinición, puesto que es una herramienta esencial del derecho público que está dotada de contenido y que cumple una función limitadora de la acción del Estado³⁰.

Se debe decir también que el interés público se conforma a partir de los intereses, individuales o comunes de un grupo de personas, que solo pueden ser satisfechos por el Estado de manera colectiva y que han sido previa y objetivamente identificados, de acuerdo con la constitución y la ley (Morena y de la Morena, 1978)³¹.

A partir de las líneas generales que se han expuesto sobre el tema, y de la indiscutible presencia del interés público en las actividades a que se refiere el artículo 355 de la C.P., se identificarán en

³⁰ Con fundamento en Bailey (1967), Rodríguez dice: “En un Estado de derecho, la sola apelación a la autoridad no justifica la limitación de las libertades individuales: se requiere para ello la existencia de motivos razonables, socialmente reconocidos, que la expresión “interés público” recoge. (Rodríguez, 1994, pp. 70 y 71)

³¹ Dice el autor: “La Administración, pues, asumirá, ciertamente, el cumplimiento de los fines del Estado, pero —se entiende— en tanto que esos fines hayan sido declarados previamente del Estado, declaración que podrá ser hecha, bien por la propia Constitución (...) bien por cada una de las Leyes que, en el ejercicio de su competencia normativa, dicten las Cortes, bien por los Reglamentos que emane el propio Gobierno en base a las habilitaciones previstas en aquellas” (Morena y de la Morena, 1978, p.160). Esta doctrina da fundamento a las razones de por qué, tanto en España como en Colombia, se exige que la actividad subvencional esté sujeta a las leyes que establecen los planes de acción del Estado. Los fines del Estado, se puede decir, se objetivizan en la ley.

seguida los rasgos generales de tales actividades, de modo que permita contextualizarlas, identificarlas y diferenciarlas y evitar que el concepto de “interés público” sea “esa cosa manipulada” a la que se refiere Quinche (2014, p.159).

1.3.1.1 Forma en que el Estado ejecuta la actividad de interés público subvencionada

Con base en lo expresado por Morena y de la Morena (1978), se puede decir que la ejecución de la actividad de interés público de que se trate la realiza el Estado de manera indirecta, esto es, que se realiza a través de un particular influyendo convenientemente sobre sus comportamientos cooperativos, que es una de las características principales de la actividad subvencional del Estado³². Contrario sensu, la forma en que el Estado y el particular ejecutan las actividades del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 es mixta y conjunta.

En todo caso, se debe entender que la ejecución de la actividad la realiza la entidad privada sin ánimo de lucro, ESAL, con un nivel importante de autonomía para no incurrir en la exclusión del régimen especial previsto para esta actividad en el numeral 5 del artículo 2 del decreto 777 de 1992 y que puede llevar a que, por el objeto, el contrato se considere como una verdadera fiducia (Cediel de Peña, 2010) y, por supuesto, tales actividades no deben implicar contraprestación directa a favor de la entidad pública .

³² En esto se puede identificar la afirmación de Bueno Armijo (2013), quien dice que la subvención resulta ser la más moderada de las técnicas de intervención que se ejecuta en el marco de la actividad benéfica del Estado Social de Derecho.

1.3.1.2 Carácter privado de la actividad de interés público ejecutada o fomentada

En el artículo 355 de la C.P. la actividad fomentada es de carácter privado, diferente de lo que ocurre en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en la que la actividad que se ejecuta es de carácter público. Según Morena y de la Morena:

No se deberán confundir, por ello, las actividades que se fomentan o se arbitran (que son privadas), con la actividad a través de la que las mismas son fomentadas o arbitradas (que es administrativa), ya que solo de esta última podrán surgir auténticas relaciones jurídicoadministrativas (Morena y de la Morena, 1983, p.866).

Claramente, la actividad fomentada en el artículo 355 de la C.P. es la del particular, que es de naturaleza privada y que debe ser acorde con el Plan Nacional y los Planes seccionales de desarrollo. La actividad que promueve el Estado para fomentarla es de derecho público. Cárdenas Mejía (1995) distinguió muy bien el carácter privado de la actividad fomentada en el artículo 355 de la C.P.:

Los programas a que se refiere no son los programas del Estado, sino los programas del ente privado, porque si fueran los del Estado se trataría no simplemente de impulsar un programa sino de ejecutarlo y, de otra parte, no se requeriría que fuera acorde -esto es, que guardara armonía- con el plan, aunque no esté incluido en el mismo, sino que debería estar comprendido (Cárdenas Mejía, 1995, p.294)³³.

³³ La naturaleza de la actividad fomentada es relevante para analizar la presencia de la “contraprestación directa” a favor de una entidad Estatal como causal de exclusión del régimen establecido en el artículo 355 de la C.P., conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 2 del decreto 777 de 1992. Así, si el objeto de la actividad está relacionado con la administración o funcionamiento de la entidad, es decir, que no se trate de una actividad privada de la ESAL, entonces no hay lugar a la aplicación del régimen especial del artículo 355 de la C.P. Sobre este tema se puede ver el concepto 1626 del 2005 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

También hay que decir, de una vez, que para que el Estado “impulse” una actividad se requiere que tenga la competencia para hacerlo³⁴ en el marco de las funciones asignadas a la entidad respectiva y que el particular ya la esté desarrollando satisfactoriamente. Es decir, que la ESAL ya esté constituida³⁵ y que tenga “reconocida idoneidad y experiencia” en su ejecución. Esto también debe llevarnos a concluir que la ESAL, con o sin la ayuda del Gobierno, seguirá ejecutando tal actividad, porque forma parte de su objeto social, aunque es claro que su ejecutoria será más importante y mejor si cuenta con apoyo adicional del Estado.

1.3.1.3 Mecanismo para impulsar la actividad: recursos del presupuesto

El inciso 2 del artículo 355 de la Constitución Política menciona de manera expresa que para el impulso de programas y actividades de interés público se utilizarán “recursos de los respectivos presupuestos”, es decir, que entregará dinero. Y esta es una diferencia concreta con el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, ya que en este artículo no existe ninguna prescripción especial en cuanto al tipo o naturaleza del aporte a cargo del Estado y, por tanto, es válido concluir que puede ser en dinero o especie. Para Villar Palasí (2014) la nota definitoria de la subvención es que versa sobre dinero y esto le permite diferenciarla de las restantes técnicas de fomento, como las exenciones, preferencias, prestaciones in natura, etc.

³⁴ Se debe entender que la entidad estatal tiene entre sus funciones competencia para otorgar subvenciones, en el sentido restringido de la acepción que aquí se ha explicado. No se debe entender, como suele ocurrir, que la competencia de la entidad se refiera a las actividades de interés público que decide ejecutar con el apoyo del particular, porque, de ser así, se entraría al terreno previsto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, es decir, la ejecución de funciones o fines de la entidad pública en conjunto con particulares.

³⁵ El artículo 12 del decreto 777 de 1992 establece que las entidades sin ánimo de lucro deben estar constituidas con seis (6) meses de antelación a la celebración del contrato y tener vigente el reconocimiento de su personería jurídica.

Se reafirma lo anterior si se advierte que el inciso 2 del artículo 355 de la C.P. se encuentra ubicado en el título XII (*Del régimen económico y la hacienda pública*), Capítulo III (*Del Presupuesto*), y que en los artículos 7 y 14 del decreto 777 de 1992 que lo reglamentan se menciona la necesidad de registro y disponibilidad presupuestal para los contratos que se celebren según ese régimen. Esta es la razón por la que el Consejo de Estado, en el acertado concepto 1957 del 3 de septiembre del 2009, concluyó que los recursos que se comprometen en este tipo de contratos “son exclusivamente de naturaleza dineraria”³⁶.

Sin embargo, el Consejo de Estado, en sentencia del 15 de agosto del 2007³⁷, fundamentada en el Concepto 1510 del 2003 de esa misma corporación, sujeta el contrato de comodato celebrado entre el Estado y un particular al régimen del artículo 355 de la C.P. y sus decretos reglamentarios. Y esta idea de asimilarlos se concreta en la sentencia del 9 de mayo del 2014³⁸ mediante la cual el Consejo de Estado concluye que “el artículo 355 de la Constitución regula una categoría especial de contratos, que comprende el de comodato”. Se puede entender como válido el propósito del Consejo de Estado de confrontar lo que dispone el inciso 1º del artículo 355 de la C.P. con un contrato de comodato, así como con cualquier otra figura jurídica o norma en la que se encuentre presente la idea de entrega de bienes o recursos a particulares, por cuanto la prohibición constitucional de dar auxilios o donaciones a que se refiere ese inciso irradia toda la normatividad. Pero no resulta acertado que realice una evaluación del contrato de comodato a través de los

³⁶ También el Departamento Nacional de Planeación emitió el concepto PRAP-CP 20108010711561, del 21 de octubre del 2010, en el que dice que los recursos que pueden comprometerse mediante el contrato del artículo 355 de la C.P. “son exclusivamente de naturaleza dineraria, porque a estos corresponden las fuentes de ingresos relacionadas en la ley orgánica del presupuesto cuando desarrolla las normas constitucionales referentes al presupuesto de rentas”.

³⁷ Sentencia proferida dentro del expediente AP-19001-23-31-000-2005-00993-01, el 15 de agosto del 2007, por la Sección Tercera del Consejo de Estado, M.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

³⁸ Sentencia proferida dentro del expediente 20001233100019990066701, el 9 de mayo del 2014, por la Sección Tercera del Consejo de Estado, M.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

elementos previstos en el inciso 2º del citado artículo 355 de la C.P., que, como se ha dicho, regula la actividad subvencional del Estado. Un contrato de comodato celebrado por una entidad pública deberá cumplir siempre un propósito de interés público o general, pero tal circunstancia no se deriva del inciso 2 del artículo 355 de la C.P., sino de la presencia misma del Estado.

Chávez (2015) también admite la posibilidad de que en el marco de los convenios del artículo 355 de la C.P. se entreguen aportaciones en especie³⁹. Considerar al contrato de comodato como una especie del contrato establecido en el artículo 355 de la C.P. es francamente un error que desdibuja totalmente la actividad subvencional. Por una parte, el objeto del contrato de comodato es una “especie mueble o raíz”, mientras que el objeto de la subvención es la entrega de “recursos del presupuesto”, en el sentido de entregar dinero, y, por otra, el contrato de comodato es esencialmente gratuito⁴⁰, so pena de convertirse en otro negocio jurídico, según lo señala Bonivento Fernandez (2012)⁴¹ y el contrato a que se refiere el artículo 355 de la C.P. es oneroso. Finalmente, el contrato de comodato con bienes del Estado tiene una regulación especial, establecida en el artículo 38 de la Ley 9 de 1989, que también prevé una finalidad de interés social o comunal. Es decir, de interés público, tal como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia mediante la cual se declaró exequible dicha norma⁴².

³⁹ Dice el autor: “Es válido observar que pueden darse eventos en los cuales el convenio celebrado no implique necesariamente el aporte de recursos dinerarios de parte de la entidad pública, sino la realización de aportes en especie que pueden consistir en bienes muebles o inmuebles entregados temporal o definitivamente a la entidad privada y adquiridos con recursos de la entidad pública” (Chávez, 2015, p.399).

⁴⁰ Artículo 2200 del Código Civil.

⁴¹ Es gratuito. El uso y goce que se proporciona es sin contraprestación. Hay una intención liberal por parte del comodante, que es la parte que se grava. Por eso, la definición de comodato recoge con exactitud esta característica. Si el comodatario por el uso se obliga a una contraprestación desaparece el contrato y se convierte en otro negocio jurídico, de acuerdo con el querer o intención de las partes” (Fernández, 2012, p. 318).

⁴² Sentencia C-026 de 1993, según la cual “si la ley 9 de 1989 reglamenta lo que debe ser el manejo de la tierra, es decir, el uso del suelo urbano, la adecuación del mismo atendiendo la planificación del desarrollo urbano, con el fin de que los terrenos sean utilizados en actividades de interés comunal o social, no halla la Corte Constitucional razón alguna para considerar que los contratos de comodato de inmuebles celebrados por entidades públicas no puedan incluirse dentro de tal regulación, pues esos bienes también están afectados con el problema del uso del suelo y el

En conclusión, no es correcto que mediante el contrato establecido en el artículo 355 de la C.P. se entreguen, por parte del Estado, bienes u otro tipo de prestaciones que no sean, como lo dice la norma, de forma textual y clara, “recursos del presupuesto”.

1.3.2 Sujetos involucrados en la actividad subvencional: el gobierno y las entidades privadas sin ánimo de lucro, ESAL.

En la relación subvencional participan, por una parte, el Estado y, por otra, una persona jurídica privada sin ánimo de lucro, ESAL. Lo primero, es hacer referencia a un aspecto que no tiene debate: el Estado ejecuta la actividad subvencional a través del Gobierno, esto es, la rama ejecutiva del poder público, constituida, para cada caso particular, por el Presidente y el Ministro o Director del Departamento respectivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 115 de la C.P. También se aplica esta norma a nivel municipal, departamental y distrital, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1 del decreto 777 de 1992. En este aspecto, se encuentra otra diferencia con el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, puesto que los convenios a que él se refiere pueden ser celebrados por cualquier Entidad Estatal y no solo por el Gobierno.

Las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, ESAL, forman parte de lo que se ha llamado tercer sector o sector no lucrativo y se caracterizan porque no pueden distribuir beneficios entre

acceso a la tierra y quedan incluidos dentro del propósito fundamental de la ley, cual es, que su uso esté destinado a planes o programas de interés social o comunitario”.

sus socios, sino que los destinan al cumplimiento de los fines de la organización de acuerdo con sus estatutos, fines que solo pueden estar orientados al interés público (Juppet Ewing, 2009)⁴³.

La Constitución de 1991 considera a las ESAL verdaderos mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de la gestión pública a la que concurren⁴⁴, reconocimiento que concreta una tradición histórica que las ha privilegiado en razón de sus condiciones subjetivas que las identifican como colaboradoras de la administración. Esto ha determinado que su régimen jurídico de creación, organización y funcionamiento se sujete en menor o mayor medida a reglamentaciones especiales y además que se les otorguen prerrogativas especiales en sus relaciones con terceros y en las relaciones con las autoridades estatales (Tafur, 2011).

Un ejemplo de esto se puede encontrar el artículo 38 de la Ley 9 de 1989, ya citado, que permite a la entidades estatales entregar bienes en comodato a otras entidades públicas y a entidades sin ánimo de lucro, tales como sindicatos, cooperativas, asociaciones, fundaciones, juntas de acción comunal, fondos de empleados y las demás que puedan asimilarse a las anteriores. La posibilidad de contratar directamente con el Estado para impulsar sus actividades particulares es también una demostración patente de ese trato preferencial que ha sido avalado por la Corte Constitucional en razón de las condiciones subjetivas de estas entidades que optan por fines no lucrativos, condición

⁴³ Se denomina “tercer sector”, como lo dice la autora, por exclusión de la economía pública (primer sector institucional) y de la economía capitalista tradicional (segundo sector). En este artículo se exponen de manera sencilla e interesante los antecedentes de las organizaciones sin ánimo de lucro a partir del entendimiento de que el hombre es incapaz de procurarse por sí mismo lo que necesita para su bienestar y de que también es un ser social, factores que llevan a la “colectivización de las necesidades del hombre” y, en consecuencia, a buscar soluciones colectivas. Aquí es donde aparecen las organizaciones no lucrativas que se alejan de la búsqueda de beneficio económico personal, característico de la empresa privada y que tampoco forman parte de la gestión estatal, pero que buscan desarrollar actividades de interés general.

⁴⁴ Artículo 103 de la Constitución Política.

que las convierte en los organismos más adecuados para el cumplimiento de la función benéfica del Estado⁴⁵.

La mención que hace el artículo 355 de la C.P. a “entidades privadas sin ánimo de lucro” da a entender que el Estado celebrará un contrato con una persona jurídica constituida por personas naturales o jurídicas de carácter ciento por ciento particular o privado, por oposición a aquellas que en su estructura jurídica u organización tienen algún integrante de naturaleza pública o estatal, que serían entonces entidades mixtas, y que, por disposición legal, se rigen por el derecho privado⁴⁶ y no están mencionadas como posibles sujetos en el contrato regulado por el artículo 355 de la C.P.

Esta interpretación, que surge naturalmente de la lectura de la norma, no fue acogida por la Corte Constitucional que, en la sentencia C-372 del 25 de agosto de 1994⁴⁷, señaló que cuando el inciso

⁴⁵ La Corte Constitucional en diversas sentencias, entre las que se pueden ver la C- 543 del 23 de mayo de 2001 y la C- 712 del 3 de septiembre de 2002, ambas con ponencia del doctor Álvaro Tafur Galvis, manifiesta que el fin del artículo 355 de la C.P. es apoyar la acción de organizaciones de origen privado que, en ejercicio de su derecho de libre asociación (Artículo 38 de la C.P.) para realizar cualquiera de las múltiples actividades que pueden ejecutarse en sociedad, optan por la satisfacción de finalidades no simplemente lucrativas y por eso las considera el instrumento por excelencia para la ejecución de la actividad benéfica del Estado, que corresponde a una función propia e insoslayable de la organización estatal. También es importante hacer referencia a la Sentencia del Consejo de Estado No. 2073 del 26 de febrero de 1993, con ponencia de Yesid Rojas Serrano, mediante la cual decidió negar las pretensiones de la acción de nulidad contra los artículos 1 y 2 del decreto 777 de 1992, entre otras razones porque se admitió que el sometimiento de los contratos regulados por esta norma a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares no afecta los principios contenidos en la Constitución, en concreto, los de los artículos 13 (Derecho a la igualdad) y 38 de la C.P. En estricto sentido, también se podría entender que permitir que los contratos con las ESALS se sometan al derecho privado y sobre todo a un sistema de contratación directa puede ser considerado como trato preferencial, justificado en las condiciones subjetivas a que ya se ha hecho referencia. En todo caso, una vez celebrado el contrato, la ESAL debe cumplir su prestación no en un ambiente de colaboración, propio de los convenios, sino de acuerdo con las reglas coercitivas propias de un contrato conmutativo y oneroso.

⁴⁶ El inciso 3 del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 dice: “Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, estas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común”.

⁴⁷ Esta sentencia resolvió la demanda de inexequibilidad del artículo 6 del decreto 130 de 1976, norma que previó el régimen de derecho privado de las entidades sin ánimo de lucro creadas con recursos públicos y privados. El actor fundamentó la demanda en que el aporte de recursos del Estado para constituir una entidad sin ánimo de lucro constituía donación. Este argumento tuvo eco en la Corte que en votación mayoritaria concluyó que “la participación

2 del artículo 355 de la C.P. habla de “entidades privadas” se refiere a “personas con régimen jurídico de derecho privado”, con independencia de la naturaleza jurídica de las personas que la integran. La Corte Constitucional con esta interpretación amplió el espectro de los sujetos que estarían en posibilidad de ser beneficiarios de las subvenciones, en tanto que incluyó a las personas jurídicas *con régimen de derecho privado*, aunque en su estructura participen entidades públicas⁴⁸.

Esta es otra de las interpretaciones que, se puede decir, han contribuido a “desnaturalizar” la subvención, ya que no es posible entender que el Estado subvencione al mismo Estado arropado en la figura jurídica de una entidad de carácter mixto. Como dice el maestro Tafur Galvis (2011), la posibilidad de contratación del artículo 355 de la C.P. debe entenderse circunscrita a las entidades privadas surgidas de la iniciativa exclusiva de los particulares, pues el propósito de la actividad subvencional del Estado es apoyar a ciertas organizaciones particulares que ejecutan actividades de interés público⁴⁹. Villar Palasí (2014) también identifica como nota definitoria de la subvención la condición del beneficiario como un particular distinto de la administración, so

del Estado en las fundaciones de capital mixto, según lo establece el artículo 60. acusado, se constituye en una negociación ajena a cualquier tipo de control y, por ende, prohibida por el artículo 355 de la Carta Política” (Sentencia de la Corte Constitucional No. C-372 del 25 de agosto 1994, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa, p.18). De igual manera, la Corte manifestó que el ánimo de lucro que existe, por ejemplo, en las sociedades de economía mixta permite una retribución al Estado por el aporte entregado a través de la distribución de utilidades o con la entrega de cuota social correspondiente una vez finalizado el proceso de liquidación de la entidad y así se descartaría la gratuidad y la mera liberalidad, como ocurre en la entidades sin ánimo de lucro.

⁴⁸ También en la sentencia C-324 del 13 de mayo del 2009, la Corte Constitucional interpretó que: “Al respecto, conviene señalar que el inciso segundo del mencionado artículo constitucional (se refiere al 355 de la C.P.) no distingue entre entidades sin ánimo de lucro de carácter privado u oficial, de manera que ha de entenderse que el deber de suscribir un contrato se predica de las entidades sin ánimo de lucro, en general, sin atender al origen de sus recursos”. La lectura simple del artículo 355 de la C.P. indica que el constituyente sí distinguió a las entidades sin ánimo de lucro y expresamente habló de las privadas y no de las oficiales.

⁴⁹ Otra cosa es que el Estado tome la determinación de participar en una actividad a través de la conformación de una nueva persona jurídica en la que intervienen personas jurídicas particulares. En tal caso, tendrá que cumplir con sus compromisos en cuanto a aportes y demás condiciones establecidas en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, de acuerdo con lo que estipulen los estatutos. Ese aporte no puede ser entendido jamás como un auxilio o donación ni tampoco como una subvención, sino como el cumplimiento de sus compromisos como asociado.

pena de que pierda su carácter y naturaleza, aunque reconoce que esa posibilidad se da en España, pero corresponde a figuras un tanto distintas y aún anómalas de la subvención⁵⁰.

Finalmente, el párrafo del artículo 9 del decreto 777 de 1992 parece indicar que firmar contratos según el artículo 355 de la C.P. con entidades mixtas sí es posible⁵¹.

1.3.3 La relación subvencional es contractual

En Colombia, la ausencia de reglamentación autónoma que permita estructurar a las subvenciones como una institución jurídica independiente ha propiciado una serie de interpretaciones equívocas sobre sus elementos esenciales⁵², sobre su régimen legal⁵³ y sobre la naturaleza jurídica del mecanismo definido por la ley para concretarlo, como se verá enseguida.

⁵⁰ Este autor habla de la subvención –dotación y la subvención- transferencia como supuestos anormales de la subvención.

⁵¹ Esta afirmación se hace por lo siguiente: en los numerales 1 y 3 del artículo 9 del decreto 777 de 1992 se establece que no es posible celebrar los contratos a que se refiere el artículo 355 de la C.P. con entidades sin ánimo de lucro cuyos representantes legales o miembros de la junta o consejo directivo tengan la calidad de “*Servidores públicos* que ejerzan autoridad civil o política en el territorio dentro del cual le corresponda ejercer sus funciones a la entidad pública contratante” (Numeral 1) o de “cónyuge, compañero permanente o parientes de las personas que ejerzan cargos de nivel directivo en la entidad pública contratante” (Numeral 3). Sin embargo, en el párrafo del mismo artículo se previó como excepción a dicho régimen de inhabilidades e incompatibilidades lo siguiente: “No se aplicará la prohibición prevista en el presente artículo cuando los servidores públicos mencionados en el numeral 1 y las personas señaladas en el numeral 3, estas últimas en tanto sean servidores públicos, hagan parte en razón de su cargo de los órganos administrativos de la entidad sin ánimo de lucro, en virtud de mandato legal o de disposiciones estatutarias, debidamente aprobadas por las autoridades competentes”. Esta excepción permite que el Estado contrate con entidades sin ánimo de lucro en las que haya presencia de servidores públicos. Dado que estos tienen competencia limitada al campo de las funciones que se les asigna en la ley o reglamento (Artículo 122 de la C.P.), se deberá entender que su presencia e intervención en los órganos de deliberación o dirección de otra persona jurídica está sujeta a que la entidad pública a la que estén vinculados haga parte de tal persona jurídica. Para el caso concreto, la entidad pública debe haber concurrido junto con un particular a la creación de una entidad sin ánimo de lucro (fundación o asociación), según lo autoriza el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y la entidad que se haya creado por la presencia del Estado se deberá considerar como mixta. Esta entidad mixta es una entidad descentralizada indirecta y, según lo previsto en el artículo 109 de la Ley 489 de 1998, el control administrativo sobre las actividades y programas que realiza “se ejercerá mediante la intervención de los representantes legales de los organismos y entidades participantes o sus delegados en los órganos internos de deliberación y dirección de la entidad”.

