

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN
LA CELEBRACIÓN DE CONVENIOS DE ASOCIACIÓN**

Magda Marcela Chavarro Rodríguez¹

Resumen

El presente artículo tiene como objeto analizar el alcance de la aplicación de los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales en la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro prevista en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia y reglamentado actualmente por el Decreto 092 de 2017.

Como quiera que el artículo séptimo del Decreto 092 de 2017 dispone que la contratación con entidades sin ánimo de lucro está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables, esta disposición debe entenderse en un sentido amplio incluyendo la obligatoriedad de los principios con fundamento en los cuales se desarrolla la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, sumado a los propios de las actuaciones contractuales de las entidades estatales los previstos en la Ley 80 de 1993 y en el Estatuto Orgánico de Presupuesto.

Para abordar los convenios de asociación y poder concluir si en su celebración efectivamente se aplican los principios de la contratación, particularmente el principio de economía como aquel que exige que las actuaciones contractuales se

¹ El presente artículo es resultado de la investigación requisito para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás.
Abogada, egresada de la Universidad Santo Tomas de Tunja

realicen de manera oportuna, planeada y con ellas se satisfaga el interés general, se ha acudido la dogmática jurídica, realizando un análisis sistemático del régimen de contratación con entidades sin ánimo de lucro y acudiendo a fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales.

Palabras clave: Convenios de asociación, principios de la contratación estatal, economía, celeridad, agilidad, tramite.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the scope of the application of the principles of state contracting with private non-profit entities provided for in the second paragraph of article 355 of the Political Constitution of Colombia and currently regulated by Decree 092 of 2017.

Since the seventh article of Decree 092 of 2017 provides that contracting with non-profit entities is subject to the principles of state contracting and the applicable budgetary regulations, this provision must be understood in a broad sense, including the mandatory nature of the principles. based on which the administrative function provided for in Article 209 of the Political Constitution of Colombia is developed, added to those of the contractual actions of state entities, those provided for in Law 80 of 1993 and the Organic Budget Statute.

To address association agreements and be able to conclude whether the contracting principles are effectively applied in their conclusion, particularly the principle of economy as that which requires that contractual actions be carried out in a timely, planned manner and that the general interest is satisfied. , legal dogmatics have been used, carrying out a systematic analysis of the contracting regime with non-profit entities and resorting to normative, jurisprudential and doctrinal sources.

Keywords: Association agreements, principles of state contracting, economy, speed, agility, procedure

Introducción

Los convenios de Asociación, son acuerdos de voluntades celebrados por una entidad pública con una entidad privada sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, con el objeto de asociarse para el desarrollo de programas de interés público que guarden relación con los cometidos y funciones públicas que les asigna a aquellas la ley y que sean acordes con los planes de desarrollo nacional, departamental o local.

Este tipo de contratación tiene como característica especial que no pacta una remuneración directa ni una utilidad, pues la forma de financiar estos convenios es a través de aportes de los intervinientes.

Las entidades estatales colombianas tienen un régimen de contratación reglado, es decir, que para la planeación, celebración, ejecución y liquidación de los contratos se deben observar los principios, procedimientos y disposiciones legales, principalmente los establecidos en la Ley 80 de 1993 “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, sus modificaciones y reglamentación.

En el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública se dispone que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se adelantarán con observancia de los principios de transparencia, economía y responsabilidad y atendiendo los postulados que rigen la función administrativa. Y conforme a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 092 de 2017 estos principios deben aplicarse a la contratación con entidades sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad.

A pesar de la actual reglamentación, que consagró expresamente que en los

convenios de asociación, debía aplicarse los principios del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con el análisis realizado, puede concluirse que el principio de economía no está siendo atendido de manera cabal en la medida que las entidades estatales no realizan el proceso contractual con austeridad y eficiencia, optimizando los recursos financieros, ni están realizando una planeación completa e integral que permita satisfacer las necesidades de interés público y social de la manera más favorable y beneficiosa.

1. Los Convenios de Asociación

La figura de los convenios de asociación tiene fundamento en el artículo 355 de la Constitución Política, reglamentado inicialmente por los Decretos 777 y 1403 de 1992 y el Decreto 2459 de 1993, y en las previsiones del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Las entidades estatales cuentan con la posibilidad legal de celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro a través de convenios de asociación y de convenios de interés público, figuras que tienen similitudes y también diferencias en cuanto a su objeto, procedimiento y procedencia, las cuales se encuentran reglamentadas actualmente en el Decreto 092 de 2017.

La doctrina sobre el artículo 355 de la Constitución Política, afirma que el propósito de esta forma de vínculo contractual es permitir que ciertos actores de derecho privado que estén desarrollando actividades beneméritas en los campos científico, cultural y educativo, puedan recibir apoyo estatal y ser sometidos a mecanismos de verificación del destino de los recursos y las formas de ejecución relacionadas con la contratación pública (Lleras de la Fuente et al,1992, p.549).

Es posible entonces, la celebración de un contrato por parte de las entidades privadas sin ánimo de lucro con el Gobierno nacional, departamental, distrital o municipal. Además, deberán acreditar que se trata de entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad para realizar programas y actividades previstas dentro de

los cometidos de las entidades estatales en cualquiera que sea su orden. (Sentencia C-324, 2009)

Puede afirmarse que los convenios de asociación constituyen una forma atípica de contratación de origen constitucional que se debe regir por los principios de las actuaciones contractuales de las entidades estatales, tales como la transparencia, responsabilidad, economía, entre otros.

Esta forma de contratación, busca desarrollar modelos de cooperación entre particulares y el Estado, y dichos particulares deben corresponder a entidades sin ánimo de lucro, que deben de gozar de idoneidad y experiencia en el manejo de los objetos a contratar, que para el entendido de este tipo de contratación, obedece a programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional o los planes territoriales de desarrollo.

El Decreto 092 del 23 de enero de 2017, por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, en el artículo 5 establece elementos esenciales de los contratos de asociación: i) son celebrados por entidades estatales con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, ii) tienen por objeto el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones y fines de las entidades estatales contratantes, iii) pueden contratarse acudiendo a proceso competitivo o no, dependiendo del compromiso de recursos en dinero para la ejecución de las actividades.

Antes de esta reglamentación, la celebración de convenios de asociación contaba con un mayor margen de discrecionalidad por parte de las entidades estatales en la escogencia de la Entidad sin Ánimo de Lucro, la práctica reiterada y común de esta figura de carácter exceptivo, generó el abuso en su aplicación (Acosta & Guarnizo, 2020).

El ámbito de aplicación del Decreto 092 de 2017, obedece a la excepcionalidad del tipo de contratación a la que hace referencia el artículo 355 de la Constitución Política y no a la naturaleza jurídica del contratista. Si la entidad estatal adquiere o se abastece de un bien, producto o servicio en un contrato conmutativo en el cual el proveedor es una entidad sin ánimo de lucro, debe aplicar el régimen contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y no el del Decreto 092 de 2017.

1.