⁵² Ver numeral 1.3.1

⁵³ Como cuando se pretende acudir a las normas del EGCAP para regularla, propósito que al parecer quiere legalizar el Gobierno con el proyecto de decreto que planea expedir.

El inciso 2 del artículo 355 de la C.P. establece que entre el particular y el Estado se debe celebrar un contrato. Según la Corte Constitucional, el constituyente decidió que se necesitaba un contrato para que exista un control previo y posterior al destino y ejecución de los dineros públicos para esta actividad y acabar, así, con la mera liberalidad o incluso arbitrariedad que causó la degeneración de los llamados “auxilios parlamentarios”⁵⁴. En ese sentido, el propósito del constituyente fue establecer la exigencia de un contrato como mecanismo de asignación y uso de los recursos del Estado en el ámbito de su acción benéfica y de fomento, función propia e insoslayable de la organización estatal en un Estado de Derecho⁵⁵. No obstante lo anterior, es usual encontrar que a los acuerdos celebrados con base en el artículo 355 de la C.P., se los llama convenios, denominación que ha logrado arraigo doctrinal, tal como se ve en Chávez (2015), Perdomo (2014), Ortigoza (2012), Jaramillo (2012) y Medina (2014)⁵⁶.

En España, que, como se ha dicho, es el país que tiene una mayor y más avanzada reglamentación sobre el fomento y, en concreto, sobre las subvenciones, la relación convencional se puede manifestar de diversas maneras: (i) Mediante acto administrativo motivado⁵⁷ que se emite después de un procedimiento, (ii) Mediante convenios en los casos de concesión directa⁵⁸ y (iii) Mediante

⁵⁴ Sentencia de la Corte Constitucional No. C-372 del 25 de agosto 1994, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵⁵ Entre otras, ver sentencias de la Corte Constitucional Nos. C- 543 del 23 de mayo del 2001 y C-712 del 3 de septiembre del 2002.

⁵⁶ Los detalles de la distinción doctrinal entre contrato y convenio se revisarán en la segunda parte de este estudio. Sin embargo, se debe considerar que tal distinción se ha construido a partir de la consideración de los intereses de las partes que serán coincidentes, en el caso de los convenios, y opuestos, en el caso de los contratos, tal como lo expone de manera muy detallada el doctor Augusto Ramón Chávez Marín (2015), en doctrina que ha tomado fuerza y es asumida por Perdomo (2014), Ortigoza (2012), Jaramillo (2012) y Medina (2014), con la precisión de que Medina critica la denominación de “Convenios de interés público”, que es el nombre más específico, que usa el doctor Chávez Marín (2015), para referirse a ellos, ya que, en su criterio, esta designación es vaga, puesto que todas las actuaciones de la Administración Pública están orientadas a satisfacer el interés general (Medina, 2014, p. 93).

⁵⁷ Artículo 25 LGS.

⁵⁸ Artículo 28 LGS.

convenios de colaboración celebrados con entidades, valga la redundancia, “colaboradoras” en la asignación de subvenciones a los beneficiarios⁵⁹.

Este escenario ha sido propicio para que haya discusiones doctrinales sobre la naturaleza de la relación subvencional, que tienen como hilo conductor la ausencia de contraprestación directa que caracteriza esta figura⁶⁰ y el carácter gratuito⁶¹ que por esta razón le dio la ley a la subvención y, a partir de ella, negar el carácter contractual sinalagmático, esto es, que la causa del contrato no se encuentra en una prestación procedente del beneficiario (Bueno Armijo, 2013). Fernández Farreres (1996) también es del criterio de que la relación jurídica que surge del otorgamiento de la subvención no es una relación contractual de carácter sinalagmático, sino que puede tratarse de un acto unilateral necesitado de aceptación. Lo que es innegable, dice, es que se trata de un acto bilateral. No obstante, Bueno Armijo, cita diversas sentencias del Tribunal Supremo en las que se decantan, sin duda, por calificar la relación subvencional como contractual⁶².

Finalmente, en dicha legislación todas las discusiones sobre el tema terminan concluyendo que lo más importante, independientemente del instrumento usado para formalizar la entrega de la subvención, es considerar la reglamentación general y los principios y fines de la Ley General de Subvenciones, ya que este régimen está perfectamente diferenciado de la Ley de Contratos del

⁵⁹ Artículo 16 LGS. Solo en los casos en que estas entidades colaboradoras puedan seleccionarse de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) se habla de “contratos”.

⁶⁰ Como ya se expuso en este documento, esa es una exigencia común en esta figura, tanto en Colombia como en España.

⁶¹ Este carácter en criterio de Bueno Armijo (2013) no es perfecto y tiene matices, por cuanto se admite la contraprestación indirecta.

⁶² Véanse páginas 75, 76 y 77 de *El concepto de subvención en el ordenamiento jurídico español* (Bueno Armijo, 2013).

Sector Público (LCSP), ley que también excluye de su regulación a los convenios de colaboración o cooperación (García, 2012).

Dado que en Colombia, como se ha dicho, no hay una normativa especial que rijan la actividad subvencional es preciso entender, según los antecedentes, el texto del artículo 355 de la C.P. y las interpretaciones que ha efectuado la Corte Constitucional, que la relación subvencional es contractual y no convencional y esta distinción es importante para profundizar las diferencias existentes con los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los reparos a la tesis que considera convenios a los contratos regulados en el artículo 355 de la C.P. son los siguientes:

- (i) La causa del contrato establecido en el artículo 355 de la C.P., que preside no solo las condiciones de su formación, sino su ejecución, es la típica de un contrato sinalagmático, puesto que el compromiso de entregar recursos por parte del Estado tiene como fundamento el compromiso de ejecución de esos recursos por parte de la ESAL en las actividades de interés público de que se trate, es decir que hay interdependencia de obligaciones (Larroumet, 1999).
- (ii) El contrato del artículo 355 de la C.P. tiene un componente de patrimonialidad definitivo para su estructura o configuración como tal (Herrera Barbosa, 2004)⁶³. Es decir que, por una parte, el Estado entrega recursos destinados a un fin de interés público específico y la ESAL adquiere la obligación contractual de cumplir con unas actividades concretas que, de no ejecutarse según lo pactado, dan lugar a la coacción para que se ejecute la prestación como elemento que

⁶³ Herrera Barbosa dice: “El convenio como el contrato es un acuerdo de voluntades, una intención que produce efectos jurídicos. Pero a diferencia de estos el convenio puede o no tener interés patrimonial, su presencia o ausencia no es determinante de su carácter, no hay obligaciones en estricto sentido, mientras que en el contrato sí las hay” (2004, p.34).

le da eficacia al vínculo jurídico (Larroumet,1999)⁶⁴. El contenido patrimonial en un acuerdo de voluntades como criterio preponderante para distinguir un contrato de un convenio también ha sido considerado por la jurisprudencia, según se puede ver en la sentencia del Consejo de Estado del 23 de junio del 2010⁶⁵.

(iii) En efecto, los decretos reglamentarios del artículo 355 de la C.P. establecieron características específicas para este tipo de contratos, que no dejan duda de que, por encima del interés común de las partes, el Constituyente quiso que la relación subvencional permita la exigibilidad de la contraprestación (no directa) mediante la imposición de decisiones unilaterales y la obligatoriedad de garantías que respalden el cumplimiento, en los términos propios de un contrato conmutativo, sinalagmático y oneroso, tal como lo manifestó el Consejo de Estado en Sentencia 2073 del 26 de febrero 1993, M.P.: Yesid Rojas Serrano⁶⁶.

(iv) Para apartarse de la definición expresa de “contrato” que hace la norma no basta con mencionar la coincidencia de intereses de las partes en torno a un concepto abstracto de “interés público” y, mucho menos, suponerla como, en criterio de esta disertación, lo sugiere

⁶⁴ Larroumet distingue dos elementos en las obligaciones: “la deuda propiamente dicha, es decir la prestación a la que está obligado el deudor, y el poder de apremio o coacción reconocido al acreedor” (Larroumet, 1999, p.16)

⁶⁵ En esta sentencia, a propósito de hacer una distinción entre contratos y convenios interadministrativos, el Consejo de Estado dijo: “La Sala considera oportuno aprovechar esta oportunidad para afirmar que los convenios interadministrativos cuando quiera que, como en el asunto sub iudice, involucran prestaciones patrimoniales, asumen idéntica naturaleza obligatoria y, en consecuencia, idénticos efectos vinculantes y judicialmente exigibles en relación con los que se predicán de cualquier otro acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación patrimonial, en los términos del artículo 864 del Código de Comercio. En tal sentido, si bien es cierto que en la práctica de las relaciones que se establecen en desarrollo de las actividades de la administración se suele utilizar en algunas oportunidades la misma denominación, convenios interadministrativos, para calificar otro tipo de negocios que no corresponden a su naturaleza y efectos —como los acuerdos interorgánicos y como aquellos en los que se presenta un concurso de voluntades, pero que no generan obligaciones susceptibles de ser exigidas jurídicamente— en realidad, los convenios en los cuales las partes se obligan patrimonialmente constituyen contratos en toda la extensión del concepto y con todos los efectos de esa particular institución jurídica”. (Sentencia 1998-00261 del 23 de junio del 2010, Sección Tercera del Consejo de Estado, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez).

⁶⁶ En efecto, como ya se mencionó, en esta sentencia el Consejo de Estado dijo que la ESAL está obligada a cumplir con una prestación definida y que, por tanto, se excluye el carácter gratuito de estos contratos y que el cumplimiento de los requisitos exigidos, la constitución de garantías y la contraprestación confirman el carácter oneroso del contrato a que se refiere el artículo 355 de la C.P. En el mismo sentido, se puede ver la Sentencia de la Corte Constitucional No. C- 183 del 10 de abril de 1997, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo y el concepto del Consejo de Estado 1.626 del 24 de febrero de 2005, M.P.: Gloria Duque Hernández.

Chávez (2015, pp. 336 y 337), a partir de la naturaleza subjetiva de las partes. La presencia del Estado y de una entidad sin ánimo de lucro por sí misma no puede llevar a suponer que existe coincidencia de intereses. Es necesario ir más allá, concretar el objetivo de interés público e identificar las prestaciones del objeto pactado. A lo sumo, la condición de la ESAL y la coherencia de su objeto institucional con los fines que el Estado quiere impulsar puede obrar como motivo que justifica la escogencia directa de la entidad sin ánimo de lucro, ESAL, tal como lo reconoce el doctrinante⁶⁷.

Lo cierto es que, una vez celebrado el contrato, este se convierte o, por lo menos así debería ser, en la herramienta de control de manejo y la ejecución de los recursos entregados con destino al cumplimiento de los fines de interés público que fue, desde su origen, la pretensión de los constituyentes ante los desafueros que se cometieron con esta figura.

2 Artículo 96 de la Ley 489 de 1998 en contraste con el artículo 355 de la C.P.

En este capítulo, y a partir del perfil que se ha hecho en relación con la actividad subvencional del artículo 355 de la C.P., se entrará a hacer una revisión de los antecedentes y de los elementos normativos previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, con el propósito específico de concluir esta primera parte con la idea clara de que se trata de dos figuras jurídicas completamente diferentes.

⁶⁷ Chávez dice: “De ahí que la selección del contratista de la administración en ciertos tipos de convenios administrativos no requiera adelantarse mediante un proceso de convocatoria, sino que la administración goza de un importante margen de flexibilidad para determinar el particular cuya misión es acorde con los intereses que ella quiere llevar adelante” (2015, p. 337).

2.1 Antecedentes

La Ley 489 de 1998, en el contexto de la Constitución Política de 1991, concreta el nuevo rol del Estado gestor que considera a los particulares como partícipes fundamentales para el logro de sus fines. En palabras de Caballero, “se concibió como el punto de quiebre para una nueva filosofía de la Administración Pública en la que se contemplan herramientas de gestión innovadoras para incentivar la participación privada en el Estado” (Caballero, 2014, p. 458).

El artículo 96 se encuentra en el Capítulo XIII (Entidades descentralizadas) y concreta dos mecanismos en que el Estado y los particulares, con la observancia de los principios del artículo 209 de la C.P., realizan actividades que tienen como propósito el cumplimiento de los fines y las funciones asignadas al primero. Por una parte, puede constituir asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares, es decir, se pueden crear las llamadas “entidades descentralizadas indirectas”⁶⁸, asunto que no es el objeto de este estudio y, por otra parte, puede celebrar convenios de asociación para el desarrollo de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley⁶⁹ y cuya “celebración”, según el inciso 2 del artículo 96, quedó sujeta a lo dispuesto en el artículo 355 de

⁶⁸ Vidal Perdomo a este respecto indica que las entidades descentralizadas indirectas son aquellas que no nacen de la ley, sino de la voluntad asociativa de los entes públicos entre sí o con particulares. Manifiesta también que este nombre surgió del artículo 4 del decreto 3130 de 1968 y que se las suele designar, igualmente, como entidades descentralizadas de segundo grado. En la Ley 489 de 1998 solo se hace referencia a ellas en los artículos 49 y 109 y su regulación está en los artículos 95 y 96 de esa misma ley. Vale la pena decir que así como los convenios de que trata el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 están sometidos a interpretaciones que desfiguran o malentienden sus propósitos, otro tanto ocurre con estas entidades de carácter mixto que regula esa misma norma, a tal punto que se ha hablado de una “desnaturalización o desincentivo” de esta figura. En palabras de Liliana Caballero: “si existe una desnaturalización de la institución creada por la Ley 489 de 1998 puesto que las regulaciones tienden a acercar hacia lo público un tipo de entidad que, por su diseño y razón de ser, pretendía migrar hacia los regímenes civiles para concebirse como una verdadera herramienta de gestión de la cosa pública” (2014, p. 470).

⁶⁹ Por lo demás, el título del artículo no deja duda de que las actividades que se ejecutarán mediante las formas de organización ahí previstas son “*las propias de las entidades públicas*”.

la C.P., que, como se ha dicho, fue el origen de la unificación del régimen jurídico de las normas objeto de estudio.

Dado que ya quedaron expuestos los antecedentes que llevaron a la expedición del artículo 355 de la C.P., se puede concluir sin ambages que, a diferencia de esa norma que busca apoyar las actividades de los particulares, los incisos 1° y 2° del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 están dirigidos a la realización de actividades como medio para lograr el cumplimiento de los cometidos y funciones que la ley le asigna a las entidades públicas y por ello no se pueden tomar como referente para estas las actividades de los particulares a que hace mención el artículo 355 de la C.P. (Tafur Galvis, 2011).

El legislador no consideró esta diferencia y por eso terminó sujetando la celebración del convenio de asociación establecido en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 al artículo 355 de la C.P., remisión que fue avalada por la Corte Constitucional en la sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999, con ponencia de Alfredo Beltrán Sierra, con los alcances y detalles que se analizarán en la segunda parte de este trabajo. Lo cierto es que la decisión del legislativo ha sido la causa de erróneas interpretaciones, que incluso llegan a afirmar que no existe ninguna diferencia en los acuerdos de voluntad que regulan el artículo 355 de la C.P. y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 (Fonseca, 2012) o que su diferencia está fundamentada en el trámite que se sigue en cada caso y más concretamente en que el decreto 777 de 1992 solo se aplica al artículo 355 de la C.P. (Medina, 2014) y no al 96 de la Ley 489 de 1998, aunque al final se tomen los criterios de este decreto para interpretar el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 (Matallana, 2013)⁷⁰.

⁷⁰ Matallana (2013, p. 1113) y Medina (2014, p. 55) dicen que el Decreto 777 de 1992 no es aplicable a los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. No se ofrecen argumentos claros para sostener esta postura, salvo que, por la

2.2 Objetivo de la actividad: desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley, actividad de interés público

Como ha quedado dicho, todas las actividades que realice el Estado deben estar dirigidas al interés público o general y, aunque en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 no se haga expresa mención a ello, sería imposible sostener que los fines y funciones de una entidad pública no tengan que ver con él⁷¹. Sin embargo, es muy importante precisar lo siguiente: el convenio de asociación del artículo 96 no tiene por objeto la ejecución de funciones administrativas⁷², ya que para este

naturaleza distinta de los acuerdos de voluntad que regulan esas normas, no resultan aplicables, cuestión que a juicio de este estudio carece de fuerza frente a la contundencia del contenido legal del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 que remite expresamente al régimen del artículo 355 de la C.P. (y esto incluye, como es apenas obvio, el Decreto 777 de 1992 y las demás normas que lo modifiquen o adicionen). De todas maneras, aunque Matallana asume esa postura, acoge conceptos del Consejo de Estado en relación a la interpretación del Decreto 777 de 1992 para fijar el alcance de los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Acudir a esos conceptos es aplicar el Decreto 777 de 1992 al artículo 96 de la Ley 489 de 1998 (Matallana, 2013, p. 116). La idea general, en cuanto a las figuras jurídicas reguladas en las normas objeto de este estudio, es que se trata de dos actividades muy distintas. De ahí el problema que se ha ocasionado con la unificación del régimen jurídico mediante el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, norma que tiene el aval de la Corte Constitucional (Sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999).

⁷¹ A este respecto, Chávez expresa que “El artículo 96 también remite a funciones de naturaleza administrativa, porque aunque tampoco lo manifieste expresamente, es válido concluirlo, en cuanto allí se trata del desarrollo de actividades sin ánimo de lucro o de interés público o social, acordes con los cometidos y funciones que les asigna la ley a las entidades correspondientes” (2015, p. 229). Esta afirmación no resulta acertada, si lo que pretende es sostener que las actividades a que se refiere el artículo 96 corresponden a “funciones administrativas”, ya que de ser así se estaría confundiendo el convenio de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 con el convenio que puede resultar después de adelantar el proceso que exige la ley para asignar funciones a particulares, previsto en los artículos 110 y siguientes de la Ley 489 de 1998.

⁷² El objeto de este estudio no es adentrarse en los detalles del concepto de “función administrativa” pero sí se precisa lo siguiente: Tafur hace una aproximación conceptual a la función administrativa entendiéndola como “Aquella actividad permanente encaminada a la satisfacción de las necesidades que son comunes a todos los asociados” (Tafur, 2011, p. 197). Ha sido una tarea incesante la búsqueda de criterios que distingan la función administrativa de las otras que son inherentes al Estado, es decir, la judicial y la legislativa, ya que sobre los hombros de tal determinación se podrá identificar también con claridad el ámbito de actuación de la administración pública y el objeto de estudio del derecho administrativo. García de Enterría dice que “Las funciones y actividades a realizar por la administración son algo puramente contingente e históricamente variable, que depende esencialmente de una demanda social, distinta para cada órbita cultural y diferente también en función del contexto socioeconómico en el que se produce” (García de Enterría, 2004, p.31). Cassagne expone las corrientes que han intentado dar una definición al concepto de función administrativa, así: (i) Las orgánicas o subjetivas, según las cuales la función administrativa la realiza toda o en su mayor parte el poder ejecutivo, (ii) Las objetivas o materiales, que reconocen el desarrollo de actividades administrativas en órganos diferentes del poder ejecutivo, y (iii) Las residuales o negativas (como les dice García de Enterría y a las cuales, según él se llegó por “cansancio del prolongado esfuerzo dialéctico”), según las cuales es función administrativa todo lo que no sea función judicial o legislativa. (Cassagne, 2008, pp. 73-77). En Colombia,

propósito existe un desarrollo normativo claro y expreso en el capítulo XVI de la Ley 489 de 1998⁷³. El artículo 96 de la Ley 489 de 1998 habla expresamente de convenios que tienen por objeto el “desarrollo conjunto de *actividades* en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley”. Por lo tanto, se debe entender que las actividades que se pueden ejecutar entre la administración y un particular corresponden a aquellos “actos materiales y técnicos, que no implican ninguna modificación de situaciones jurídicas o la producción de efectos jurídicos específicos ligados a su sola emanación” (García de Enterría, 2004, p. 823)⁷⁴.

Tal vez la mención que se hace en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 al artículo 209 de la C.P., que regula la “Función Administrativa”, es lo que puede llevar a entender que las actividades a que se refiere el convenio que regula corresponden a una función administrativa, pero, como dice Tafur “no toda participación de ‘colaboración’ de instituciones privadas, personas jurídicas sin

Vidal Perdomo expone que en la Ley 489 de 1998 no existe una noción de función administrativa y que este concepto se ha ido delineando a través de la doctrina y la jurisprudencia. En ese contexto, presenta un “Concepto extensivo de función administrativa”, que considera las situaciones en que se quiebra la relación órgano-función. Por ejemplo, cuando el Gobierno tiene funciones legislativas y de ahí se llega a concluir que “la actividad o función administrativa se presentan (sic) en las tres ramas del poder público aunque hay una de ellas que está especialmente consagrada a dicho menester” (Vidal Perdomo, 2008, pp. 94-96). Este concepto extensivo de la función administrativa es precisamente lo que permite que sea ejercida por particulares en los estrictos términos que determina la ley, en el último inciso del artículo 123 de la C.P., y siempre en beneficio de las finalidades estatales (Santofimio Gamboa, 2002, p.65) .

⁷³ En este capítulo, que se denomina expresamente así, *Ejercicio de funciones administrativas por particulares*, se regula un procedimiento específico para que las personas naturales y jurídicas de naturaleza privada puedan ejercer funciones administrativas.

⁷⁴ García de Enterría dice que la Administración, como todos los sujetos de derechos, no se limita únicamente a realizar actos jurídicos expresados en declaraciones o ejecuciones que producen ciertos efectos jurídicos, sino que también realiza actos técnicos o materiales. Basa esta teoría en que la persona jurídica “Administración” no es la que realiza tales actividades materiales de manera directa, sino a través de agentes y dice que, en todo caso, tales actividades materiales deben estar enmarcadas en la actividad jurídica que las hace posibles. El convenio de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 es un ejemplo de esto. Faculta a las entidades del Estado para que busquen apoyo en la realización de ciertas “actividades”, es decir, el “Conjunto de operaciones o tareas propias de una entidad” (DRAE, 2014) para el cumplimiento de una función o de un fin público. Se trata entonces de la ejecución conjunta de actividades como un medio para lograr los fines estatales o el cumplimiento de una función que permanecerá siempre y de manera total radicada en la entidad Estatal. Tales actividades no deben implicar determinaciones de tipo jurídico, ya que de ser así y tener estas incidencia en la modificación de una situación jurídica particular deberán ejecutarse con un particular, si así lo determina el Estado con base en los establecido en el capítulo XVI de la Ley 489 de 1998, *Ejercicio de funciones administrativas por particulares*.

ánimo de lucro, en el ámbito de incidencia de la acción estatal comporta de manera inevitable el ejercicio de funciones administrativas” (2011, p.199). Lo cierto es que aunque no se trate de función administrativa, sí se puede hablar de actividades técnicas o materiales que van dirigidas al cumplimiento de funciones o fines del Estado que, como se ha dicho, están inescindiblemente atadas al interés público y en tal sentido deben cumplirse con la observancia de dichos principios⁷⁵.

Del mismo modo como se precisó la forma en que se ejecuta la actividad regulada en el artículo 355 de la C.P., se procederá a hacerlo para el artículo 96, sobre todo con el ánimo de que el concepto jurídico indeterminado “Interés público o general” tenga un contexto preciso, que permita identificarlo de manera nítida, no como un mero propósito, sino como un medio para alcanzar ciertas metas socialmente deseables y, en tal sentido, quien acuda a él para justificar sus actuaciones esté en condiciones de explicar el objetivo preciso y concreto que quiere lograr con su invocación (Rodríguez G., 1994).

2.2.1 Forma de ejecución de la actividad de interés público

Siguiendo a Morena y de la Morena (1978), se puede decir que en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, la ejecución de las actividades es de carácter mixto⁷⁶ en el entendido de que el Estado y el

⁷⁵ No sobra decir que la posibilidad de crear entidades descentralizadas indirectas, contenida en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, corresponde a uno de los mecanismos previstos en el artículo 209 de la C.P. para el cumplimiento de funciones administrativas y es la llamada descentralización por colaboración que “consiste en el traslado de competencias administrativas a personas naturales o jurídicas de naturaleza privada” (Herrera Robles, 2012, p.171), término que dentro de las dos figuras previstas en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 solo podrá aplicarse frente a la creación de una nueva persona jurídica, que es uno de los casos típicos de esta forma de descentralización (Tafur, 2011, p.200), pero no al convenio de asociación objeto de estudio.

⁷⁶ Esta es una afirmación que se hace a partir de lo que propone Morena y de la Morena, para quien la actuación del Estado en orden a concretar el cumplimiento de los fines de interés público puede ser *directa*, cuando se realice a través de órganos encuadrados en sus propias estructuras, o *indirecta*, cuando se considere que la realización del interés público se puede realizar con la misma eficacia y menor costo social a través de agentes sociales o de simples

particular ejecutan la actividad “conjuntamente”⁷⁷ y no como ocurre con el 355 de la C.P., en el que la actividad la ejecuta directa y autónomamente el particular. En concreto, la ESAL.

Al decir “conjuntamente” se debe entender que hay concurrencia de las partes en el cumplimiento del objeto pactado. Es decir, cada una debe tener a cargo, en el texto de convenio, deberes y obligaciones bien definidas, que se interrelacionan en pos del cumplimiento de la actividad que conducirá al cumplimiento de un fin o una función del Estado. Esto hace suponer, por una parte, que la entidad pública tenga competencia para ejecutar la actividad, esto es, que tiene funciones asignadas por una norma, traducidas en reglas de competencia, que habilitan al órgano respectivo para su actuación y que le determinan el fin que debe cumplir (Santofimio Gamboa, 2002) y que el objeto de la persona jurídica particular sea concordante con ella. Es decir, que tenga capacidad jurídica proveniente de sus estatutos. El artículo 96 de la Ley 489 de 1998 también incluyó la “coordinación” como uno de los elementos del convenio⁷⁸, que deviene en indispensable ante la forma “conjunta” de ejecución de las actividades para lograr el cumplimiento del objeto pactado.

Esta manera de realizar las actividades lleva a otra conclusión: la ejecución de las actividades por parte del Estado no se puede agotar con la entrega del aporte, en la medida que este es solo el insumo para lograr el objetivo que requiere la acción coordinada en el tiempo de las actividades que se hayan establecido en el acuerdo. Es de la naturaleza del convenio que la aportación que se

particulares, influyendo convenientemente sobre sus comportamientos cooperativos, tal como se expuso al hablar de la subvención. Se dice mixta por cuanto, de acuerdo con la ley, las actividades del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 no se realizan por órganos del Estado y tampoco se entregan en su totalidad a una particular. Lo que se realiza es una ejecución conjunta y coordinada entre las partes.

⁷⁷ El artículo 96 de la Ley 489 de 1998 establece que las entidades estatales podrán “asociarse con personas jurídicas particulares para la celebración de convenios de asociación (...) para el *desarrollo conjunto* de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley”.

⁷⁸ Dice textualmente el artículo 96 que dentro del convenio “se determinará con precisión su objeto, término, *obligaciones de las partes, aportes, coordinación* y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”.

haga no tenga por causa la prestación de la otra parte, ya que no debe haber intercambio de prestaciones patrimoniales. De hecho, aunque se entregue dinero no se puede hablar de precio (García, 2012).

La ejecución de las actividades de manera conjunta, coordinada en el tiempo y que no se agota en los aportes permite distinguir este convenio, por una parte, de los contratos mencionados en el numeral 5 del artículo 2 del decreto 777 de 1992, a los que ya se hizo referencia y que están excluidos del régimen del 355 de la C.P. y, por otra, del convenio para el ejercicio de funciones administrativas por particulares, que está regulado en los artículos 110 a 114 de la Ley 489 de 1998, al que ya se ha hecho referencia, ya que en este último hay un desprendimiento de la función del Estado que se traslada temporalmente al particular (Chávez, 2015)⁷⁹, situación que no podrá darse jamás en el convenio del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en la medida en que en este el Estado sigue siendo titular de la función o el responsable de los fines que se ejecutan con el apoyo del particular en las actividades que se hayan definido. Es decir, este convenio no puede ser utilizado para radicar en un privado la competencia asignada a una entidad pública, ni siquiera de manera temporal. Solo por disposición legal el Estado puede desprenderse de una función.

2.2.2 Carácter público de la actividad de interés público ejecutada

⁷⁹ En la sentencia C-866 del 3 de noviembre de 1999, con ponencia de Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte Constitucional manifestó que la atribución de funciones administrativas a particulares debe delimitarse con criterios materiales, espaciales, temporales, circunstanciales, procedimentales o cualesquiera otros que resulten útiles para precisar el campo de acción de los particulares con el fin de que la atribución no se convierta en invasión o usurpación de funciones o un vaciamiento del contenido de la competencia de la autoridad.

La actividad fomentada en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998⁸⁰ es de carácter público, ya que el convenio que se celebre en el marco de esa norma debe tener por objeto “el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares”, es decir, se trata de un mecanismo de organización y funcionamiento de las entidades estatales. En efecto, en el artículo 96 se habilita al Estado para que determine si ejecuta ciertas actividades en conjunto con los particulares, de forma temporal a través de un convenio de asociación o, bien, de manera permanente, mediante la creación de una persona jurídica sin ánimo de lucro, de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 209 de la C.P.

Siguiendo lo dicho por Morena y de la Morena, la actividad que aquí se ejecuta es de derecho público y corresponde al ámbito propio de las actividades Estatales. No se fomenta ninguna actividad de un particular, sino que el particular, por su condiciones de experiencia y capacidad, es llamado por el Estado a ejecutar una actividad que le corresponde a él, pero que, previos los análisis del caso, identifica que puede ser mejor realizada y cumplir de manera plena con los objetivos de interés público, si lo hace en alianza con el particular en el marco de un convenio de asociación.

2.2.3 Tipo de aporte a la actividad de interés público: ¿dinero o especie?

La ejecución conjunta y coordinada de las actividades objeto del convenio debe llevar a dos conclusiones: (i) Ambas partes deben aportar a la ejecución del convenio y, como lo exige el artículo 96, es mandatorio que se identifique cuál es el aporte que cada una va a entregar en pos

⁸⁰ Ley que regula “la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional”.

del cumplimiento del objeto del convenio y (ii) El objeto de convenio no debe implicar que la prestaciones de una de las partes queden ejecutadas con la sola entrega del mismo.

A diferencia de lo que expresa el artículo 355 de la C.P. en relación con que el aporte entregado es con recursos del presupuesto, es decir, dinero⁸¹, el artículo 96 no establece nada al respecto, pero, en consideración al objeto del convenio, es posible que el Estado, para la ejecución conjunta de las actividades, aporte recursos provenientes del presupuesto, permita el uso de bienes, realice gestiones y, en general, realice cualquier tipo de aportación y/o actividad que vaya encaminada al cumplimiento del objeto establecido en el convenio.

2.3 Las partes contratantes: cualquier entidad estatal y un particular

El artículo 96 de la Ley 489 de 1998 habilita para celebrar este tipo de convenios, no solo a la rama ejecutiva del poder público, como pasa en el artículo 355 de la C.P., sino a todas “las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo”, cuestión apenas razonable si entendemos que este convenio es una herramienta de organización del Estado para el mejor cumplimiento de sus funciones y objetivos⁸².

⁸¹ Eso es lo que dice el artículo 355 de la C.P. A pesar de esto, como ya se indicó al tratar el tema, el Consejo de Estado ha tenido una interpretación diferente, que desnaturaliza lo previsto constitucionalmente.

⁸² Se ha dicho de manera reiterada que en el convenio del artículo 96 el particular no tiene por objeto el desarrollo de funciones administrativas, pero, aun así, las actividades de que se trata sí deben ir en pos de cumplir fines y objetivos Estatales de interés público. Por lo mismo, en este artículo este “modo de administrar” u “organizarse” no queda restringido únicamente a la rama ejecutiva del poder público, sino a cualquier entidad Estatal y en esto puede advertir la presencia del concepto amplio de actividad o función administrativa de que habla Vidal Perdomo (2008), atada a la noción de Administración Pública más que a un órgano concreto del Estado. Adicionalmente, si se considera el contenido del artículo 2 de la Ley 489 y el alcance del artículo 96, en cuanto a las entidades que pueden celebrar estos convenios de asociación, se puede concluir que la ley asume tal criterio extensivo.

En el otro extremo del convenio, la norma ubica a “las persona jurídicas particulares”, así sin más. La norma no dice que estas personas deban ser sin ánimo de lucro ni tampoco dice nada sobre la “reconocida idoneidad”. Sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999, a la que ya se ha hecho referencia, se encargó de interpretar que por la remisión expresa que se hace al artículo 355 de la C.P. les son aplicables a los sujetos particulares que suscriban estos convenios la condición de ser sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con las consecuencias que se revisarán en la segunda parte de este trabajo.

2.4 La actividad del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se concreta mediante un convenio

Según se lee en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, el Estado y el particular celebran un convenio para lograr el cometido establecido en la norma, que no es otro que el cumplimiento de funciones y fines de la entidad estatal a través del desarrollo conjunto de actividades. Este objetivo está más atado al ámbito de la administración. Se podría decir que se trata “de una técnica de administrar, en el sentido jurídico de esta expresión, y no de intercambiar prestaciones patrimoniales” (García de Enterría, 2004, p. 681), que puede llevar a hablar de la expresión “conciertos o contratos de administración”⁸³.

En Colombia, tal como se expondrá en la segunda parte de este estudio, no existe una norma que distinga contratos de convenios, pero es indudable que existe una construcción doctrinaria, nacional y extranjera sobre tal distinción, ampliamente expuesta por Chávez (2015) y Perdomo (2014), y a partir de la cual se concluye sin duda que la actividad regulada en el artículo 96 de la

⁸³ Dice el autor que este término, propuesto por Laubadere, puede generar equívocos. Sin embargo, lo usa porque ilustra muy bien el objeto funcional y no subjetivo de la expresión.

Ley 489 de 1998 se materializa adecuadamente a través de un convenio en el que las partes asumen obligaciones que no tienen por causa la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte, sino la consecución de un fin común a los sujetos que intervienen en su formación y, dado que participa una entidad pública, dicho fin común deberá ser de interés público (García, 2012). Lamentablemente, la Corte Constitucional en la sentencia aludida manifestó que una de las implicaciones de la remisión que hizo el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 al artículo 355 de la C.P. es la necesidad de firmar un “contrato” en las mismas condiciones en que se estableció para el régimen subvencional. A este respecto se hará un análisis detallado en la segunda parte.

Como ha quedado expuesto, los contratos del artículo 355 de la C.P. y los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 son diferentes, no solo a partir de las actividades y sujetos partícipes en cada uno de ellos, cuestión en que la poca doctrina que existe es prácticamente unánime, sino también a partir del mecanismo jurídico definido por la norma en uno y otro caso, para concretar su vida jurídica. Es decir, el contrato y el convenio.

II. EFECTOS DE LA REMISIÓN NORMATIVA EFECTUADA POR EL ARTÍCULO 96 DE LA LEY 489 DE 1998 AL ARTÍCULO 355 DE LA C.P. SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONVENIOS DE ASOCIACIÓN Y LA ACTIVIDAD SUBVENCIONAL DEL ESTADO.

Los contratos y convenios que se han diferenciado plenamente en la primera parte de este trabajo quedaron legalmente unidos, como se ha dicho, porque el legislador dispuso que los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se celebrarían de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la C.P. Esta remisión al artículo 355 de la C.P. fue objeto de expreso pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999, mediante la cual se declaró la exequibilidad del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, con los detalles que se revisarán en este capítulo.

Si bien el germen de la confusión de la naturaleza jurídica de las dos actividades reguladas en las normas objeto de estudio lo sembró el legislador, la Corte Constitucional lo abonó y el Gobierno lo ha dejado crecer de manera irresponsable en tanto que no ha ejercido, como corresponde, su potestad reglamentaria derivada de la atribución directa del inciso 2 del artículo 355 de la C.P. que, dicho sea de paso, tiene una base jurídica distinta de aquella que está prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la C.P. (Santofimio Gamboa, 2002)⁸⁴. En efecto, desde 1991 el Presidente ha tenido

⁸⁴ Santofimio identifica dos vías por las cuales el Presidente ejerce su potestad reglamentaria: (i) La del numeral 11 del artículo 189 de la C.P., que tiene como propósito hacer posible el cumplimiento de la ley y (ii) La que se deriva directamente de la constitución y que corresponde a lo que el Consejo de Estado denominó “deslegalización de materias a favor de la administración”, pero que a su juicio no es sino la potestad reglamentaria de la Constitución en favor del Presidente para que orgánica y funcionalmente produzca actos administrativos y no legislativos, salvo que la misma Constitución les atribuyera tal carácter. Esta interpretación, que califica de simples “actos administrativos” los que provienen de la facultad reglamentaria que directamente le otorga la Constitución al Presidente, no se ajusta a la naturaleza de los decretos reglamentarios del artículo 355 de la C.P. (Decretos 777 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993), que se han calificado por la doctrina y la jurisprudencia como Decretos Autónomos o Reglamentos Constitucionales,

la posibilidad de expedir una regulación apropiada a la actividad subvencional y desde 1998, cuando la ley dejó en sus manos la regulación de los convenios de asociación, vía la reglamentación del inciso 2 del artículo 355 de la C.P., también ha tenido la oportunidad de actuar en el ámbito de sus competencias regulatorias para que se cumplan los objetivos legales y, ¿por qué no?, sociales e institucionales de las dos normas⁸⁵. Esta omisión del Gobierno no es un hecho intrascendente, porque la falta de determinación y claridad normativa afectan los principios básicos del Estado social de derecho, tal como lo expresa Ibagón (2014)⁸⁶.

Vale la pena mencionar que el proyecto de decreto para reglamentar el artículo 355 de la C.P. cuenta con las dos versiones a que se ha hecho referencia en este estudio. Una, de agosto del 2015, y otra, de septiembre del 2015⁸⁷. Adicionalmente, en enero del 2016, Colombia Compra Eficiente emitió un proyecto de documento, *Guía para la contratación con Entidades Privadas sin Ánimo de Lucro y de Reconocida Idoneidad*⁸⁸. Si tal proyecto de decreto nace a la vida jurídica, en los

que tienen contenido legislativo y no están sometidos a ninguna ley. Esta última postura es relevante para la interpretación del régimen jurídico de la actividad subvencional del Estado.

⁸⁵ Desde 1992, año en el que se emitieron los decretos reglamentarios del artículo 355 de la C.P., esto es, el 777 del 16 de marzo y el 1403 del 26 de agosto, no se ha producido ninguna reglamentación que permita zanjar las discusiones jurisprudenciales y doctrinales que desdibujan las normas objeto de estudio. Apenas en agosto del 2015, ante los escándalos de corrupción por multimillonarias contrataciones directas con ESAL, mediante convenios y/o contratos de diversa índole, sustentados en el interés público, el Gobierno publicó el proyecto de decreto al que ya se hizo referencia en la primera de este documento. En dicho proyecto no se advierte un planteamiento jurídico que permita solucionar, al menos, algunos aspectos del estado actual de esta confusión, ya que se sigue sin entender que sus determinaciones no solo son relevantes para la actividad regulada en el artículo 355 de la C.P., sino para la actividad a que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Y que las dos son sustancialmente diferentes.

⁸⁶ De acuerdo con lo expuesto por la autora, la determinación normativa exige que la formulación idiomática de los preceptos normativos sea de tal manera que presente el menor número de malentendidos y que la precisión conceptual de los elementos del precepto legal considere la naturaleza de los supuestos de hecho y los fines de las normas. Por su parte, la claridad normativa “*es un requisito funcional fundamental del principio de legalidad de la administración pública*” que permite al administrado reconocer las normas de una manera tan precisa que le permita orientar su conducta, sin requerir de conocimientos especiales (Ibagón, 2014, pp. 58,60, 62).

⁸⁷ El primer proyecto de decreto se puede ver en la página: <http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/20150811proyectedecretoesal.pdf> y el segundo proyecto, se puede ver en: <http://www.legismovil.com/BancoMedios/Archivos/proyectedenormaa-genciacontratacion-15%28segundaversi%F3ncontratacionentidadessinanimolucro%29.pdf>

⁸⁸ <http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20160125guiaesal.pdf>

términos en que se ha publicado, no se lograría una solución a la crisis de las figuras contractuales que regula. Más bien, puede llevar a que la crisis se ahonde, según se puede ver enseguida:

(i) La principal crítica que se le debe hacer al proyecto de decreto en comento, es que solo se enfoca en regular el artículo 355 de la C.P. y, ante la situación dada y conocida de que sus normas determinan también los alcances del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, es decir, de los convenios de asociación, debería tener algún tipo de consideración con ello y aprovechar la oportunidad para desenredar el entuerto y distinguir las dos figuras de una vez por todas. No lo hace⁸⁹.

(ii) Desconoce la naturaleza subvencional que tiene el contrato del artículo 355 de la C.P., al hilo de su origen y elementos esenciales a los que ya se ha hecho referencia. Según ellos, el Estado dispone de recursos del presupuesto para asignarlos a las ESAL para el impulso de actividades de interés público en las que él tiene interés. Este desconocimiento hace que en el proyecto de decreto se plasme la idea de que el Estado “requiere” ciertos bienes, obras o servicios, en idénticos términos a las necesidades que buscan satisfacerse mediante los procesos de selección del EGCAP.

(iii) Como consecuencia de lo anterior, se impone la obligación, a las entidades estatales, de analizar que no existan ofertas diferentes de las que presenten las entidades sin ánimo de lucro o que, de haberlas, estas representen “optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo”. Esto es algo así como poner a competir,

⁸⁹ En la “Guía para la contratación con Entidades Privadas sin Ánimo de Lucro y de Reconocida Idoneidad” que expide Colombia Compra Eficiente se prescribe que, dado que los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se celebran de acuerdo con el régimen del artículo 355 de la C.P., entonces a esta “modalidad de contratación” también le aplicaría la nueva regulación. Aunque en este documento se reconozca que la nueva regulación afectará o, mejor, involucrará a los convenios de asociación, lo fundamental, sería que le reconozcan su naturaleza diferente y por tanto, que se hagan unas normas para que ese convenio se pueda concretar en el cumplimiento de sus objetivos y que no se convierta en otra figura. Esto es lo que se extraña en el proyecto de decreto.

primero, a las entidades sin ánimo de lucro con las sociedades comerciales, es decir, con ánimo de lucro, para ver quién da más (Artículo 2) y después plantea realizar un “proceso competitivo” para escoger entre dos entidades sin ánimo de lucro, si en la etapa de planeación se advierte que hay más de una entidad de esta naturaleza (Artículo 4).

(iv) El artículo 2 del proyecto de decreto, después de incluir todas las condiciones que se debe completar para que sea posible celebrar un contrato con una ESAL, establece que “en los demás eventos, la Entidad Estatal debe aplicar la normativa general de la contratación pública”. En otros términos, a la contratación prevista en el inciso 2 del artículo 355 de la C.P., se le da un tratamiento expreso de excepción al del EGCAP, cuestión que hasta la fecha no había ocurrido (dado que es la primera vez que se regula esta norma, después de la expedición de la Ley 80 de 1993). Lo acertado sería reconocer el régimen del artículo 355 de la C.P. como independiente del EGCAP ya que, con los vacíos que se advierten en el proyecto de decreto, seguirá presentándose la tendencia de acudir al EGCAP para solucionar vacíos y, según, lo que aquí se expone, este régimen puede no ser el adecuado para tal propósito.⁹⁰

(v) El decreto no regula el “proceso competitivo” a que se refiere el artículo 4, en caso de que existan dos (2) o más ESAL. Solo establece unos criterios con base en los cuales la Entidad Estatal debe evaluar⁹¹.

⁹⁰ La *Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad* dice expresamente que “la Contratación con la ESAL es excepcional. En consecuencia, solo es posible contratar con ESAL cuando las circunstancias enumeradas anteriormente se cumplen. De lo contrario, las Entidades Estatales deben aplicar la ley 80 de 1993, sus modificaciones y reglamentos”.

⁹¹ El inciso 2 del artículo 4 del proyecto de decreto dice: “La Entidad Estatal debe definir el criterio de evaluación de las propuestas y la forma de evaluar teniendo en cuenta la eficacia, la eficiencia, la economía y el manejo del riesgo”. En la Guía a que se ha hecho referencia se propone un proceso más detallado que se centra en una evaluación interna de la entidad para verificar sí, en efecto, la contratación que va a realizar con una ESAL es viable o no y, posteriormente, se proponen criterios de referencia para establecer las condiciones de la ESAL como persona jurídica,

(vi) El decreto plantea una excepción a la obligación de realizar un proceso competitivo para determinados objetos contractuales (actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana) cuando estas actividades solo las puedan desarrollar ciertas personas naturales o jurídicas. Una excepción dentro de la excepción al régimen del EGCAP que genera tremendas dudas, puesto que incluye un criterio muy subjetivo en relación con el sujeto que puede cumplir el objeto del acuerdo y, por otro, incluye a “personas naturales” cuestión que desfigura totalmente la norma constitucional, que solo se refiere a personas jurídicas.

(vii) Finalmente, en la Guía se utilizan las palabras “negocio jurídico” para referirse a los acuerdos entre ESAL y el Estado. Esta expresión se explica con una nota en la que se da a entender que no es relevante, para efectos de la regulación, si las partes se refieren a “contrato, convenio, acuerdo, carta de acuerdo”, para la aplicación de la norma. El debate jurídico para determinar si estamos ante un contrato o un convenio, u otro tipo de acuerdo, no puede resolverse de esta manera. Más, si se tiene en cuenta que el artículo 355 de la C.P. menciona expresamente la palabra “Contrato” y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, menciona “Convenio”. La comunicación solo es posible en tanto las partes se pongan de acuerdo en los términos que se usan y en su significado. En el lenguaje jurídico, que es un lenguaje especial y calificado, las palabras deben tener un sentido y un significado, que seguramente nos hablará de su contenido y que debemos respetar en cumplimiento de la legalidad.

en temas como su organización, capacidad y condiciones financieras. En todo caso, además de los cuestionamientos legales que esto pueda traer, en tanto que una Guía regule un mecanismo de selección a partir de una norma bastante escueta, siguen habiendo temas tremendamente confusos y subjetivos, que pueden dar al traste con los propósitos del Gobierno.

Como se advierte, esta reglamentación tiene muchos aspectos criticables, que podrían mejorarse si se tuviese un mejor entendimiento de las normas que se están regulando. Por eso, se requieren acciones jurídicas prontas, concretas y claras, que terminen con la confusión de las actividades reguladas en los artículos 355 de la C.P. y 96 de la Ley 489 de 1998 y con el abuso de los contratos y convenios a que se refieren esas normas, propiciado, porque, como se verá, tienen un régimen de distinto del EGCAP. El propósito de esta disertación es, finalmente, servir de herramienta para enfrentar la toma de determinaciones en tal sentido.

Para analizar los efectos de la remisión del régimen de los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 al de los contratos del artículo 355 de la C.P. se procederá de la siguiente manera: en el primer capítulo se revisarán los siguientes temas: (i) los antecedentes legislativos de esa remisión, (ii) la interpretación que al respecto hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999 y los alcances de dicha interpretación. En el segundo capítulo se analizarán los efectos de la interpretación de la Corte Constitucional, así: (i) Desde el punto de vista sustancial, esto es, en cuanto la confusión que se ha generado respecto de las figuras del contrato y el convenio y (ii) Desde el punto de vista del régimen jurídico aplicable a cada una de las actividades a que se refieren las normas objeto de estudio.

1 Antecedentes de la remisión del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 al artículo 355 de la C.P.

En los antecedentes de la expedición de la Ley 489 de 1998 que reposan en la Hemeroteca del Congreso⁹² se encontró que en el proyecto de ley discutido en la Cámara de Representantes, el artículo 91, que correspondería al actual artículo 96, no hacía ninguna referencia al artículo 355 de la C.P. La inclusión de este artículo se hizo en la ponencia para primer debate ante el Senado, en la que se encuentra el siguiente texto:

En relación con las entidades asociativas de carácter mixto y sin ánimo de lucro, se remiten los convenios de asociación de carácter mixto a lo dispuesto en el artículo 355 de la C.P., según el cual el Gobierno Nacional deberá reglamentar los contratos que las entidades públicas celebren con entidades privadas sin ánimo de lucro (ponencia para primer debate, página 13).

Como se advierte, el espíritu del legislador fue el de dejar la regulación de esos convenios al Gobierno Nacional, sin reflexión alguna sobre la naturaleza jurídica tan distinta de los contratos establecidos en el artículo 355 de la C.P. y de los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1993⁹³. De acuerdo con Chávez Marín (2015) esta remisión, aparte de someter los convenios de asociación del artículo 96 a todos los requisitos, formalidades, prohibiciones, etc., de los que él llama “convenios administrativos de interés público”, implica una injerencia indebida del legislador en la competencia del Presidente de la República, en la medida en que le determinó el ámbito regulatorio del artículo 355 de la C.P., interpretación que también es acogida por Perdomo (2014)⁹⁴. La indebida remisión, como se ha dicho, no está por el lado de marcarle la competencia

⁹² La visita a la Hemeroteca del Congreso se hizo el 10 de septiembre del 2015.

⁹³ Este “espíritu” del legislador no fue el que interpretó la Corte Constitucional en la sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999, según se podrá verificar más adelante.

⁹⁴ Perdomo dice: “Este último hecho significa indudablemente que el Legislador reglamenta la aplicación y cobertura del artículo 355 y define el alcance del régimen de los contratos previstos por el mismo. Razón esta que sustenta, nuevamente, la posición antes asumida por el autor, de cuestionamiento de la intromisión del Legislador en la competencia que directa y exclusivamente establece la Constitución a favor del Ejecutivo para la reglamentación de la materia prevista por el inciso segundo del artículo 355 de la Carta” (Perdomo, 2014, p. 49). Vale la pena mencionar que Perdomo se acoge a lo dicho por Chávez en su libro del 2012, que se reitera en la edición del 2015.

al Gobierno, sino, se insite, porque con ella se desconoce la distinta naturaleza de las actividades reguladas en los artículos 355 de la C.P. y 96 de la Ley 489 de 1998, en detrimento de ambas figuras jurídicas.

Finalmente, los incisos 1 y 2 del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 quedaron redactados así:

Artículo 96º. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a 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.

El artículo 355 de la C.P., como ha quedado explicado en la primera parte, tiene 2 incisos. El primero, que regula la prohibición de otorgar auxilios y donaciones, y el segundo, que rige la actividad subvencional del Estado. Una interpretación basada en los criterios tradicionales de la hermenéutica o aún en criterios antiformalistas, es decir, con base en el fin y las consecuencias de las normas (López Medina, 2002)⁹⁵ llevaría a concluir que, a partir de la diferencia sustancial de

⁹⁵ Diego López Medina expone de manera muy precisa los elementos tradicionales para la interpretación de la ley formulados por Savigny (el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático) y la crítica a este sistema que derivó en el “antiformalismo”, que inició Ihering y que busca, por encima de los elementos mencionados, el fin y las consecuencias de las normas. También menciona que, de acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, estos sistemas de interpretación no son suficientes para el análisis de los principios contenidos en la Constitución, pero que, en todo caso, la interpretación gramatical y lógica es el “comienzo ineludible de la interpretación constitucional” (López Medina, 2002, p. 49).

las figuras jurídicas objeto de estudio, la remisión efectuada por el inciso segundo del artículo 96 de 1989 al artículo 355 de la C.P. tendría como propósito, a lo sumo, acentuar la advertencia sobre la prohibición, es decir, que mediante la celebración de los convenios de asociación no se pueden otorgar auxilios y donaciones a particulares (Inciso 1 del artículo 355 de la C.P.), pero jamás podría llevar a la conclusión de que los convenios de asociación quedarían sujetos al régimen de los contratos que concretan la actividad subvencional del Estado (Inciso 2 del artículo 355 de la C.P.)⁹⁶. De hecho, la interpretación de la Corte, en cuanto a que el interés del legislador al incluir el artículo 355 de la C.P., con el fin de evitar que se incurra en la prohibición de otorgar auxilios o donaciones, no ofrece en realidad ninguna novedad ni controversia y resulta hasta un poco insustancial, porque, como lo dice Chávez (2015)⁹⁷, la prohibición de otorgar auxilios o donaciones, contenida en el inciso 1º del artículo 355 de la C.P., debe ser atendida por cualquier norma del sistema jurídico, de acuerdo con el artículo 4 de la C.P., y, por tanto, es apenas natural que un convenio entre la administración y un particular no pueda tener jamás como finalidad burlar una prohibición o servir de instrumento para evadirla.

No obstante, como se expondrá enseguida, da la impresión de que la Corte Constitucional acudió al criterio primero y más básico, el gramatical, y les aplicó a los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, de manera irreflexiva, la totalidad del artículo 355 de la C.P.,

⁹⁶ Antes de la interpretación que realizó la Corte Constitucional (Sentencia C- 671 del 9 de septiembre de 1999) se hubiese podido afirmar que, superada una primera revisión textual de inciso 2 del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, que remite a la totalidad del artículo 355 de la C.P., un mínimo examen del origen de cada una de las instituciones regidas por las normas objeto de estudio, así como su fundamento y finalidad en el ordenamiento jurídico, no podría llevar a entender que los convenios de asociación quedasen regulados por el inciso 2º del 355 de la C.P.

⁹⁷ Chávez dice que la interpretación de la Corte Constitucional según la cual estos convenios no pueden servir para decretar auxilios o donaciones “significaría un énfasis sobre la aplicación e imperatividad de una norma constitucional que establece una prohibición constitucional que en todo caso debe respetar la administración y todas las ramas del poder público, de acuerdo con lo que ella misma dispone, en concordancia con el artículo 4 de la Carta y como quiera que tal prohibición no requiere desarrollo legislativo alguno para ser acatada” (Chávez, 2015, p. 371).

sin reparar en las consecuencias que esto tiene frente a la autonomía y el régimen jurídico de las actividades del Estado que se regulan en las citadas normas.

2 La interpretación de la Corte Constitucional, Sentencia C-671 de 1999, y sus alcances

La Corte Constitucional, en sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999, se pronunció de manera expresa en relación con la remisión que hizo el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 para que los convenios de asociación se celebren de conformidad con lo previsto en el artículo 355 de la C.P. y, con base en la interpretación que hizo sobre ese preciso aspecto, declaró exequible el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. La Corte dijo que:

- (1) La celebración de dichos convenios no podrá servir de pretexto para otorgar o decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.
- (2) El acatamiento del artículo 355 de la C.P. *“impone la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad”*.
- (3) E impone que tales acuerdos se celebren *“con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo”*.

Esta interpretación de la Corte Constitucional desnaturalizó el convenio de asociación previsto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y lo unificó, más bien se diría, lo convirtió en un contrato igual al del artículo 355 de la C.P. La única diferencia que queda viva después de este pronunciamiento consiste en que, en el primer caso, cualquier entidad Estatal está facultada para celebrar tales convenios mientras que, en el segundo caso, dichos contratos únicamente pueden ser

firmados por el Gobierno Nacional. Según Perdomo (2014), esta interpretación de la Corte Constitucional no es vinculante porque, en su criterio, se trata de un *obiter dictum*⁹⁸ y afirma que, de serlo, sería muy grave e implicaría prácticamente la eliminación “de una nueva forma de regulación de las relaciones entre lo público y lo privado desconociendo la voluntad del legislador de la Ley 489 de 1998” (Perdomo, 2014, p.50).

En este análisis se comparten las críticas que expone Perdomo a la sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999⁹⁹ con la siguiente precisión: la actividad a que se refiere el inciso 2 del artículo 355 de la C.P., como se ha dicho de manera reiterada en esta disertación, se concreta mediante un contrato y no por un convenio, como lo sostiene Perdomo. Por esta razón, la errónea interpretación de la Corte lleva a que el convenio de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 pierda su condición de convenio y se convierta en un contrato, figura que, legalmente, como el mismo Perdomo lo reconoce, tiene una naturaleza y un régimen distinto al del convenio. Esta frecuente imprecisión que se está intentando disipar en nada contribuye al propósito, cada vez más urgente, de distinguir los contratos y convenios con un efecto claro y preciso sobre su régimen jurídico.

⁹⁸ Esto es lo que dice Perdomo: “La tesis anterior (se refiere a la interpretación que hace la Corte Constitucional en Sentencia C- 671 de 1999) no es vinculante, pues no es una afirmación sin la cual no se pueda explicar la declaratoria de constitucionalidad del artículo 96, por lo que constituye *obiter dictum*. Esto, adicionado a que la constitucionalidad de dicha norma no fue condicionada a la anterior interpretación” (Perdomo, 2014, p. 47).

⁹⁹ Perdomo identifica como grave que la Corte (i) asuma que los convenios deben celebrarse con entidades privadas sin ánimo de lucro, porque excluye a las sociedades que no tengan estas características y que quieran vincularse a las actividades del Estado en cumplimiento de su actividad social empresarial, (ii) confunda el objeto de las actividades a que se refieren las normas y (iii) da a entender que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 reglamenta el artículo 355 de la C.P. Este último aspecto no se comparte en este estudio, ni tampoco que se considere como convenio al contrato previsto en el artículo 355 de la C.P., pero, por lo demás, se estima acertada la crítica que se hace al pronunciamiento de la Corte Constitucional.

Finalmente, no es posible avanzar en este análisis, sin decir que la *ratio decidendi* que llevó a la Corte a determinar, en sentencia de constitucionalidad C-671 del 9 de septiembre de 1999, la exequibilidad del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 tiene carácter obligatorio.

Sea lo primero decir que, de acuerdo con el artículo 243 de la C.P., los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control constitucional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y este carácter recae sobre la parte resolutive de las sentencias (cosa juzgada explicita) y sobre “los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender este sin la alusión a aquellos” (cosa juzgada implícita)¹⁰⁰, que es lo que se denomina *ratio decidendi*.

De acuerdo con Bernal, la cosa juzgada constitucional “se refiere a la incompetencia de la Corte Constitucional para conocer de nuevo de un cargo de inconstitucionalidad contra una norma ya decidido favorable o desfavorablemente por ella” y es distinta de la fuerza vinculante de la jurisprudencia que “se refiere a obligatoriedad horizontal y vertical que despliega la parte motiva de una sentencia de la Corte Constitucional” (Bernal, 2005, p. 150). En ese entendido, Bernal manifiesta que, de acuerdo con el texto del artículo 48 de la Ley 270 de 1996, junto con la interpretación que sobre esa norma hizo la Corte Constitucional (Sentencia C-037 del 5 de febrero 1996, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa), se da a entender el carácter obligatorio general de la interpretación de la Constitución que hace la Corte Constitucional por vía de autoridad¹⁰¹,

¹⁰⁰ Sentencia C-131 del 1 de abril de 1993, con ponencia de Alejandro Martínez Caballero, reiterada en sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, con ponencia de Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁰¹ El autor hace esta afirmación y deja sentado que quedan varios interrogantes sobre el fundamento del carácter obligatorio que la Corte les da a sus propias interpretaciones y al alcance que esa obligatoriedad ejerce sobre otros poderes públicos y sobre el concepto de cosa juzgada constitucional.

obligatoriedad que recae, como lo dice la sentencia citada, sobre la *ratio decidendi*, es decir, sobre “los conceptos consignados en esta parte (la parte motiva) que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive”. Es decir, “aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella”.

Sin embargo, la determinación de la *ratio decidendi* en juicios abstractos de constitucionalidad no es sencilla y, en tal sentido, López Medina (2006) dice que la Corte ha resuelto este problema adoptando la metodología de Goodhart, según la cual la *ratio decidendi* en estos juicios se debe identificar a partir del problema jurídico que analiza la Corte Constitucional (Sentencia T-249 de 2003)¹⁰².

Con base en las sentencias C-037 de 1996 y T-249 de 2003, es evidente que la decisión de declarar exequible el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, contenida en la sentencia C-671 de 1999, tiene como fundamento la interpretación según la cual, el legislador autorizó la asociación de entidades estatales con personas jurídicas particulares para que cumplan finalidades de interés general y “en defensa de la transparencia del manejo de los dineros públicos” estableció que estos se registrarían por el artículo 355 de la C.P., remisión que implica no violar la prohibición de otorgar auxilios y donaciones y, además, “impone”, como dice la Corte, que se celebren “contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad” y que esos acuerdos se celebren “con el

¹⁰² El autor transcribe apartes de la sentencia T-249 de 2003, donde la Corte Constitucional establece que para evitar atribuir carácter vinculante a cualquier párrafo se debe considerar, a partir del problema planteado, si los argumentos y análisis realizados: “(i) permiten resolver el problema, (ii) responden a los elementos de juicio (empíricos y jurídicos) relevantes para el caso y (iii) finalmente, si la decisión es consistente con las premisas dadas como argumentos de justificación de la decisión”. (López Medina, 2006, p. 255).

fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo”. Más claro no puede ser, en criterio de la Corte, esa remisión al artículo 355 de la C.P., en el sentido o interpretación que ella le da, es lo que le permite al artículo 96 ser exequible¹⁰³.

3 Efectos de la interpretación de la Corte Constitucional

En la sentencia C-671 de 1999, la Corte Constitucional dijo que para dar cumplimiento al artículo 355 de la C.P. las actividades a que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se deben concretar mediante un “contrato”, a pesar de que la norma habla de un “convenio de asociación”. Por otra parte, existe la tendencia doctrinal de clasificar al contrato del artículo 355 de la C.P. como un convenio. Esta confusión en torno a esas dos normas brinda una oportunidad de oro para analizar las discusiones que se han dado sobre los contratos y convenios de la administración y su régimen jurídico.

Tal como se revisó en la primera parte de esta disertación, el origen y el fundamento del contrato del inciso 2º del artículo 355 de la C.P. se encuentra en la actividad subvencional, primordial en

¹⁰³ Vale la pena mencionar que, por lo menos en dos conceptos, el Consejo de Estado ha hecho referencia a la sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999, con los siguientes alcances: (i) En el concepto 2146 del 12 de septiembre del 2013 se la cita como sustento del contenido y alcance del artículo 355 de la C.P. y expresamente se habla de la actividad de fomento y (ii) En el concepto 1710 del 23 de febrero del 2006 la cita para concluir que los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 “han de realizarse dentro del contexto de la disposición constitucional a la que se remite y las restricciones del Decreto 777 de 1992 y normas exceptivas concordantes”, conclusión procedente con base en la sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999, pero totalmente impropia por la naturaleza de los convenios de asociación (Tal como lo consideró la aclaración de voto que se hizo a una de las respuestas dadas dentro del concepto 1626 de 2005 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado). Aunque estos conceptos no son vinculantes (Artículo 112 de la Ley 1437 del 2011) permiten advertir que la confusión generada por la sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999 va haciendo carrera y se acoge como fuente formal de derecho y, por lo tanto vinculante. Cuestión que en, este caso, resulta ser tremendamente negativa.

un Estado Social de Derecho y, por otro lado, el convenio de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 corresponde a un ejercicio de mejor organización del Estado, que busca la eficiencia en el cumplimiento de sus funciones en unión con los particulares. Los contratos y convenios a que se refieren los artículos 355 de la C.P. y 96 de la Ley 489 de 1998 son mecanismos para formalizar y concretar esas actividades y, por lo mismo, no pueden comprenderse y distinguirse uno de otro, acudiendo únicamente a los criterios que tradicionalmente se han usado para diferenciar contratos de convenios y de lo que determine el EGCAP, que está concebido preponderantemente para regular contratos en el sentido patrimonial del término y en los que el Estado es apenas un cliente de los empresarios privados, como dice García de Enterría (2004)¹⁰⁴. El problema es que en la legislación Colombiana no existe una regulación distinta del EGCAP y, cuando la hay (como en el caso de los decretos reglamentarios del 355 de la C.P.), se intenta comprender y aplicar dicha normativa a partir de lo que dice el EGCAP.

El contrato del 355 de la C.P. y el convenio de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 rompen la idea general de que la naturaleza de la persona jurídica con quien el Estado celebra un acuerdo pueda signar el tipo de acuerdo que se celebre, es decir, contrato (porque el contratista es una persona jurídica con ánimo de lucro y esto supone contraposición de intereses) o convenio (porque el contratista es una ESAL u otra entidad del Estado y eso hace suponer identidad de

¹⁰⁴ Dice textualmente este autor al referirse a los contratos administrativos y de derecho privado de la administración que ellos corresponden a la utilización por parte de la administración de “instrumentos contractuales dentro del ámbito específico de las relaciones patrimoniales que son comunes a todos los sujetos de derecho” en los que la Administración actúa como “cliente de los empresarios privados” en un ámbito de “simple colaboración o intercambio patrimonial: paga dinero o transfiere posibilidades de actuación frente al público a ella reservadas a cambio de cosas o servicios que busca o recibe” (García de Enterría, 2004, p. 680). Esta definición la utiliza García de Enterría para distinguirlos de los conciertos entre la administración y los administrados, que están expresamente excluidos de la Ley de Contratos de la Administración Pública (LCAP). En Colombia, como se verá más adelante, no hay norma que distinga contratos y convenios. Y tal silencio lleva a muchas interpretaciones sobre el régimen de ellos, que, a juicio de este análisis, deben decantarse por respaldar las diferencias entre contrato y convenio, desde el punto de vista sustancial y en el régimen jurídico aplicable a cada uno, y que va siendo hora de abordar en la legislación positiva.

intereses)¹⁰⁵. Por eso, el análisis de estas normas implica el reto de ver la actividad concertada de la administración (García de Enterría, 2004)¹⁰⁶ más allá de la naturaleza de la partes, de sus intereses opuestos o coincidentes (Benavides, 2010)¹⁰⁷ o del uso del derecho público o del derecho privado (Expósito Vélez, 2003)¹⁰⁸.

Efectuada esta precisión, en este capítulo se analizarán los efectos de la sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999 (i) desde el punto de vista sustancial, esto es, en cuanto la confusión que se ha generado respecto de las figuras del contrato y el convenio y (ii) desde el punto de vista de la confusión en cuanto al régimen jurídico aplicable a cada una de las actividades reguladas en las normas objeto de estudio.

3.1 Confusión sustancial entre las figuras de contrato y convenio

¹⁰⁵ El contrato del artículo 355 de la C.P. tiene como sujeto a una ESAL y es justamente la presencia de esta la que ha llevado a que este contrato se entienda como “convenio”. Por otro lado, el convenio de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 tiene como sujeto a una “persona jurídica particular” que, según la ley, bien podría tener ánimo de lucro y esto pudo ser precisamente lo que llevó a la Corte a “desconfiar” de que en presencia de un particular cualquiera pudiese funcionar un “convenio” y terminó interpretando en la sentencia C-671 de 1999 que la “persona jurídica particular” tenía que ser sin ánimo de lucro, para que se entienda que la norma está ajustada a la Constitución.

¹⁰⁶ Según lo expresa García de Enterría, la actividad concertada obedece a una necesidad real de la administración que necesita negociar cuando entiende que el poder de mandar no es suficiente, todo con el fin de encontrar soluciones que le exigen “ampliar la base de sustentación de la acción de Gobierno” (García de Enterría & Fernández, 2004, pp. 682 y 683).

¹⁰⁷ Benavides, a propósito de la promoción de las actividades concertadas y contractualizadas, que cada día son más importantes en la gestión del Estado, presenta un análisis muy interesante y bien sustentado sobre la redefinición del equilibrio contractual en el que la presencia del contratista colaborador debe verse desde otro punto de vista. Como lo dice Benavides, hay una aproximación de los derechos público y privado y, por tanto, valga la pena decirlo, de los intereses de las partes a partir de entender que, en palabras del autor, estamos ante el fin del monopolio del interés general por parte del Estado y las entidades privadas toman cada día más el liderazgo en actividades de interés público (Benavides, 2010, pp. 32 a 35).

¹⁰⁸ Expósito, al reconocer que admite la tesis sustantivadora del contrato de la administración, rechaza que ella pueda fundamentarse en la aplicación de derecho público o privado, ya que “la evolución del Derecho como un todo coadyuva a que todas las instituciones jurídicas tengan principios, regulación y desarrollo de varias ciencias a la vez” (Expósito, 2003, p. 320). Finalmente, es claro que la misma legislación establece la estrecha vinculación de la normatividad del derecho privado con los contratos que celebren las entidades estatales, tal como se puede ver en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993.

Para abordar este tema, se revisarán (i) los antecedentes que dieron origen a la distinción entre contrato y convenio y, a partir de ello, (ii) se identificará la confusión sustancial entre contrato y convenio para las normas objeto de estudio.

3.1.1 Origen de la distinción entre contratos y convenios

La legislación colombiana tiene un régimen general para los “Contratos Estatales”, que está contenido principalmente en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 del 2007, normas estas que constituyen el denominado Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, EGCAP. El artículo 32 de la Ley 80 de 1993¹⁰⁹ llama estatales a aquellos contratos celebrados, valga la redundancia, por las entidades estatales que él mismo define¹¹⁰. Cassagne (1975), a partir de este mismo criterio subjetivo (es decir, de considerar la presencia de entidades que pertenecen a la administración pública), habla de “Contratos de la administración”¹¹¹. Estas dos maneras de llamar a los acuerdos de voluntad celebrados por una entidad pública da a entender lo complejo que puede resultar lograr un acuerdo, al menos, sobre la denominación misma de estos, tal como lo expone Expósito Vélez (2003)¹¹².

¹⁰⁹ El artículo 32 del EGCAP, dice: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación”.

¹¹⁰ Numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

¹¹¹ Este autor dice lo siguiente: “Como resumen de esta introducción podemos entonces apuntar que el contrato de la administración (desde el punto de vista del sujeto administrativo) incluye distintas categorías: a) contratos administrativos; b) contratos parcialmente regidos por el derecho privado, y c) contratos interadministrativos” (Cassagne, 1975, p. 415).

¹¹² Expósito dice que la denominación de estos acuerdos no ha sido unánime y que también se usan las expresiones “contratos administrativos o de la administración” o “contratos públicos”, que es el término que se usa en la Ley de Contratos de la Administración Pública (LCAP) de España, o “Contratos Estatales”, en la legislación Colombiana, nombre que, según Librado Rodríguez (1996), es un “manto velado” para referirse a los “Contratos Administrativos” que incluyen, en criterio de Expósito y que se comparte en esta disertación, a los contratos que se rigen por normas de derecho privado o común que no cambiarán su carácter por la presencia de la Administración. (Expósito Vélez, 2003, pp. 200 y 201). Tan polémica ha sido la adopción de la figura jurídica del contrato en derecho público que García de

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que nuestro país acogió la tendencia mayoritaria de “sustantivar” el contrato estatal o administrativo, para distinguirlo del contrato de derecho privado, tendencia que surgió, como dice García de Enterría (2004), con la irrupción del criterio material del servicio público en el derecho administrativo¹¹³ y que ha sido un asunto muy controvertido¹¹⁴, en tanto que tiene sus raíces en la concepción misma sobre el papel del Estado en la organización política. En concreto, la ley colombiana introdujo, como se ha señalado, un concepto de contrato a partir del criterio subjetivo, que considera la presencia de una entidad estatal, y estimó adicionalmente que tales acuerdos deben celebrarse y ejecutarse buscando “el cumplimiento de los

Enterría dice que Giacometti estableció una verdadera contradicción en el término “contrato de Derecho Administrativo”, “ya que el contrato, en frase de Mayer, “crece solo sobre el suelo de la igualdad” en tanto que la administración siempre manda unilateralmente” (García de Enterría, 2004, p. 686).

¹¹³ Ya que antes de esto lo que existía era una “*singularidad del régimen jurisdiccional*” que los asignaba a la jurisdicción contenciosa administrativa por razones prácticas del mejor conocimiento del funcionamiento de la administración, pero que no afectaba ni su naturaleza, ni su regulación, que era de derecho civil. García de Enterría cita a Gastón Jéze a quien califica de ser el “creador más relevante de la teoría del contrato administrativo” y para quien los contratos civiles “suponen esencialmente la existencia de los contratantes en pie de igualdad, mientras que en los contratos administrativos las partes se reconocen desiguales, en la medida en que una de ellas representa el interés general, el servicio público, y la otra solamente puede exhibir su propio y particular interés”. De esta relación desigual surgirá, para el contratista, la obligación de colaborar con la entidad para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, es decir, de una manera diferente al compromiso entre particulares y, para la administración, la obligación de indemnizar en caso de ampliación de las obligaciones del contratista que le causen un perjuicio anormal. García de Enterría expone finalmente que la singularidad del contrato de la administración se definiría a partir de las cláusulas exorbitantes del derecho común justificadas en los intereses superiores del servicio público y que ha pervivido a pesar del “hundimiento de la doctrina del servicio público”, que fue la que le dio vida (García de Enterría, 2004, pp. 690 a 693).

¹¹⁴ Para García de Enterría el problema no es de sustantividad, exorbitancia o singularidad, sino de identificar cuáles son las variantes o modulaciones que introduce la presencia subjetiva de la administración sobre el contrato como institución abstracta (García de Enterría, 2004, pp. 680 y 681). Sin embargo, la tendencia mayoritariamente sustantivadora del contrato administrativo, que ya García de Enterría advertía, es un hecho que no se puede obviar, tal como lo informa y acoge Expósito (2003), que cita a Ariño Ortiz como uno de los más fuertes expositores de esta tendencia para quien la singularidad del contrato la da “su sentido, interpretación y régimen de fondo, pero ante todo por los fines de interés general que el contrato persigue los cuales imponen y justifican unas soluciones peculiares” (Expósito 2003, p.p. 320 y 321). Siguiendo la exposición de Expósito, Ariño Ortiz (1968) acoge la tesis sustantivadora del contrato de la administración con bases históricas que dan cuenta de que por sí sola esta figura tiene sus rasgos diferentes del contrato privado y hace mención a que el contrato administrativo español no fue producto de los impulsores del servicio público, como Duguit y Jéze, que es lo que afirma García de Enterría (Expósito, 2003, p.3 20. Pie de página 379). En todo caso, Expósito acepta expresamente la tesis sustantivadora del contrato de la administración, pero advierte que ella no puede estar basada en la aplicación del derecho público o privado, ya que este debe coadyuvar como un todo a las instituciones jurídicas como el contrato, razonamiento que, en criterio de esta disertación, acoge lo dicho por Meilán Gil (2011), que, citando Martín Retortillo (1960), expresa que “lo razonable es entender desde la unidad última del Derecho, que el contrato es un supraconcepto que abarca contratos que operan en el ámbito privado y contratos que lo hacen en lo público” (Meilán Gil, 2011, p. 149).

fines estatales, la continua y eficiente prestación de servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ella en la consecución de dichos fines”¹¹⁵. Esta noción de contrato, como dice Benavides, “reemplaza la concepción del contrato como oposición de intereses de las partes por la de un instrumento de regulación de intereses de las partes hacia una doble finalidad”. Ambos contratantes deben contribuir al cumplimiento de las finalidades de interés público del Estado y a que los colaboradores de la administración obtengan los beneficios que esperan con esa transacción (Benavides, 2010, p. 75).

Por otra parte, en la ley colombiana no hay aún una definición sobre lo que es un convenio y doctrinariamente, salvo por el trabajo efectuado por Chávez Marín en su libro *Los Convenios de la Administración - Entre la Gestión Pública y la Actividad Contractual*¹¹⁶, las referencias a esta institución jurídica se reducen a algunas pocas hojas en los libros de contratación estatal, para indicar que están excluidos de la aplicación del EGCAP y, tal vez, con un poco más de interés, se analiza la figura de convenio interadministrativo, que es un muy buen punto de referencia para entender la diferencia entre contrato y convenio. A este respecto, Suárez Beltrán (2014) sostiene que la ley no ha brindado un tratamiento claro sobre la materia y ha usado indistintamente las palabras “convenio interadministrativo” y “contrato interadministrativo” y, pese a que la Ley 1150

¹¹⁵ Artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

¹¹⁶ Chávez Marín ha realizado un ejercicio académico valioso que pone sobre la mesa la posibilidad de reconocer la actividad convencional del Estado como una “gestión que goza de identidad propia” y al convenio como su manifestación a partir de principios comunes que no llegarían a constituir un “Estatuto”, por las dificultades que esto presentaría para el tratamiento especial que exige cada convenio, sino un régimen general en que se incluirían los aspectos básicos de la actividad convencional. El autor propone incluir caracteres generales de los convenios, en las dos categorías que él identifica: La de los *convenios interadministrativos*, que son los que se celebran entre personas jurídicas públicas, y la de los *convenios administrativos*, que tienen lugar cuando se celebra un compromiso convencional entre una persona jurídica pública y un particular, y que correspondería al tipo o categoría en la que se encuentran los convenios a que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. El doctrinante también extendió tal clasificación de convenio administrativo al acuerdo del artículo 355 de la C.P., posición que, como se ha sustentado en este estudio, no se comparte.

del 2007 hizo precisiones normativas importantes sobre la forma de contratación directa, en este escenario “interadministrativo” habló de “contrato” y no de “convenio”, cuestión que sigue causando muchas inquietudes, que él resuelve a partir de la diferencia en la finalidad que se persigue con cada una de estas figuras jurídicas y el distinto régimen jurídico aplicable a cada una¹¹⁷.

Al hilo de esta última postura de Suárez Beltrán, en relación con el concepto y el régimen jurídico de los contratos y convenios interadministrativos, Perdomo (2014) concluye que convenios y contratos son instituciones jurídicas diferentes y con regímenes diferentes¹¹⁸.

¹¹⁷ Gonzalo Suárez Beltrán plantea que convenio interadministrativo y contrato interadministrativo son figuras diferentes de acuerdo con la finalidad que se persigue en cada caso. Así, en los convenios interadministrativos que regula el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 el objetivo es de colaboración mutua para un objetivo común, mientras que en el contrato una de las entidades obra como “verdadera contratante” y la otra como contratista en la provisión de bienes y servicios en los términos que se pacten, es decir, que en los contratos hay obligaciones “que expresan posiciones contrapuestas y, por tanto, un interés jurídico diferente”. El efecto concreto que le atribuye a esta diferencia está en el régimen jurídico aplicable a uno u otro. Los convenios interadministrativos se regirán por la Ley 489 de 1998 y no por el EGCAP, por cuanto este estatuto, al tenor del artículo 1° de la Ley 80 de 1993, solo es aplicable a los “contratos de las entidades estatales” (Suárez Beltrán, 2014, pp. 138 y 139). Por lo demás, los contratos interadministrativos están previstos como una causal de contratación directa en el inciso 1° del literal c del numeral 4° del artículo 2 de la Ley 1150 del 2007, modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 del 2011.

¹¹⁸ Para llegar a este aserto, Perdomo analiza las tres posturas existentes en Colombia sobre la materia, así: (i) Por una parte, un sector de la jurisprudencia y de la doctrina asimilan el contrato y el convenio, tal como lo sostienen Palacio Hincapié (2010), Suárez Beltrán (2009), Reyes Yunis (2007) y la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 20 de junio del 2010), (ii) Por otra, están los que estiman que son figuras diferentes, pero que tienen regímenes iguales. En este grupo, a su vez, existen dos vertientes: Los que sostienen que convenio y contrato son distintos, pero como la Ley 80 de 1993 no los diferencia, entonces les es aplicable, en la forma prevista en el letra d) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 del 2007, es decir, por la vía de la contratación directa. Entre estos se menciona a Rico Puerta (2013) y Chávez Marín (2015), y los que sostienen que el convenio y el contrato son distintos, pero en el caso del contrato interadministrativo se debe acudir a la licitación pública, tal como lo sostiene Pino Ricci (2005), y (iii) finalmente están los que estiman que contrato y convenio son conceptos distintos con régimen jurídico diferente y aquí se menciona a Santos Rodríguez (2009), Estrada (2009) y Suárez Beltrán (versión 2012). Vale la pena precisar que cuando Chávez se refiere de manera general a los convenios celebrados con particulares dice que “se les aplica como régimen general la normativa de la Ley 80 de 1993, sin perjuicio de los ordenamientos específicos para ciertos tipos de ellos y dado que para ellos no se prevén disposiciones específicas en este estatuto”. Sin embargo, cuando trata de manera específica el contrato del inciso 2 del artículo 355 de la C.P., que él llama “Convenio de interés público”, precisa lo siguiente: “Hay que tener en cuenta que, como más adelante se revisará, la anterior reglamentación (se refiere a los decretos reglamentarios del artículo 355 de la C.P.) constituye un régimen especial para los citados contratos y, por lo tanto, no se aplica el régimen general de la contratación administrativa contenido en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, salvo en cuanto ese mismo ordenamiento especial lo remita” (Chávez, 2015, pp. 56 y 337).

La diferencia sustancial entre contrato y convenio, de acuerdo con lo expuesto por Perdomo y, en especial, lo que dicen Santos Rodríguez (2009)¹¹⁹ y Chávez (2015)¹²⁰, se encuentra en la coincidencia u oposición de intereses. Así, mientras que los contratos corresponden a negocios jurídicos en los que existe intercambio de prestaciones de contenido económico y satisfacción de necesidades opuestas, los convenios son negocios jurídicos en los que la administración se une con personas jurídicas públicas o privadas con el propósito de cumplir finalidades de interés mutuo armonizadas con el interés general.

En conclusión, existe una clara tendencia a distinguir los contratos y convenios. Y se puede afirmar también que dicha tendencia lleva a tomar, como criterio preponderante para hacerlo, los intereses de las partes, que serán coincidentes para los convenios y opuestos para los contratos. Sin embargo, como dice Parejo Alfonso (2007) “la diversidad no conduce necesariamente a una contraposición”¹²¹. Por eso, es necesario revisar ese criterio de los intereses opuestos, con base en la precisión conceptual que hace Benavides en cuanto a que el contrato no puede ser visto como un ámbito de confrontación de intereses, sino de regulación equilibrada de los intereses de las partes. Propuesta esta que lo lleva a afirmar que:

¹¹⁹ Santos Rodríguez dice: “en ese orden de ideas, resulta útil diferenciar los negocios jurídicos administrativos compositivos, que son aquellos que buscan eliminar o precaver un litigio (el caso de la transacción), los negocios jurídicos administrativos de intercambio patrimonial, que pretenden el intercambio de prestaciones de contenido económico y la satisfacción de necesidades opuestas (el caso de contrato de obra o concesión) y los convenios administrativos de colaboración en los cuales las dos partes intervinientes acuden a satisfacer un mismo interés, el cual debe coincidir necesariamente con el interés general” (Santos Rodríguez, 2009, p. 6).

¹²⁰ Para Chávez, desde el punto de vista formal, “el contrato es el género mientras el convenio es la especie, pues todo convenio implica un acuerdo de voluntades. Pero desde el punto de vista sustancial puede afirmarse que no todo contrato constituye un convenio en cuanto el convenio es confluencia de intereses y el contrato contradicción del causas y fines” (Chávez, 2015, p. 88).

¹²¹ Luciano Parejo Alfonso hace esta afirmación porque estima acertadamente que la presencia de un orden constitucional único también implica un sistema de valores único y, en ese ámbito, están tanto los intereses públicos como los privados y aunque hay diversidad de sujetos, objetos y fines tal diversidad no conduce necesariamente a contraposición “pues los dos tipos, privado y público, de relación (interesamiento) en función del único orden de bienes y valores son necesarios y complementarios (uno necesita del otro) para la realización de tal orden” (Parejo Alfonso, 2007, p. 33).

“El centro de interés se desplaza de los contratantes a la operación económica y social puesta en marcha a través del contrato; de la voluntad de las partes al objeto del contrato, en el sentido de operación jurídica. De una noción subjetiva se pasa a una noción objetiva” (Benavides, 2010, p. 73)¹²².

En criterio de este estudio, la propuesta de ver al contrato desde un punto de vista objetivo, y no subjetivo, implica también pasar del análisis del régimen de las partes como elemento estático inherente a la naturaleza de los sujetos a una comprensión dinámica del contrato, que se concentra en entender y regular los intereses involucrados en función de los objetivos del acuerdo.

Entre las tendencias doctrinales que enunció y agrupó Perdomo no se hace referencia a Herrera Barbosa (2004), que planteó diferencias sustanciales y de régimen jurídico, entre contratos y convenios, con base en distintos elementos que, si bien es cierto, no dejan de insinuar la convergencia u oposición de intereses, no la mencionan expresamente. Se refiere más bien a la presencia de intereses públicos y privados y a la forma como estos se relacionan a través de la “patrimonialidad” o la “conmutatividad de las prestaciones”¹²³, elementos estos que, vistos a la

¹²² Benavides dice que esta no es una concepción original, sino que proviene de la influencia del derecho anglosajón en el que “la idea económica del contrato como transacción es fundamental al punto que rechaza la posibilidad del contrato unilateral”. Además dice que “el derecho romano también se apoya en la importancia de la transacción y se inspiró en el *synallagma* griego. En realidad el formalismo del derecho romano se apoyaba en la protección de las relaciones y contratos socialmente útiles, y la evolución del derecho pretoriano fue paralela a la evolución de las relaciones económicas y sociales” (Benavides, 2010, pp. 73 y 74).

¹²³ Herrera Barbosa expone varias diferencias así: “a) En el convenio nadie tiene interés patrimonial, en el contrato sí, quien hace las veces de contratista quiere ganar. De ahí que podamos decir que mientras en el convenio los dos intereses son públicos, en el contrato uno de ellos es privado, como que la motivación a contratar es el lucro. b) En el primero aplico solamente derecho público; en el contrato aplico derecho público y derecho privado. c) En el convenio el beneficiario de su acuerdo es un tercero que siempre debe ser la comunidad, en el contrato una de las partes busca un beneficio: el contratista aun en los casos en que se trate de un administrativo. d) en el contrato siempre hay un proceso de selección y esta regla se puede romper solo por disposición legal; los convenios rechazan la idea del proceso de selección porque se trata de priorizar necesidades para destinar recursos en orden a su satisfacción. e) En el contrato siempre hay interés patrimonial es su motor... en el convenio el traslado patrimonial es una herramienta para invertir recursos públicos, al lado de otras tantas. f) En el contrato siempre las prestaciones son conmutativas en el sentido de equivalentes una por otra. En el convenio no hay tal conmutatividad, sino un simple traslado de funciones” (2004, p. 35).

luz de lo que expone Benavides, llevan a una visión objetiva y concreta del acuerdo de voluntades que, finalmente, puede conducir, a un camino más claro para establecer las diferencias entre contrato y convenio, en general, y entre el contrato del artículo 355 de la C.P. y el convenio del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en particular.

Es importante decir que el asunto de la coincidencia u oposición de intereses también ha sido objeto de estudio en el ámbito del derecho privado, de cuya herencia en materia de contratos no puede renegar el derecho público, aunque en ese derecho tal diferencia no ha resultado tan traumática y compleja como en este¹²⁴. Se podría afirmar que esto se debe precisamente a que los acuerdos de voluntades en el ámbito del derecho privado se rigen por criterios objetivos, ya que la naturaleza de las partes y su régimen jurídico no ofrecen ningún tipo de debate y, en consecuencia, lo verdaderamente importante, como tiene que ser, es la regulación concreta del acuerdo (contrato o convenio) que debe cumplir su función económica y social.

¹²⁴ En el derecho civil, el contrato y convenio se asimilan (Artículo 1495 del C.C.) o encuentran una vinculación de género y especie, tal como lo dice Peña (2012, p.72) para quien “El contrato constituye una especie de convenio destinado a crear, modificar o extinguir obligaciones”. En derecho civil, además, “la distinción entre contrato y convención no tiene importancia, pues uno y otro se rigen por las reglas generales”, de acuerdo con lo que dice Alessandri Rodríguez (2011). La legislación comercial, por otra parte, no limita la noción de contrato a los actos jurídicos de contraprestación, sino que admite actos complejos o de colaboración que van más allá de la bilateralidad y que tienen características propias, tal como lo dice Peña, y que se han denominado contratos de colaboración empresarial. Los acuerdos para constituir uniones temporales o consorcios son un ejemplo de esto. De modo que la coincidencia o contraposición de intereses en el marco de acuerdos celebrados por personas que están bajo el régimen jurídico de derecho privado, con independencia de que se los designe como contratos o convenios, al menos desde el punto de vista teórico, no presenta ninguna dificultad siempre que haya claridad en los términos que se pacten y se cumplan las normas previstas en cada caso, que son siempre supletorias de la autonomía de la voluntad. Esto no ha sucedido en el caso del derecho público, donde a pesar de la presencia de dos entidades sujetas a su régimen, por ser este un derecho estrictamente reglado, permite diversas interpretaciones sobre la naturaleza y prestaciones de los acuerdos que se celebren o su régimen jurídico, interpretaciones que surgen de los vacíos o la indebida regulación. Esto es lo que ha ocurrido en el caso de los acuerdos interadministrativos (para no decirles contratos o convenios), en los que superada la dificultad de la naturaleza jurídica de las partes (partiendo del supuesto de que independientemente de su denominación estén sujetas a normas de contratación pública) se ha debatido si se está en presencia de un contrato o un convenio, de si se aplica derecho público o privado o de la naturaleza vinculante o no de sus prestaciones, como lo expresa Expósito (2003), que acoge la opinión de Santofimio Gamboa para concluir que de los convenios no se puede derivar ningún régimen obligacional, postura que no se comparte en esta disertación.

3.1.2 La confusión sustancial de los conceptos de contrato y convenio en el artículo 355 de la C.P. y en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998

Se puede afirmar que la confusión sustancial entre las dos figuras estudiadas, a partir de lo dicho en precedencia, tiene como origen la visión subjetiva de los acuerdos de voluntades que celebra el Estado y, por ello mismo, la tendencia a fijar el clásico criterio de la confrontación o coincidencia de intereses en la naturaleza jurídica de la partes, en lugar de centrarse en regular los intereses de las partes, a partir del objeto de los acuerdos y las prestaciones o compromisos, en orden al cumplimiento de los fines del Estado, que es lo más importante.

Con base en lo anterior se analizará cómo ha operado esa confusión sustancial tanto en el contrato del artículo 355 de la C.P. como en el convenio del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

3.1.2.1 En el contrato del artículo 355 de la C.P.

La remisión que hizo el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 para que sus convenios se regulen por el artículo 355 de la C.P. ha contribuido a reforzar la opinión equivocada, a juicio de esta disertación, de que los contratos del artículo 355 de la C.P. son convenios, calificación que se les atribuye en razón a que en el marco de este acuerdo hay coincidencia de intereses entre el Estado y las ESAL, tal como lo sostienen Chávez (2015) y Perdomo (2014). Interés que en la mayoría de casos, por no decir que en la totalidad, se presume a partir de la presencia de la ESAL. Tal coincidencia de intereses, a partir de lo que sostiene Benavides (2010), resulta un criterio equívoco. En efecto, en los contratos que regula el EGCAP, también el contratista tiene la responsabilidad

de ser “colaborador” en el cumplimiento de los fines del Estado, que tendrán que ser fines de interés público y nadie pensaría que por esa condición se prefigura un convenio.

La confusión que lleva a calificar como “convenio” al contrato del artículo 355 de la C.P. se encuentra, según el análisis que se hace en este estudio, en la presencia de la “Entidad sin Ánimo de Lucro”, que tiene en su esencia y objeto la realización de actividades de interés público y que lleva a intuir, de forma errada, que por este solo hecho ya existe identidad o conjunción de intereses con el Estado, rasgo característico del convenio en la posición doctrinal tradicional, que lo hace distinto del contrato. Del mismo modo en que un acuerdo de voluntades celebrado entre dos entidades públicas, en las que la presencia del interés público es de suyo incuestionable, no puede calificarse automáticamente de convenio¹²⁵. Tampoco puede asignarse tal condición a aquellos acuerdos que el Estado celebra con una ESAL aun cuando, como se ha dicho reiteradamente, tales entidades han tenido un tratamiento especial como colaboradoras del Estado en la ejecución de actividades de interés público.

¹²⁵ El numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 establecía que la escogencia del contratista se realizaría siempre por licitación, salvo en el caso de los “interadministrativos” (no se decía si contratos o convenios). Esta norma se modificó por el inciso 1º del literal c, del numeral 4º del artículo 2 de Ley 1150 del 2007, modificado a su vez, por el artículo 92 de la Ley 1474 del 2011, que ahora sí se refiere expresamente a los “contratos interadministrativos” que se podrán contratar directamente, pero “siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos” y exceptúa expresamente de esta modalidad de contratación directa a “los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo”. De acuerdo con Suárez Beltrán (2014), como ya se mencionó, los convenios interadministrativos se sujetan al régimen previsto en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998. En los acuerdos interadministrativos, la identidad en cuanto a la naturaleza pública de las partes puede llevar, como en efecto ha ocurrido, a suponer que la naturaleza pública de las entidades contratantes implica necesariamente coincidencia frente al interés público objeto del acuerdo y, por tanto, a entender que todo acuerdo de voluntades entre entidades públicas es convenio interadministrativo, cuyo régimen está por fuera del ámbito del EGCAP, mecanismo que ha permitido, en muchas ocasiones, burlar su aplicación.

Esta equivocada interpretación ha servido para que actividades que debieran contratarse con normas del EGCAP terminen convirtiéndose en “convenios” celebrados directamente con “entidades sin ánimo de lucro”, así, entre comillas, que han proliferado para apoyar la empresa de burlar las normas EGCAP. Se diría que, paradójicamente, se volvió un gran negocio convertirse en ESAL para celebrar contratos con el Estado, sin acudir al procedimiento de la licitación pública.

La naturaleza contractual de la actividad regulada en el artículo 355 de la C.P. quedó documentada en el numeral 1.4 de esta disertación. El interés del Constituyente fue contar con una herramienta que permitiera tener un control de los recursos entregados bajo la forma de un contrato, con cláusulas excepcionales y garantías de manejo y cumplimiento¹²⁶, que permitan asegurar la ejecución de los objetivos de interés público que impulsa. Por lo demás, como se analizó en su momento en el derecho Español, la tendencia es que el mecanismo preponderante para la actividad subvencional del Estado sea el contrato, aunque una regulación robusta de esta importante actividad del Estado puede comprender varias modalidades de subvención que pueden tener distintos tipos de instrumento para concretarse¹²⁷.

3.1.2.2 En el convenio de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998

¹²⁶ Ver artículos 1, 5 y 15 del decreto 777 de 1992.

¹²⁷ No es el objeto de este estudio adentrarse en los términos de una regulación de las subvenciones, pero, a modo de información, en la Ley General de Subvenciones de España (Ley 38 del 2003) se detallan los aportes económicos del Estado que se consideran subvenciones de acuerdo con esa ley, se dice cuales no se consideran sujetos a ella (los premios y los subsidios, por ejemplo) y distingue claramente entre el beneficiario directo de la subvención y la entidad colaboradora en la distribución de tales subvenciones, caso en el cual se puede requerir la celebración de un convenio o un contrato sujeto a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En todo caso, la ley ordena que el otorgamiento de las subvenciones se haga siempre mediante un régimen de concurrencia competitiva.

Los antecedentes de la remisión legislativa que hizo el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 al artículo 355 de la C.P., sumados a la interpretación que hizo la Corte Constitucional mediante la sentencia C-671 de 1999, dan perfecta cuenta de los momentos en que el convenio de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 terminó convertido en el contrato previsto en el inciso 2 del artículo 355 de la C.P.

Al pie de la letra del artículo 96, que habla claramente de un “Convenio de asociación” y del “desarrollo conjunto de actividades”, podría no quedar duda alguna de que se trata de un convenio, es decir, un acuerdo de voluntades en el que, existe una forma de ejecución conjunta, coordinada y que carece de contenido prestacional en la forma en que se presenta en un contrato conmutativo y sinalagmático. Pero la interpretación que hizo la Corte desconoció el texto de la ley sin ningún criterio que lo justifique.

Lo que no se puede desconocer es que hizo mella en esta interpretación el criterio subjetivo de la concepción del contrato y, con base en ello, la Corte Constitucional terminó modificando la naturaleza jurídica del particular que, de acuerdo con la ley, debía acompañar al Estado en su labor. El artículo 96 dijo que tal sujeto podía ser una “persona jurídica particular” y la Corte, para que este acuerdo sea viable a los ojos de la Constitución, impuso que la “persona jurídica particular” sea “sin ánimo de lucro”. De nuevo, la naturaleza de la entidad con la que contrata el Estado parece ser la que define el tipo de acuerdo, a partir, eso sí, del entendimiento general de que en presencia de una ESAL y del Estado el interés común y dirigido a fines de interés público se supone. Al parecer, se hace bastante difícil la idea de considerar la existencia de un convenio con un particular independiente de su condición de ser con o sin ánimo de lucro y esto desconoce que las empresas

deben tener una función social, de acuerdo con la Constitución Política (Artículo 333) y que ella es el fundamento de la responsabilidad social empresarial que incluye entre sus áreas de acción la proyección a la comunidad y la ejecución de políticas de Estado, tal como lo destaca el Banco Mundial¹²⁸, en el marco de las cuales perfectamente puede unirse con el Estado para apoyar el cumplimiento de funciones y actividades que la ley le asigne, con independencia del ánimo de lucro, que no puede entenderse como opuesto al cumplimiento de la función social que la Constitución les ha asignado a las empresas.

En conclusión, como quedó dicho antes, la Corte no solo cambió al sujeto definido en la ley¹²⁹ para la celebración de estos acuerdos, sino que cambió el objeto del acuerdo, que ya no es lo que prevé el citado artículo 96, “el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones”, que tiene el Estado, sino el “impulso de actividades de interés público”, desconociendo que los alcances de las actividades de interés público, así, genéricamente consideradas, rebasan el círculo de la competencia de la entidades Estatales, que es lo que permite determinar el objeto de las actividades que se apoyan en el marco de un convenio de asociación. La Corte Constitucional cambió la causa de este acuerdo, pues asumió que la motivación del contrato eran las actividades

¹²⁸ El Banco Mundial (2006) establece estas áreas de acción de prácticas empresariales y, entre ellas, al exterior de la empresa, identifica, entre otras, las siguientes, que son pertinentes para este tema: Primero, la proyección a la comunidad, que lleva a la “articulación de alianzas con organizaciones públicas y privadas locales, con el propósito de integrar esfuerzos en la consecución de objetivos y metas comunes de carácter local y estructural que faciliten el desarrollo sostenible de la zona (autogestión, planes municipales priorizados, acciones estratégicas, visión largoplacista y todo aquello en lo que la empresa tiene impacto en la comunidad incluyendo el medio ambiente)” y, segundo, la participación en el diseño y ejecución de Políticas de Estado, mediante la cual la empresa participe en “la formulación de planes de nación de largo plazo, la ejecución de las acciones y cambios estructurales, así como la evaluación de los resultados son funciones que el sector privado debe compartir con sus gobernantes para garantizar su continuidad y consecución. Las prácticas de interacción con las decisiones gubernamentales y diseño e implementación”.

¹²⁹ Además de exigir que la persona jurídica privada fuera sin ánimo de lucro, se exigió que fuera de reconocida idoneidad, en los mismos términos en que está previsto en el artículo 355 de la C.P., cuestión que no merece mayor detalle en cuanto que la idoneidad del particular debe entenderse como una exigencia mínima de parte del Estado para este convenio o para cualquier otro tipo de acuerdo, pues de no ser así se pone en riesgo el cumplimiento de los fines del Estado.

de interés público, cuando lo que estableció la ley como causa de estos convenios es el apoyo que el Estado busca en los particulares para la ejecución de actividades que le permitan el cumplimiento de las funciones y fines que la ley le asigna. Estas actividades obviamente terminarán impactando el interés público, pero por una vía diferente.

De igual manera, y según se expuso en la primera parte de este análisis, el objeto de los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 no debe ser directamente el cumplimiento de una “función administrativa”, ya que para este caso existe una norma especial. Se trata, según se ha dicho, de realizar de manera conjunta y coordinada actividades que se relacionen con los fines o funciones del Estado (cuestión apenas obvia si se tiene en cuenta que las entidades Estatales solo pueden actuar en el marco de sus competencias). Y, por ello, la entidad Estatal titular de la competencia, función u objetivo que se pretenda desarrollar con el apoyo del particular en las actividades concretas de que se trate, debe tener el control y la dirección de ellas, cuestión que pone en conflicto a este convenio con las normas del decreto 777 de 1992 y, en especial, con el numeral 5, artículo 2 (Jojoa, 2014)¹³⁰.

En criterio de esta disertación, la Corte Constitucional en la Sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999 le dio un papel protagónico a la naturaleza jurídica del particular sujeto del convenio del artículo 96 de la Ley 489 de 1993, al punto de modificar su condición a ESAL, para hacerlo

¹³⁰ Jojoa dice: “En el evento del artículo 96, recordemos que su finalidad es la de apoyar un proyecto de la entidad en el que colabora con la entidad estatal, por lo tanto la autonomía no es una condición necesaria, por el contrario, la entidad estatal es la que debe liderar y condicionar la participación del particular. En tal sentido, es preciso preguntarse si la disposición contenida en el numeral 5 del artículo 2 del Decreto 777 de 1992, adicionado por el artículo 3 del decreto 1403 de 1992, que excluye del ámbito de regulación a 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, cuando precisamente esa es una de las finalidades con la cual se crearon los convenios que autoriza la Ley 489 de 1998, en su artículo 96” (Jojoa, 2014, p. 152).

compatible con el “interés público”. Esto le impidió ver la distinta naturaleza de las actividades que regulan las normas estudiadas, la diferente manera de ejecución que se requiere para el cumplimiento de los fines del Estado en cada una de ellas y hasta el mecanismo previsto para su concreción, puesto que terminó convirtiendo el convenio del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 en un contrato.

Finalmente, a modo de conclusión, y antes de pasar a hablar del régimen jurídico que quedó unificado para los contratos del artículo 355 de la C.P. y para los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, es imperioso decir que la importancia, magnitud y diversidad de la actividad contractual de la administración (entendida desde un punto de vista amplio, es decir, como concertación) requiere de una regulación positiva que vaya más allá de la naturaleza jurídica de las partes, que puede ser, como se ha visto, un criterio muy estrecho y equívoco para determinar los alcances de las herramientas que le permitan al Estado el cumplimiento de sus fines. También se necesita acudir a criterios y principios que superen el entendimiento clásico de los contratos, en los que, como dice García de Enterría, el Estado opera como un cliente. Tal como lo afirma Benavides (2010), el Estado ya no tiene el monopolio del interés general y urge que pacte en infinitud de temas con los particulares y las empresas, para que legitime y expanda su capacidad de acción. Esto debe permitir que se revalúe la idea de un contrato como un ámbito de contraposición o contienda de intereses, tesis que está siendo revaluada aún en el derecho privado, tal como lo plantea Benítez Caors (2013)¹³¹ y que, en general, invita a analizar todos los acuerdos

¹³¹ Benítez, en su libro *Solidaridad contractual – noción posmoderna del contrato*, habla de “La insoportable levedad del conflicto de intereses como único elemento central del contrato”. Este autor propone una revisión del concepto clásico de considerar al contrato como un ámbito de contraposición de intereses. Siguiendo a Otto Von Gierke, según el cual el derecho privado será más social o no será, manifiesta que el contrato “no es solamente una cosa privada, sino una institución social, por eso el incremento del componente social es un elemento constante en el derecho contractual moderno, en cuyo caso a fin de evitar que se convierta en un medio de opresión, se requiere una justa consideración de los intereses de las partes” (Benítez, 2013, p. 25). También dice que “el contrato aparece clásicamente

de voluntad que realice el Estado desde un punto de vista más práctico, objetivo y eficiente, en el que por encima de la naturaleza de la partes se le permita actuar como un medio de previsión y organización que equilibre los intereses y posibilite el cumplimiento de los objetivos del Estado y de los particulares. Los fines de “interés público o general”, a los que contribuirán tanto entidades públicas o privadas, deben identificarse, llenarse de sentido y contextualizarse en un acuerdo de voluntades que se convierta en herramienta efectiva y propicia para su realización. Si el “interés público o general”, como suele ocurrir, se deja nada más enunciado y se lo supone, como presupuesto indiscutible de una ESAL, por el solo hecho de serlo, se perdería la posibilidad de identificar la comunidad de intereses en la ejecución del objeto del convenio o la obtención de resultados medibles y concretos en el marco de un contrato conmutativo y sinalagmático.

3.2 Régimen jurídico

En Colombia, a raíz de la falta de claridad conceptual a la que se ha hecho referencia, la sola denominación de convenio o contrato no implica necesariamente la sujeción a un régimen jurídico determinado¹³². No obstante lo anterior, y a favor del régimen jurídico diferenciado entre contratos y convenios que recoge y apoya Perdomo (2014), se puede agregar que la pretensión de universalidad del EGCAP no se logró, como dice Jojoa (2014), por el entendimiento de que se trataba de un régimen general y no “único”, lo que ha permitido que la misma ley consagre muchas

como una relación de fuerzas entre las partes cuya preocupación exclusiva estriba en la defensa de sus propios intereses, pretendiendo conseguir cada una de ellas la mayor ventaja posible del negocio jurídico, inclusive en detrimento del co-contratante. Ahora bien, la concepción posmoderna del contrato exige una asistencia mutua entre las partes, una cooperación no antagónica que asegure la realización razonable del resultado convenido permitiendo la satisfacción útil del interés de ambos contratantes” (Benítez, 2013, p. 31).

¹³² En la legislación colombiana se pueden encontrar convenios sometidos al EGCAP (Artículo 111 de la Ley 489 de 1998) y convenios que no se rigen por este estatuto (Artículo 96 de la Ley 489 de 1998), y contratos con régimen diferente del EGCAP, como es el caso del artículo 355 de la C.P.

excepciones a su propio régimen¹³³ y, adicionalmente, está claro que el EGCAP no es el instrumento jurídico que permita servir de régimen orientador para resolver asuntos distintos de aquellos en los que hay una relación contractual, esto es, de contenido patrimonial y conmutativo¹³⁴. Los doctrinantes que se acercan al tema de los convenios han expresado que es muy complicado hacer una regulación exhaustiva, que sea comprensiva de todas las variedades que estos pueden tener, pero indudablemente, y ya lo doctrina lo advierte, parece innegable la necesidad de que haya normatividad positiva que, al menos, defina ciertos lineamientos sobre los que ya existe un consenso y evitar así todas las confusiones e indebidas interpretaciones que ocasiona el vacío normativo que, en muchos casos, empuja a acoger la regulación más próxima y desarrollada, que es la de los contratos, con todas las complicaciones que pueden resultar de ello, porque no es una norma adecuada a la naturaleza y características de los convenios.

En efecto, la figura del convenio de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, que es una tremenda herramienta de gestión del Estado, se creó en tres líneas de una ley y el legislador, a conciencia de que eso no era suficiente, llenó el déficit de regulación de una manera totalmente inadecuada: sometiendo el convenio de asociación al régimen jurídico de los contratos del artículo 355 de la C.P. y esto implica que se le apliquen también los decretos reglamentarios de esa norma constitucional, es decir, por ahora, los decretos 777, 1403 y 2459 de 1993. En conclusión, el régimen jurídico de los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 lo

¹³³ Jojoa cita la sentencia C-949 del 5 de septiembre del 2001, de la Corte Constitucional, en la que afirma que si la pretensión del constituyente hubiera sido la de que exista un régimen único de contratación del Estado así se habría autorizado en el artículo 150 de la C.P. y no como finalmente quedó la competencia legislativa de expedir un “estatuto general”.

¹³⁴ El EGCAP no brinda instrumentos para resolver las dudas que se pueden presentar frente a los convenios de la administración como herramientas de gestión. El artículo 28 de la Ley 80 de 1993 confirma que se trata de una ley hecha para regular contratos sinalagmáticos, conmutativos, puesto que dice que la interpretación de las normas sobre contratos estatales que regula esa ley deberá considerar “los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.

constituyen el artículo 355 de la C.P. y sus decretos reglamentarios o la norma que se expida para modificarlos.

Con base en lo expuesto, se hará referencia al régimen contenido en el artículo 355 de la C.P. y sus decretos reglamentarios, con el objetivo de demostrar (i) que se trata de un régimen especial y exceptuado del EGCAP, a pesar de que regule un contrato estatal y se apliquen algunas normas del EGCAP, por expresa disposición de los decretos reglamentarios y (ii) se verificará el tema de “contraprestación directa” a favor del Estado como causal de exclusión del régimen del Decreto 777 de 1993, ya que, a pesar de la interpretación de la Corte, podría permitir excluir de su regulación los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

3.2.1 Régimen jurídico especial de los contratos del artículo 355 de la C.P. exceptuados del EGCAP

Habida cuenta del inadecuado y hasta abusivo uso del “sistema de contratación directa” no sometido al EGCAP se oyen voces que llaman a reglamentar el artículo 355 de la C.P., aplicando criterios propios del EGCAP (Jojoa, 2014) y proyectando procesos de escogencia en un ámbito “competitivo” entre ESAL, previa verificación de que, aunque haya entidades sin ánimo de lucro para cumplir el objeto planeado, hay optimización de los recursos públicos, si se contrata con ellas, que es lo que prescribe el proyecto de decreto que planea expedir el Gobierno¹³⁵. Como se ha

¹³⁵ El proyecto de decreto del Gobierno proyecta regular de la siguiente manera: “Artículo 2. Procedencia de la contratación con entidades sin ánimo de lucro. Las Entidades Estatales pueden contratar con entidades sin ánimo de lucro en los términos del artículo 355 de la Constitución Política y del presente decreto siempre que: (a) el objeto del contrato corresponda a una línea de acción del plan nacional o seccional de desarrollo, de acuerdo con el nivel de la Entidad Estatal; y (b) *no exista oferta de los bienes, obras y servicios requeridos para la línea del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades sin ánimo de lucro o, a pesar de que existe, la contratación con entidades sin ánimo de lucro representa optimización de los recursos públicos en términos de*

dicho, un principio de solución se encontrará cuando se entienda la distinta naturaleza de las actividades que regulan el artículo 355 de la C.P. y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y, con base en ello, se entienda que no se trata de un proceso en el que el estado está adquiriendo bienes o servicios en un ámbito de competencia, que es lo que regula el EGCAP. En el primer caso, el Estado ofrece recursos para apoyar a un particular¹³⁶ y en el segundo busca al particular para que lo apoye en la ejecución de actividades que le permitan cumplir sus fines y funciones.

El análisis de la naturaleza jurídica de los decretos que reglamentan el artículo 355 de la C.P. está íntimamente relacionado con la posición que se asuma en cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato establecido en el inciso 2 de esa norma. Así, quienes reconocen la naturaleza autónoma de los decretos reglamentarios del 355 de la C.P. deben reconocer que se encuentran también ante

eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo” La Entidad Estatal contratante debe indicar expresamente en los estudios y documentos previos: (iii) *la no existencia de oferta distinta a la de las entidades sin ánimo de lucro o la justificación de la contratación con estas entidades en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo*. En el artículo 4, además, se establece lo siguiente: “Artículo 4. Existencia de más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad para efectos de la contratación. Cuando en la etapa de planeación, la Entidad Estatal identifica la procedencia de contratar con entidades sin ánimo de lucro y la existencia de más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, *la Entidad Estatal debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista*. La Entidad Estatal debe definir el criterio de evaluación de las propuestas y la forma de evaluar teniendo en cuenta la eficacia, la eficiencia, la economía y el manejo del riesgo”.

¹³⁶ Llama la atención que Jojoa sugiera hacer un proceso de selección “competitivo” para este tipo de contratos a pesar de que reconoce que los únicos casos en los que la excepción al EGCAP se considera justificada se encuentran cuando “el Estado es quien suministra bienes o servicios al público en general como cualquier particular, siendo un contrasentido someter a la lógica del estatuto contractual a esas relaciones jurídicas...” y, dice más adelante que “la falta de entendimiento de esa situación ha generado: que a pesar de que la lógica del estatuto contractual le es inaplicable quedan inmersos en ella, como es el caso donde el Estado suministra bienes o servicios a los particulares” (Jojoa, 2014, p. 162). Según esta última afirmación del autor, y a partir de entender la real naturaleza del artículo 355 de la C.P. en que el Estado entrega recursos a particulares, tendría que reconocerse que estamos a un caso perfecto para aplicar el régimen de excepción. Sin embargo, Jojoa, tomando como base las actividades que ejecuta el Estado y la contratación de particulares con recursos públicos (Numeral 2.3.1, p. 162), concluye que los contratos del 355 de la C.P. también deberían estar incluidos en las reglas del EGCAP y dice que “la disposición de recursos públicos en estos contratos es indiscutible así sea con la colaboración patrimonial del particular” y, concluye que “la graduación o aplicación del estatuto estará dado por el porcentaje de capitales públicos y privados” (Jojoa, 2014, p. 164). Esta afirmación no considera que el particular no brinda colaboración patrimonial al Estado. Es justo al contrario y, por otra parte, resulta bastante complicado entender cómo es posible aplicar las normas de un estatuto de contratación de manera gradual, según el porcentaje de recursos públicos o privados.

un régimen exceptuado del EGCAP, que es la propuesta de este estudio, según lo que se expondrá enseguida.

El Constituyente quiso que la actividad subvencional del Estado quedase sujeta a regulación del ejecutivo que expidió los decretos 777 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993. Los decretos emitidos son Decretos Autónomos o Reglamentos Constitucionales que, desde el punto de vista material, tienen contenido legislativo, no están sometidos a ninguna ley, sino a la Constitución misma, salvo que de manera expresa el mismo decreto establezca algo diferente, tal como lo sostienen Urrego Ortiz & Quinché-Ramírez (2008), quienes documentaron detalladamente el debate jurisprudencial y doctrinario sobre la vigencia de estos decretos autónomos en la Constitución de 1991, para concluir que el único caso de estos decretos que queda vigente en la Constitución Política es el del artículo 355 de la C.P. Esta posición doctrinaria halla respaldo en la sentencia de la Corte Constitucional¹³⁷ C-1290 del 5 de diciembre de 2001 con ponencia de Álvaro Tafur Galvis y también en la sentencia de C-058 del 3 de febrero de 2010 con ponencia de Mauricio González Cuervo¹³⁸.

En concordancia con la doctrina y la jurisprudencia, se acoge la posición según la cual la facultad establecida en el inciso 2 del artículo 355 de la C.P. permite la reglamentación autónoma, “derivada

¹³⁷ Mediante esta sentencia se declaró la exequibilidad del artículo 33 de la Ley 446 de 1998, que modificó el entonces vigente C.C.A. y reconoció, en la parte de motiva del fallo, la existencia de los reglamentos constitucionales con cita expresa del inciso 2 artículo 355 de la C.P. Esta sentencia tuvo una aclaración de voto en la que se cuestionó el reconocimiento que hizo la Corte, pues, en resumen, avaló la facultad reglamentaria autónoma del Gobierno consagrada en dicho artículo. Según expresó el magistrado que hizo la salvedad, esta interpretación “desconoce uno de los principios fundantes de la organización del Estado ... La cláusula general de competencia radica en el legislador”, en tanto que la regulación del artículo 355 de la C.P. tiene que ver directamente con garantizar el principio de igualdad en la contratación pública -ya que todas las personas gozan del derecho fundamental de contratar con el Estado en igualdad de oportunidades- y por eso existe reserva de ley (inciso final del artículo 150 de la C.P.) y le corresponde al legislador expedir las leyes que desarrollen el citado artículo 355 de la C.P., sin perjuicio de que el Gobierno ejerza su poder reglamentario.

¹³⁸ Mediante esta sentencia la Corte Constitucional se declaró incompetente para conocer de la constitucionalidad de los decretos reglamentarios del artículo 355 de la C.P., debido a que de estos debe conocer el Consejo de Estado por virtud del numeral 2 del artículo 237 de la C.P.

directamente de la constitución y subordinada a ella de manera directa, sin la intermediación del legislador” (Tafur, 2011, p.154), pues es esto lo que previó el constituyente de manera expresa y ahondar en argumentos para someter la competencia del Gobierno a una ley, antes que respetar la constitución, la desconoce. No es necesario acudir a complicadas reglas de interpretación cuando el texto constitucional es bien claro.

Asumir esta posición trae una consecuencia relevante para efectos de este estudio: aceptar que el régimen establecido en el artículo 355 de la C.P. y sus decretos reglamentarios es autónomo y que el EGCAP no tiene potestad para llenar, de forma automática, los vacíos de esa reglamentación especial ni mucho menos que se le dé el tratamiento de régimen general para este tipo de contratos. En esa misma línea, quienes se oponen a la vigencia de los decretos autónomos pueden sostener, como en efecto ha ocurrido¹³⁹, que el EGCAP tenga algún tipo de incidencia en el régimen especial del artículo 355 de la C.P., que, en su particular interpretación, sería la ley necesaria para que el Gobierno pudiera ejercer su potestad reglamentaria, apreciación que no se comparte en este estudio.

La doctrina nacional, a pesar de que reconoce el carácter especial de la reglamentación del artículo 355 de la C.P., no se atreve a sostener de manera clara, directa y con las consecuencias que ello implica, que los contratos del artículo 355 de la C.P. no están sometidos al EGCAP y que su régimen, según lo determinan los decretos que lo reglamentaron, es el del derecho privado, salvo en los específicos temas que tales normas refieren de manera expresa. Salvo la tesis de Medina (2014) que argumenta la independencia del régimen del EGCAP con base en la fuerza vinculante

¹³⁹ Ver la aclaración de voto a la Sentencia de la Corte Constitucional No. C-1290 del 5 de septiembre de 2001, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

y la naturaleza de los decretos autónomos, así como por la finalidad que busca el artículo 355 de la C.P.¹⁴⁰, se puede mencionar a Benavides (2010), quien refiere incertidumbre, ya que las leyes particulares no permiten concluir que se trate de un régimen de excepción y Jojoa (2014) que llama a honrar el principio de pluralidad de oferentes del EGCAP en ausencia de reglamentación sobre el proceso de selección en las normas reglamentarias del 355 de la C.P. Chávez Marín (2015), como ya se dijo, es de la tesis de que el EGCAP es una norma general que se aplica a todos los acuerdos de voluntades que celebra el Estado con un particular y, salvo que haga alguna excepción, se aplicará a los contratos del artículo 355 de la C.P., que él llama “convenios administrativos de interés público” a partir del carácter Estatal de la entidad contratante, aun con la capacidad de llenar, por analogía, vacíos del ordenamiento especial¹⁴¹. En la jurisprudencia, aparte de los pronunciamientos sobre el tema de los decretos autónomos o reglamentos constitucionales que se han citado, es pertinente mencionar que en sentencia del 15 de agosto del 2007, reiterada por sentencia del 9 de mayo del 2014¹⁴², el Consejo de Estado determinó que los contratos del inciso 2 del artículo 355 de la C.P. “se encuentran sustraídos del ámbito de aplicación de la ley 80”¹⁴³. Por lo demás, también la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha reconocido

¹⁴⁰ Para este doctrinante el EGCAP no se aplica a los “Convenios de fomento” porque se trata de una figura con una finalidad distinta a la de los contratos regulados por dicho estatuto y, además tiene un marco jurídico independiente y especial, esto es, el que está constituido por los decretos autónomos, con toda su independencia y fuerza vinculante sin necesidad de la ley previa (Medina, 2014, p.21). De todas maneras reconoce, al hablar del régimen de los convenios y contratos que el EGCAP se puede aplicar, por analogía, según lo previsto por el artículo 8 de la Ley 153 y 1887 y el artículo 30 del C.C. (Medina, 2014, p.77), cuestión legalmente posible si se dan los presupuestos para ello.

¹⁴¹ Sobre la doctrina de Chávez se hizo una precisión en la nota No. 120, por cuanto, aunque sostiene, por una parte, que el EGCAP es el régimen general para todos los acuerdos que celebre el Estado, incluidos los convenios con particulares, puesto que no hay un régimen especial para ellos, por otra, cuando se refiere de forma específica al contrato del 355 de la C.P. dice que no se aplica el EGCAP, por cuanto tiene un régimen especial.

¹⁴² Sentencias a las que se hizo referencia en el punto 1.2 de este estudio.

¹⁴³ El consejo de Estado dijo textualmente que los contratos del inciso 2 del artículo 355 de la C.P. “se encuentran, por tanto, sustraídos del ámbito de aplicación y alcance de la Ley 80 de 1993, pues cuentan con un régimen jurídico especial contenido en los mencionados decretos expedidos por el Ejecutivo en desarrollo de la atribución conferida por la Constitución Política en el artículo 355 superior y, por ende, gozan del carácter de reglamentos autónomos que regulan en forma especial los mencionados contratos (Exp. 19001-23-31-000-2005-00993-01(AP), M.P.: Ruth Stella Correa Palacio).

mayoritariamente la independencia de los regímenes de contratación del artículo 355 de la C.P. y del EGCAP¹⁴⁴.

El contrato al que se refiere el artículo 355 de la C.P. se celebra por una entidad estatal y tiene las características preponderantes de un contrato (y no de un convenio). Siendo así, se puede decir, estamos ante un típico contrato estatal, pero, como muchos otros, exceptuado del régimen de contratación previsto en el EGCAP, por las siguientes razones:

(i) El EGCAP no es el régimen único de contratación de todas las entidades estatales como, en criterio de Jojoa (2014), lo pretendió el legislador. El Gobierno en todos sus niveles, aún estando sometido al régimen general del EGCAP, puede celebrar los contratos del artículo 355 de la C.P. conforme las reglas que este prevea y sin acudir al artículo 13 de la Ley 1150 del 2007, ya que esta norma esta diseñada para ser aplicada a entidades no sometidas al EGCAP y, por ello, no se aplica al Gobierno, que sí está sometido al EGCAP¹⁴⁵.

(ii) El hecho de que para concretar la actividad subvencional del Estado se acuda a un contrato no convierte su régimen, de manera automática, en materia del EGCAP, pues es necesario atender

¹⁴⁴ Como es sabido, la Sala de Consulta y Servicio Civil no tiene funciones jurisdiccionales y emite conceptos que no tiene carácter vinculante, pero, en todo caso, la tendencia ha sido la de acoger la validez de los decretos autónomos y, en consecuencia, concluir que el régimen de estos contratos es especial y por ello no se les aplica el EGCAP. Ver conceptos 1666 del 31 de agosto de 2005, M.P.: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, 1710 del 23 de febrero de 2006, M.P.: Luis Fernando Álvarez Jaramillo y 1911 del 25 de septiembre de 2008, M.P.: Enrique Arboleda Perdomo.

¹⁴⁵ El artículo 13 de la Ley 1150 del 2007 establece “principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales *que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública* aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal”.

la naturaleza de la actividad y la reglamentación especial definida para ella. Es necesario, desde el punto de vista objetivo, entender cuáles son los propósitos que el Estado quiere lograr con este tipo de acuerdos.

(iii) En estricto sentido, no hay vacío normativo en cuanto a los contratos que se celebran con las ESAL, ya que el artículo 1 del decreto 777 de 1992 dice que tales contratos “se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares” y esto se refiere tanto a la sustantividad misma del contrato, como al “proceso de escogencia” de la persona con la que contrata, que, en derecho privado, tiene una regla: la libre escogencia. Otra cosa es que exista una sensación general, fuerte y muy razonable, por lo demás, en cuanto a que tratándose de una actividad tan importante, y en la que se invierten cuantiosos recursos públicos, debería haber una regulación que ate al Estado a procedimientos propios del derecho público y se elimine, así, el amplio margen de discrecionalidad¹⁴⁶ que hoy existe porque la regulación está sometida al derecho privado¹⁴⁷ y esta es una tarea pendiente, que debe hacer el Gobierno.

¹⁴⁶ Este amplio margen de discrecionalidad no se debe a que exista una laguna legal, sino a que el régimen jurídico al que se someten los contratos del artículo 355 de la C.P. y, por ende, los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, se sujetó al derecho privado. A este respecto, Marín Hernández (2007) expone de manera muy amplia y clara que actualmente no es posible entender que la discrecionalidad de la administración tenga como fuente la ausencia de la ley, sino que debe estar amparada en ella, por cuanto “en el Derecho administrativo los entes públicos solo pueden desarrollar aquellas actividades para las cuales disponen de expresa atribución normativa, es decir, lo que se enmarca dentro de su ámbito de competencia, de manera que no puede haber actividad de la administración que no tenga su fundamento directa o indirectamente en una ley. De ahí que la potestad discrecional deba tener igualmente su fundamento y razón de ser en una ley” (Marín, 2007, p. 157). Marín también dice que el reconocimiento de competencias discrecionales derivadas de normas de “escasa densidad regulativa” tienen como finalidad “encaminarlo, estratégicamente, atendiendo, por lo demás, a la posición constitucional de la Administración, a la que corresponde una “función configuradora del orden social” que demanda la posibilidad de tomar decisiones discrecionalmente para disponer de la libertad de acción” (Marín, 2007, p. 165). Con base en lo anterior y considerando el objetivo de las actividades a que se refieren tanto el artículo 355 de la C.P. como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se puede entender que la Administración requiera un margen de actuación discrecional superior al que se deriva de un proceso estrictamente reglado como el que prescribe el EGCAP, pero no tan amplio como el que permite el derecho privado y debe ser, se insiste, un objetivo del Gobierno hacer una regulación adecuada a los propósitos y fines que buscan las normas.

¹⁴⁷ En efecto, los contratos del 355 de la C.P. se rigen por el derecho privado, salvo en los precisos aspectos en que se haga remisión a las normas del EGCAP, tema que se revisará más adelante. García de Enterría, al hablar de las eternas discusiones sobre la aplicación del derecho público y el derecho privado en el Estado, afirma que el uso de técnicas y

(iv) Los decretos reglamentarios del 355 de la C.P. y el EGCAP son materialmente leyes que están al mismo nivel y no es posible asumir que uno de los regímenes puede ser el general del otro, debido a que cada uno tiene su preciso ámbito de aplicación¹⁴⁸.

(v) La Constitución determinó que sería el Gobierno el que regularía el artículo 355 de la C.P. y no se debe acudir, de manera automática, a una ley expedida por una autoridad distinta, así ambas tengan materialmente la condición de ley. Las competencias del Gobierno y el Legislativo están bien deslindadas y cada una tiene su ámbito de aplicación.

En conclusión, no resulta coherente acoger el régimen especial de los contratos establecidos en el artículo 355 de la C.P., a partir del reconocimiento del carácter autónomo de los decretos 777 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993, y sostener, al mismo tiempo, que el EGCAP tenga algún tipo de ingerencia en esa reglamentación, salvo en aquellos precisos aspectos que textualmente se haya dispuesto y que se revisarán a continuación.

3.2.1.1 Aplicación del EGCAP a los contratos del artículo 355 de la C.P.

De conformidad con lo anterior, y según lo dispuesto en el decreto 777 de 1992, viene al punto analizar los dos temas en que este decreto ley hizo alusión al régimen de contratación imperante al momento de su expedición (Decreto Ley 222 de 1983) y verificar si tales disposiciones

formas de derecho privado tiene un carácter instrumental y que en el fondo de dicha utilización siempre hay una decisión previa de carácter público (García de Enterría & Fernández, 2004, p. 57). En el caso del artículo 355 de la C.P. sí que existe una decisión de carácter administrativo que debería regularse pero no, se insiste, como si se tratase de la escogencia de un contratista que le va a entregar bienes y servicios a la entidad estatal, sino a partir del reconocimiento del carácter propio de la actividad subvencional del Estado.

¹⁴⁸ De hecho, el EGCAP se refiere siempre a expresiones como “*para efectos de esta ley*”.

conservan vigencia bajo el actual EGCAP. Esos dos temas son (i) La aplicación de cláusulas exorbitantes¹⁴⁹ y (ii) La aplicación del artículo 13 del Decreto Ley 222 de 1983¹⁵⁰, es decir, la terminación del contrato, por la violación a las prohibiciones establecidas en el decreto 777 de 1992¹⁵¹.

3.2.1.1.1 Aplicación de cláusulas exorbitantes

Lo primero es hacer una precisión de términos. Como dice Chávez, la denominación de cláusulas “exorbitantes” no aparecía en el decreto Ley 222 de 1983, sino que era una definición doctrinal¹⁵². Tal denominación, después de la expedición de la Ley 80 de 1993, cambió por el de “poderes o cláusulas excepcionales”, descritos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Este cambio, como dice Palacio, va más allá de lo semántico y formal y refleja la nueva orientación del Estado en la Constitución de 1991 y permite concluir que “son cláusulas “excepcionales al derecho común”

¹⁴⁹ El artículo 1 del decreto 777 de 1992 dice, en cuanto al régimen de los contratos del artículo 355 de la C.P., que “se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983”.

¹⁵⁰ El artículo 13 del Decreto Ley 222 de 1983 dice: “La contravención de las prohibiciones establecidas en este estatuto obligará al representante legal de la respectiva entidad a dar por terminado el contrato y a proceder a su liquidación en el estado en que se encuentre, sin que haya lugar a reconocimiento o pago de indemnización alguna. La entidad, además, hará efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato.

Los funcionarios que hayan celebrado el contrato y el contratista responderán solidariamente por los perjuicios causados, tanto a la entidad contratante como a terceros, sin detrimento de la responsabilidad penal que les correspondiere. La Procuraduría General de la Nación velará por el cumplimiento de la presente disposición”.

¹⁵¹ El artículo 16 del decreto 777 de 1992 establece: “La violación de las prohibiciones previstas en el presente Decreto dará lugar a la aplicación de lo dispuesto por el artículo 13 del Decreto 222 de 1983”.

¹⁵² En efecto, cuando se revisa el Decreto Ley 222 de 1983 no existe ninguna alusión a este término. El artículo 18 de esa norma estipuló “La aplicación de los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales” y en el artículo 60 y siguientes se establecen las reglas para la aplicación de la caducidad como cláusula obligatoria o de forzosa estipulación (salvo en los contratos de compraventa de bienes muebles) y como no obligatoria en los convenios interadministrativos. En los artículos 71 y 72 se hace referencia a la obligatoriedad de incluir cláusulas de multas y penal pecuniaria, de manera claramente unilateral.

(numeral 2, Art. 14, Ley 80 de 1993) y, por tanto, al ser excepcionales, son taxativas y de aplicación restrictiva dentro de los principios generales del derecho” (Palacio, 2004, p.103)¹⁵³.

Ante la descripción textual que existe en el EGCAP, se podría decir que hoy no existe duda en cuáles son las cláusulas excepcionales (Numeral 2 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993)¹⁵⁴, aunque el debate jurídico sobre el alcance de estas estipulaciones sigue abierto e incluso se habla de que tienen un “carácter incierto” (Benavides, 2010)¹⁵⁵. Resulta pertinente precisar, con base en lo que dice Cárdenas, que son facultades excepcionales aquellas que se “adoptan a través de actos administrativos que, como tales, gozan de las características de estos últimos, esto es, que están dotados de presunción de legalidad y pueden hacerse cumplir por la administración, aún en contra

¹⁵³ Palacio expone cómo en la Constitución de 1991 hay un cambio en la concepción del Estado que deja de ser monopólico y que pasa a convertirse en un Estado competitivo con una gran componente de participación privada y que por lo mismo debe desregularse para ser más eficiente en su gestión. Destaca la presencia del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, según el cual los contratos estatales, salvo en lo que está expresamente regulado en ella, se regirán por las normas civiles y comerciales y, por lo mismo, la posibilidad de usar ciertas potestades será en casos excepcionales y con el único fin de que se cumplan los fines de interés público (Palacio, 2004, pp. 102, 103).

¹⁵⁴ Es decir las de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales, de caducidad y reversión. Con la expedición de la Ley 80 de 1993 desapareció la competencia para imponer multas y cláusula pena pecuniaria de manera unilateral a la manera de las cláusulas excepcionales y, aunque esta posibilidad volvió a establecerse para el Estado en el artículo 17 de la Ley 1150 del 2007, su estipulación es facultativa y, por ello, solo se puede imponerla y cobrarla cuando se haya pactado en el contrato (Sentencia No. 2001-01219 del 23 de septiembre del 2009. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar).

¹⁵⁵ Benavides plantea las dificultades para definir las cláusulas exorbitantes como anormales o inusuales en el derecho privado (p. 236) y finalmente expresa que en el derecho colombiano “el servicio público constituye la esencia de las cláusulas excepcionales de los contratos estatales y, más genéricamente, de las prerrogativas de interés público” (Benavides, 2010, p. 338).

de la voluntad del administrado” (Cárdenas, 2014, p. 356)¹⁵⁶, y que, se agrega, provengan de la ley¹⁵⁷.

De acuerdo con Chávez, la remisión al Decreto Ley 222 de 1983 “debe entenderse realizada al estatuto de contratación actual, es decir, a la Ley 80 de 1993 y sus reformas” (2015, p. 391)¹⁵⁸, puesto que esta ley sustituyó al Decreto Ley 222 de 1983 y, en su criterio, es viable aplicarse a los contratos del artículo 355 de la C.P., que el doctrinante identifica, tal como se ha mencionado, como “convenios administrativos de interés público”, debido a “la necesidad de proteger el interés público que este tipo de convenios involucra y garantizar la realización cabal de los compromisos de las partes y, especialmente, de la entidad contratista” (Chávez, 2015, p. 391).

¹⁵⁶ Cárdenas, en su artículo *La huida por la administración del derecho privado contractual*, estudia las tensiones entre el derecho público y el derecho privado en materia contractual, a partir del análisis de la terminación de los contratos y las sanciones a los contratistas. De este artículo se puede concluir que resulta impropio hablar de cláusulas excepcionales en el sentido de que no son propias o habituales del derecho privado. Cárdenas revela varios casos del derecho privado en el que existen facultades de modificación, terminación y modificación de contratos que obligan a considerar un criterio más preciso en relación con estos conceptos. Es en ese marco, en el que identifica los rasgos que hacen excepcional a una facultad y que se concretan en que se produzca un acto administrativo, que puede hacerse cumplir por la administración aún en contra de la voluntad del administrado, cosa que jamás podría presentarse en las facultades de los particulares, que no tienen tal privilegio y en caso de disputa deberán acudir al juez (Cárdenas, 2014, pp. 344-356).

¹⁵⁷ A este respecto, Benavides dice que “el principio de legalidad de las prerrogativas de poder público es por consiguiente una constante en nuestro derecho” (2010, p. 372) e indica también que las únicas prerrogativas del poder público no son las cláusulas excepcionales. Menciona la liquidación unilateral y la terminación unilateral fundada sobre ciertas nulidades contractuales, así como a las multas y la declaración unilateral de incumplimiento, en todos los cuales, previa autorización de la ley, la administración expide actos administrativos con fuerza ejecutoria (2010, p. 415).

¹⁵⁸ Aun así, Chávez dice que hay que tener en cuenta algunos aspectos en que se ha presentado variación entre el Decreto Ley 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993, que vale la pena considerar, porque pueden presentar problemas de interpretación y aplicación. Entre los cambios sustanciales hace referencia a los siguientes aspectos: (i) Que se redujo el número de cláusulas excepcionales (antes denominadas por la doctrina como exorbitantes), pues se excluyen de ese ámbito a la cláusula penal pecuniaria y a las multas, que ahora tienen un procedimiento reglado, pero que en ningún caso la ley las identifica como excepcionales (ii) Que en vigencia del decreto 222 de 1983 eran obligatorias, en general, para los contratos administrativos, “mientras que en la Ley 80 de 1993 son obligatorias, en unos casos; son potestativas, en otros, y están prohibidas en algunos eventos (art. 14, núm. 2) (Chávez, 2015, pp. 391 a 393).

Se comparte con Chávez que cuando, en el marco de un contrato celebrado en virtud del artículo 355 de la C.P., se pacten cláusulas excepcionales de terminación, modificación o interpretación unilaterales o caducidad, se tendrá que atener a lo que prevea el EGCAP. Vale la pena mencionar que la posibilidad de pactar cláusulas excepcionales es una de las características que define la naturaleza contractual de la figura prevista en el artículo 355 de la C.P.¹⁵⁹, tal como se expuso en la parte primera de este estudio.

Ahora, cuando se trate de convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, convertidos en contratos tal cual lo establece el artículo 355 de la C.P., según lo que dijo la Corte, no hay otra posibilidad que atenerse también a lo que diga el EGCAP en cuanto a cláusulas excepcionales, porque se les aplica el régimen del artículo 355 de la C.P. y todos sus decretos reglamentarios. De todas maneras, sí es importante decir que la presencia de cláusulas exorbitantes en convenios no es un asunto claro (como todos los demás referentes a los convenios, por las dificultades que aquí se han expuesto). El párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece que se prescindirá de cláusulas o estipulaciones excepcionales en “los interadministrativos” y esta expresión, de suyo imprecisa, no atiende a que en la actividad administrativa hay contratos y convenios interadministrativos, de distinta naturaleza y propósito. Y esto llevará a debates que pueden ir en detrimento de una y otra figura, como ya se han presentado, por la estipulación de multas y cláusulas penales en el convenio interadministrativo (Suárez Beltrán, 2014)¹⁶⁰.

¹⁵⁹ A pesar de ello, sí llama la atención que Chávez no le vea ningún reparo a la aplicación de las cláusulas excepcionales al acuerdo del 355 de la C.P., que en su criterio es un convenio. Si se considera el criterio clásico sobre la coincidencia de intereses de las partes y el ánimo de apoyo y colaboración que estos persiguen pareciera que tales medidas unilaterales, excepcionales, y aún sancionatorias, no son del todo coherentes con ese espíritu. Cosa diferente ocurre en presencia de un contrato en el que la causa de la obligación de una de las partes se fundamenta en el cumplimiento esperado de la otra parte y, por ello, se acude a este tipo de medidas unilaterales que le permiten garantizar al Estado el cumplimiento de sus fines de interés público.

¹⁶⁰ Suárez critica la sentencia a que ya se ha hecho referencia (Sentencia No. 2001-01219 del 23 de septiembre del 2009. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar), en la que el Consejo de Estado declarara la nulidad de una multa impuesta

En todo caso, se debe tener en cuenta que la posibilidad de incluir estas cláusulas en los contratos del artículo 355 de la C.P. y, por la unificación del régimen, en los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 es potestativa y, finalmente, será la entidad que celebre el contrato respectivo la que determine si las incluye o no y, en caso de hacerlo, deberá sujetarse en todo a lo que al respecto determine el EGCAP. Resulta más razonable, sin embargo, que tales cláusulas excepcionales se incluyan en el contrato del 355 de la C.P. y no cuando se trate del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, por las diversas razones que aquí se han dado frente a su verdadera naturaleza (a pesar de la interpretación de la Corte Constitucional, que ha sido objeto de estudio en este documento).

3.2.1.1.2 Terminación del contrato por violación de las prohibiciones establecidas en el decreto 777 de 1992

El artículo 16 del decreto 777 de 1992 establece que “la violación de las prohibiciones previstas en el presente Decreto dará lugar a la aplicación de lo dispuesto por el artículo 13 del Decreto Ley 222 de 1983”. Y el artículo 13 del Decreto Ley 222 de 1983 establecía que, en caso de contravención a sus normas, el representante legal de la entidad estaba obligado a dar por

dentro de un “convenio de prestación de servicios”, celebrado entre una empresa industrial y comercial del Estado y una sociedad de economía mixta, y dice que el Estado está facultado para imponer multas en contratos, sin importar que estos sean interadministrativos, pero no en “convenios interadministrativos” de colaboración, que tienen por objeto aunar esfuerzos para el cumplimiento de fines legales. En tal sentido, concluye que la tesis del Consejo de Estado sería razonable si se estuviera en presencia de un convenio interadministrativo, pero no de un contrato (Suárez, 2014, pp. 313-314). La crítica de Suárez es válida, pero se debe decir que el Consejo de Estado mencionó como razón principal para declarar nulo por vicio de incompetencia el acto que impuso la multa el hecho de que este “convenio interadministrativo de prestación de servicios” estuvo gobernado por el derecho privado y, de acuerdo con la sentencia, en este régimen el Estado no puede imponer multas, cuestión que no es del todo cierta, ya que en el derecho privado sí es posible imponer multas, pero, claro está, se debe hacer de acuerdo con los modos del derecho privado y prescindiendo de la expedición del acto administrativo que, como se ha visto, es lo que les da a tales facultades el tono de “excepcionalidad”, porque les imprime las características del acto administrativo que definitivamente no pueden estar presentes en un acuerdo regido por el derecho privado (Cárdenas, 2014, p. 377).

terminado el contrato y a proceder a su liquidación en el estado en que se encuentre, sin que haya lugar a reconocimiento o pago de indemnización alguna.

Además de esta causal de terminación del contrato por violación de las prohibiciones establecidas en el decreto 777 de 1992, contemplada en el artículo 16, el artículo 15 establece una causal de terminación unilateral con exigencia de pago de perjuicios cuando el contratista incumpla sus obligaciones. Esta norma no se remite al derogado Decreto Ley 222 de 1983, pero en vista de que consagra el ejercicio de una facultad unilateral, que también puede dar lugar a la terminación del contrato, es necesario analizarla en conjunto con la prevista en el artículo 16.

Para precisar el alcance normativo del artículo 16, es necesario decir que las únicas prohibiciones que se pueden encontrar en el decreto 777 de 1992 son las que están previstas en el artículo 9, que establecen el régimen de incompatibilidades para celebrar los contratos del 355 de la C.P.¹⁶¹ y, en total acuerdo con lo que dice Chávez (2015, p. 393), se estima que, como la consecuencia de la terminación del contrato por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades está prevista en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993¹⁶², deberá seguirse aplicando, de acuerdo con lo que prevea esta norma.

¹⁶¹ En ese artículo se enlistan las causales de incompatibilidad y el párrafo usa expresamente la palabra “prohibición” cuando establece una excepción a la aplicación de las causales de incompatibilidad 1 y 3.

¹⁶² El segundo inciso del artículo 45 de la Ley 80 de 1993 consagra: “En los casos previstos en los numerales 1o., 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”. El numeral 1 del artículo 44 establece que como una de las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales cuando “se celebren con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley”.

En cuanto a la terminación unilateral prevista en el artículo 15 del decreto 777 de 1992, Chávez le da carácter de cláusula excepcional en cuanto que afirma que dicha facultad de terminación “la norma el decreto 777, atribución que además no requiere preverse en el contrato, pues proviene directamente de la ley, aunque sea conveniente establecerla en el contrato respectivo” (Chávez, 2015, p. 392)¹⁶³. No se comparte este criterio por lo siguiente: si bien es cierto el decreto 777 de 1992 es una norma autónoma que determina un régimen especial no atado al EGAP, no se puede desligar del cambio que introdujo la Ley 80 de 1993, en cuanto la filosofía de los poderes del Estado en la contratación. Benavides (2010) lo expresa bien cuando destaca la importancia del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, que determinó que los contratos estatales se regirían por normas de derecho privado, salvo en las materias reguladas por la ley. Y esta ley solo prevé unas determinadas cláusulas excepcionales que operan por ley en cierto tipo de contratos, entre los cuales no se encuentra el contrato del artículo 355 de la C.P.

De tal suerte que la facultad de terminación unilateral del artículo 15 del decreto 777 de 1992 solo podrá tener vida jurídica si se pacta en el contrato con base en la autonomía de la voluntad.

3.2.2 Contraprestación directa a favor de la entidad estatal -exclusión del régimen de contratación del artículo 355 de la C.P.

¹⁶³ Chávez también dice que esta terminación unilateral del artículo 15 del decreto 777 de 1992 puede convivir sin problemas con la caducidad que se puede pactar en los contratos del artículo 355 de la C.P., solo que el incumplimiento de la caducidad es, en sus palabras, “*calificado*”, mientras que el incumplimiento que pueda motivar la terminación del artículo 15 queda sujeto “al criterio y consideración de la entidad contratante, que debe ponderarlo frente a la necesidad de tomar una medida sancionatoria” (Chávez, 2015, pp. 392 y 393).

El literal 1 del artículo 2 del decreto 777 de 1992 excluye de su régimen especial los casos en que el contrato que se celebre implique una contraprestación directa a favor de la entidad pública y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes¹⁶⁴. Entender de manera precisa esta exclusión es uno de los temas más difíciles que plantea la unificación del régimen jurídico que hizo el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no tanto por el contrato del artículo 355 de la C.P., sino por el convenio del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, ya que resulta muy complicado comprender que el desarrollo de actividades en relación con los cometidos y funciones propias del Estado, así sean ejecutadas en conjunto con un particular en el marco de un convenio, no generen una contraprestación directa a favor del Estado. El problema radica en qué se debe entender por “contraprestación directa”. Y ahí las opiniones pueden estar a la orden del día.

Desde un punto de vista amplio, es poco menos que imposible, ya que la razón de ser del Estado está justificada en el interés público y, por ello, si, por ejemplo, la entidad tiene la función de atender a población vulnerable, todos los bienes y servicios que los beneficiarios reciban para mejorar sus condiciones de vida, a través de un convenio de asociación con un particular, serán también retribución para el Estado que, por una parte, ha recibido apoyo para cumplir su función y, por otra parte, satisface el interés público.

Cárdenas Mejía, a la pregunta de lo que se debe entender por una contraprestación directa, contestó que esta ocurre cuando la “entidad recibe un bien o se ve liberada de una obligación. Así, por

¹⁶⁴ En el artículo 2, numeral 1, del decreto reglamentario 777 de 1992, se dispone que están excluidos del ámbito de aplicación del mismo los contratos que impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública y que por tanto pueden celebrarse con personas jurídicas con ánimo de lucro de acuerdo con las normas de contratación vigente.

ejemplo, cuando compra un bien, o cuando la entidad pública debe hacer un examen a una determinada persona y contrata a un particular para que lo haga” (2005, p. 295)¹⁶⁵. Con base en esta definición, y considerando que las actividades que se impulsan mediante el contrato del inciso 2 del artículo 355 de la C.P. son las de los particulares, resulta bien entendible la exclusión del régimen, pues no se cumpliría la función del Estado si los recursos que se entregan para impulsar la actividad privada de la ESAL, que es coherente con el interés público, terminan revirtiéndose en bienes o servicios que directamente reciba el Estado. En el caso de los convenios del artículo 96, el objeto de ellos debe estar referido a las actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna la ley a las entidades públicas. De ahí, que se pueda concluir seriamente que estos convenios de asociación estarían excluidos del régimen del artículo 355 de la C.P., ya que es imposible pensar en que el objeto de un convenio para apoyar a una entidad pública a cumplir sus fines o funciones no impliquen una “contraprestación directa”. A este respecto, conviene mencionar que el Consejo de Estado en la aclaración de voto al concepto 1626 del 24 de febrero de 2005, advirtió la contradicción que existe entre la naturaleza del convenio de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1993 y el decreto 777 de 1992¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Este es uno de los pocos doctrinantes que se han lanzado a dar una propuesta de definición sobre lo que se debe entender por “contraprestación directa” y lo hizo en referencia al artículo 355 de la C.P., en el que este concepto no presenta problema, porque la actividad fomentada es la del privado que la ejecuta de manera autónoma y se puede distinguir fácilmente de las actividades que ejecuta la entidad pública.

¹⁶⁶ En la aclaración de voto al concepto 1626 de 2005 se dijo lo siguiente “La circunstancia de remitir al artículo 355 de la Constitución, no significa que se debe aplicar inexorablemente el decreto reglamentario especial 777 de 1992, pues en este caso, es evidente que el convenio de asociación celebrado entre una persona jurídica y una entidad pública, para el desarrollo conjunto de programas y actividades de ésta, con estipulación de aportes a cargo de cada una y obligaciones recíprocas, se sale del esquema del mencionado decreto”... “En síntesis, mi observación va dirigida a que cuando el Concepto toca el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, traslada directamente los criterios establecidos por el decreto 777 de 1992 a la hipótesis del convenio de asociación prevista en dicho artículo, lo cual a mi juicio, no es procedente, debido a que éste contempla una clase de convenio que no se compagina con los aludidos criterios, ya que se trata de un contrato oneroso y destinado esencialmente a desarrollar programas y actividades de la entidad pública”. La confusión que ha existido sobre los contratos del artículo 355 de la C.P. y el artículo 96 de la Ley 489 de 1993, se revela en esta aclaración de voto, que, aunque advierte la inconsistencia en aplicarle a los convenios de asociación el decreto 777 de 1992 (Ya que quedaría cobijado por una causal de exclusión de este régimen) por otra parte, recoge la interpretación de la Corte Constitucional contenida en la sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999 y les da a estos convenios el carácter oneroso propio de los contratos y, en contraste con esto, califica al contrato del artículo 355 de la C.P. de tener un carácter eminentemente gratuito, cuestión que como se ha dicho, no se comparte.

Cuando se habla de “contraprestación directa” se entiende que se hace por oposición a una “contraprestación indirecta” que la ley da por hecho que existe porque el Estado, interesado en la actividad de interés público que fomenta, va a ver cumplidos sus objetivos representados en un beneficio social directamente reconocido en los planes institucionales. En todo caso, debe haber una persona que reciba la “contraprestación directa” en nombre del Estado. Esa persona será el beneficiario de la subvención. Si el objeto del acuerdo es apoyar al Estado en el cumplimiento de las actividades propias de él, resulta imposible no asumir que recibirá un beneficio o contraprestación directa.

4 CONCLUSIONES

Los contratos del artículo 355 de la C.P. son un vehículo para concretar la actividad subvencional del Estado, entendida esta como una actividad imprescindible de un Estado Social de Derecho, mediante la cual se apoya, impulsa o fomenta una actividad de interés público desarrollada por particulares. La consagración constitucional de esta norma, un poco accidentada y confusa, prácticamente anclada en el marco de una severa prohibición para el otorgamiento de auxilios o donaciones, le ha hecho perder su verdadera naturaleza, propósito e importancia.

Estos contratos han tenido poquísima regulación y ninguna actualización a los cambios que impuso la Constitución de 1991. Su régimen especial de excepción al EGCAP, lejos de proporcionarle dinamismo y eficiencia en su gestión, se ha convertido en su peor enemigo, porque de eso se han valido muchos intereses oscuros que han desviado su original sentido. No ven en esta norma una inmensa oportunidad de presencia estatal en actividades propiciadas por entidades privadas que han renunciado a lucrarse y trabajan por el bien de la comunidad, sino que la usan como un mecanismo de burlar el EGCAP.

Los convenios con particulares previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 son otra herramienta importante e indispensable para que el Estado amplíe su gestión mediante la participación de entidades privadas en actividades relacionadas con sus fines y funciones, actividades que también le permiten a los particulares cumplir con la función social que les asigna la Constitución. Esta norma busca redefinir el rol del Estado y le brinda, en este convenio, una herramienta para que articule su gestión con los particulares, que deben considerarse como aliados en el contexto democrático y participativo.

La regulación de estos convenios, también escasa, quedó sujeta por disposición del legislador a la reglamentación prevista para la actividad subvencional establecida en el artículo 355 de la C.P. A partir de eso, y de la interpretación de la Corte Constitucional en la sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999, esta figura prácticamente se ha desvanecido y ha terminado convertida en un contrato casi idéntico al establecido en el artículo 355 de la C.P.

Las interpretaciones jurídicas sobre estos contratos y convenios, unidas a todas las divergencias, en su mayoría propiciadas por la oscuridad de las normas y la imposibilidad de encontrar luz en la jurisprudencia, ha llevado a muchos equívocos, que impiden a los contratos del artículo 355 de la C.P. y a los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 cumplir con los fines constitucionales que los inspiraron.

El único modo de rescatar las actividades que desarrolla el Estado en virtud de las dos normas que se estudiaron es diferenciándolas e identificando en cada una de ellas los rasgos que les dan su carácter. Esto permitirá que cada una cumpla, como debe ser, los objetivos para los cuales fue creada.

Esta diferenciación quedó planteada en este trabajo desde dos puntos de vista: (i) El sustancial, es decir, identificando claramente el ámbito de las actividades que le corresponde desarrollar a cada una, el modo en que éstas deben ejecutarse y los sujetos que participan en ella y (ii) el instrumental, esto es, el vehículo para concretar cada una de estas actividades: el contrato, en el caso del 355 de la C.P., y el convenio, en el del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

El análisis del artículo 355 de la C.P. y del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 permitió afrontar la discusión sobre las diferencias entre contrato y convenio, que a juicio de esta disertación debe apartarse de los criterios clásicos contruidos sobre la base de la coincidencia de intereses (en los convenios) y la oposición de los intereses (en los contratos), intereses que, además, se radican en los sujetos del acuerdo de voluntades. Tal como se demostró en este trabajo, este criterio subjetivo de distinción entre contrato y convenio en las normas estudiadas ha profundizado la confusión de las dos actividades que ellas regulan.

Por eso, es indispensable que la distinción entre contrato y convenio se fundamente en criterios objetivos y concretos, que vayan mucho más allá de la naturaleza de las partes y que privilegien el objeto del acuerdo de voluntades y las actividades que se van a desarrollar, en un ámbito de colaboración mutua, que tenga como único norte el cumplimiento de los fines de interés público.

Tal como ha quedado expuesto en este trabajo, urge que el Gobierno expida una reglamentación actual sobre el tema, partiendo de reconocer que la actividad concertada del Estado toma cada día más impulso e infinitud de formas, que no pueden seguirse tratando con los mismos criterios del clásico contrato en que el Estado es cliente en la contratación de bienes y servicios. Tal reglamentación no deberá tener como fin apaliar una crisis particular por el abuso del régimen jurídico especial que tienen esta normas, sino que deberá realizarse a ciencia y conciencia de que se trata de la actuación del Estado mediante dos mecanismos jurídicos distintos que, de desarrollarse en su plenitud, serían herramientas muy poderosas de gestión del Estado en su cara más social, más cercana a la ciudadanía y, en consecuencia, la que más pueden legitimarlo.

5 BIBLIOGRAFÍA

Alessandri Rodríguez, A. (2011). *De los contratos*. Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Baena del Alcázar, M. (1967). “Sobre el Concepto de Fomento”. *Revista de Administración Pública* (054). Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España.

Bailey, S. (1967). *El interés público: Algunos dilemas funcionales que plantea*. México D.F.

Banco Mundial. (2006). Informe del Banco Mundial sobre Responsabilidad Social Empresarial. Recuperado el 11 de noviembre de http://siteresources.worldbank.org/CGCSRLP/Resources/Que_es_RSE.pdf

Benavides, J.L. (2010). *El contrato estatal: entre el derecho público y el derecho privado* (2ª ed.). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

Benítez Caors, J.J. (2013). *Solidariad contractual: noción posmoderna del contrato*. Madrid, España: Editorial Reus.

Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia

Bonivento Fernández, J.A. (2012). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales* (18° ed.). Bogota, Cundinamarca, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.

Bueno Armijo, A. (2013). *El concepto de subvención en el ordenamiento jurídico español*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Caballero, L. (2014). “La aplicación del régimen público en corporaciones y fundaciones del participación mixta: ¿Hacia una desnaturalización y un desincentivo de la figura?”. En *Sociedad, Estado y derecho - Homenaje a Alvaro Tafúr Galvis* (1ª ed., Vol. III, pp. 449-474). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Universidad del Rosario.

Cárdenas Mejía, J.P. (1995). “Régimen especial de ciertos contratos”. En AA.VV., *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa* (2a Edición ed., p. 294). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Ediciones Rosaristas.

Cárdenas Mejía, J.P. (2014). “La huida por la administración del Derecho Privado”. En A. Aljure Saleme, R. Oñate Araújo & W. Zambrano Cetina, *Sociedad, Estado y derecho. Homenaje a Álvaro Tafúr Galvis* (Vol. III, pp. 335-408). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.

Cassagne, J.C. (1975). “Los contratos de la administración pública”. *Revista de Administración Pública* (078), 415. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España.

Cassagne, J.C. (2008). *Derecho Administrativo* (8ª ed., Vol. I). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, Lexis Nexis Argentina S.A.

Cediel de Peña, M.C. (2010). “Convenios interadministrativos y de cooperación”. En F. De Vivero Arciniegas, *Reforma al régimen de contratación estatal* (pp. 292-293). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Ediciones Uniandes.

Chávez Marín, A.R. (2015). *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual* (3ª edición ed.). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.

Dromi, R. (2003). *Sistemas y valores administrativos* (1ª edición ed.). Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.

Expósito Vélez, J. (2003). *La configuración del contrato de la administración pública en el derecho colombiano y español*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia

Fernández Farreres, G. (1983). *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

Fernández Farreres, G. (1996). “La actividad de fomento en el reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales de Cataluña”. *Revista de Administración Pública* (139), 318. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España.

Fonseca, O.J. (2012). *Los convenios de asociación - una mirada desde el Estatuto Contractual y el Distrito Capital*. Tesis de maestría no publicada. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia. Recuperado el 1 de octubre de 2015, de <http://www.bdigital.unal.edu.co/6963/1/06700961.2012.pdf>

Galvis, Á.T. (1997). *Estudios de derecho público*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.

García de Enterría, E., & Fernández, T.R. (2004). *Curso de Derecho Administrativo I* (Duodécima ed., Vol. I). Madrid, España: Civitas Ediciones S.L.

García, W. (2012). “La subvención administrativa: concepto y régimen jurídico”. *Revista de Derecho- Escuela de Postgrado* (2), 61-92.

Herrera Barbosa, B. (2004). *Contratos públicos*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.

Herrera Robles, A. (2012). *Aspectos generales del derecho administrativo colombiano* (3ª ed.). Barranquilla, Colombia: Universidad del Norte.

Ibagón, M.L. (2014). *El principio de Estado de derecho y los contratos estatales: La forma escrita de los contratos en Colombia y Alemania*. (pp. 58,60,62). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

Jaramillo Zapata, J.J. (2012). *El régimen especial de contratación del artículo 355 de la Constitución Política*. Tesis de Maestría en Derecho Administrativo no publicada. Universidad Externado de Colombia, 2012. Consulta realizada en la Biblioteca de Universidad el 23 de enero de 2016.

Jojoa Bolaños, A. (2014). *Los regímenes exceptuados en los contratos estatales*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.

Jordana de Pozas, L. (1949). “Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo”. *Revista de Estudios Políticos* (48), 46.

Jaramillo Diaz, J.C. (2014). *Entidades sin ánimo de lucro* (6ª edición ed.). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Legis.

Juppet Ewing, M.F. (2009). “Una aproximación al tercer sector o sector no lucrativo”. *Revista De Jure* (III-3). Universidad de Colima. Mexico. Tomado de VLex el 18 de octubre de 2015: http://app.vlex.com.bdatos.usantotomas.edu.co:2048/?#WW/search/content_type:4/tercer+sector/WW/vid/311335029.

Larroumet, C. (1999). *Teoría general del contrato* (Vol. I). (J. Guerrero R., Trad.) Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

López Medina, D.E. (2002). *Interpretación Constitucional*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

López Medina, D.E. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Legi-Universidad de los Andes.

Marín Hernández, H.A. (2007). *Discrecionalidad administrativa*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

Martín - Retortillo Baquer, S. (1988). *Derecho Administrativo Económico*. Madrid, España.

Matallana, E. (2013). *Manual de contratación de la administración pública* (3º ed.). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Meilán Gil, J.L. (2011). *Categorías Jurídicas en el Derecho Administrativo* (1ª ed.). Madrid, España: Iustel.

Medina Rojas, C. (2014). *El régimen especial de contratación contenido en el artículo 355 Constitucional*. Tesis de Maestría en Derecho Público no publicada, Universidad Externado de Colombia, 2014. Consulta realizada en la Biblioteca de Universidad el 30 de enero de 2016.

Morena y de la Morena, L. (1983). “Derecho administrativo e interés público: correlaciones básicas”. *Revista de Administración Pública* (100-102), 849, 865. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España.

Morena y de la Morena, L. (1978). “Los fines de interés público como causa y como límite de la competencia y como medio y medida del control jurídico”. *Revista de Administración Pública* (85), 160. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España.

Origoza Godoy, C. (2012). *Los contratos estatales celebrados con entidades privadas sin ánimo de lucro y los convenios de asociación, instrumentos eficaces de la gestión al servicio de la administración pública*. Tesis de maestría no publicada. Universidad Externado de Colombia, 2012. Consulta realizada en la Biblioteca de Universidad el 23 de enero de 2016.

Palacio Jaramillo, M.T. (2004). “Cláusulas Excepcionales”. En *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*. Recuperado el 10 de noviembre de 2015 de la base de datos de la Universidad de los Andes: https://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?option=com_revista&view=inicio&idr=20%3ARevista_17&lang=es

Parejo Alfonso, L. (2007). “El concepto de interés general: contenido, significado y alcance”. En H.A. Marín Hernández, *Discrecionalidad administrativa* (p. 33). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

Pascual García, J. (2012). *Convenios de colaboración entre las administraciones públicas y convenios con administrados*. Madrid, España: Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Perdomo, C.E. (2014). *Los convenios de la administración y los contratos estatales: Conceptos diferentes con regímenes jurídicos distintos*. Tesis de maestría no publicada. Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Recuperado el 30 de octubre de 2015, de <http://occp.co/sites/all/files/Los%20convenios%20de%20la%20administraci%C3%B3n%20y%20los%20contratos%20estatales%20%20conceptos%20diferentes%20con%20reg%C3%ADmenes%20jur%C3%ADdicos%20distintos%20.pdf>

Peña Nossa, L. (2012). *Contratos mercantiles nacionales e internacionales* (4ª ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

Quinche Ramírez, M.F. (2014). *El control de constitucionalidad* (2ª ed.). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

Roa, L.G. (1997). “Contratación de las entidades privadas sin ánimo de lucro”. En I.E. Sarmiento Torres & M. Sarmiento Torres, *Contratación de las entidades privadas sin ánimo de lucro*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Rocha Ochoa, C. (2010). *Manual de introducción al derecho*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.

Rodríguez G., C.A. (1994). “¿Qué es el interés público?”. En *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes* (5).

Santos Rodríguez, J.E. (2009). “Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos”. *Revista Digital de Derecho Administrativo* (1). Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Soriano, R. (2005). *Sociología del derecho*. Argentina: Editorial Ariel.

Suárez Beltrán, G. (2014). *Estudios de Derecho Contractual Público* (Primera Edición ed.). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Legis.

Santofimio Gamboa, J.O. (2002). *Tratado de derecho administrativo* (2ª ed., Vol. 1). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Tafur Galvis, Á. (2011). *Las personas jurídicas sin animo de lucro y el Estado*. Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Grupo Editotal Ibáñez.

Urrego Ortiz, F., & Quinché-Ramírez, M.F. (2008). “Los decretos en el sistema normativo Colombiano- Una política estatal de intervención normativa”. *Vniversitas* (116), 61-63.

Villar Palasí, J.L. (2014). “Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político”. *Revista de Administración Pública* (014), 63,70. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España.

Vidal Perdomo, J. (2008). *Derecho Administrativo* (13ª ed.). Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Legis Editores S.A.

Sentencias y conceptos

Corte Constitucional

Sentencia C-131 de 1993. 1 de abril de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-026 de 1993. 4 de febrero de 1993. Magistrado Ponente: Jaime Sanín Greiffenstein.

Sentencia C-372 de 1994. 25 de agosto de 1994. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-506 de 1994. 10 de noviembre de 1994. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-037 de 1996. 5 de febrero de 1996. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C- 254 de 1996. 6 de junio de 1996. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C- 183 de 1997. 10 de abril de 1997. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-671 de 1999. 9 de septiembre de 1999. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-866 de 1999. 3 de noviembre de 1999. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-1290 de 2001. 5 de diciembre de 2001. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia C- 543 de 2001. 23 de mayo de 2001. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia C-712 de 2002. 3 de septiembre de 2002. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia T- 249 de 2003. 21 de marzo de 2003. Magistrado Ponente: Eduardo Montealgre Lynett.

Sentencia C-324 de 2009. 13 de mayo de 2009. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

Sentencia C-058 de 2010. 3 de febrero de 2010. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

Sentencias Consejo de Estado

Sentencia No. 2073 del 26 de febrero de 1993. M.P: Yesid Rojas Serrano.

Sentencia proferida dentro del expediente AP-19001-23-31-000-2005-00993-01, el 15 de agosto de 2007 por la Sección Tercera del Consejo de Estado. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Sentencia No. 2001-01219 de 23 de septiembre de 2009. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar.

Sentencia proferida dentro del expediente 1998-00261, el de 23 de junio de 2010. Sección Tercera del Consejo de Estado. M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Sentencia proferida dentro del expediente 20001233100019990066701, el 9 de mayo de 2014, por la Sección Tercera del Consejo de Estado. M.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

Conceptos Consejo de Estado

Concepto No. 1510 del 2003, 24 de julio de 2003. M.P.: Susana Montes de Echeverry

Concepto No. 1626 del 2005. 24 de febrero de 2005. M.P.: Gloria Duque Hernández.

Concepto No. 1666 del 2005. 31 de agosto de 2005. M.P.: Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

Concepto No. 1710 del 2006. 23 de febrero de 2006. M.P.: Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

Concepto No. 1911 de 2008, 25 de septiembre de 2008. M.P.: Enrique Arboleda Perdomo.

Concepto No. 1957 de 2009, 3 de septiembre de 2009. M.P.: Enrique Arboleda Perdomo

Concepto No. 2146 del 2013. 12 de septiembre de 2013. M.P.: William Zambrano Cetina.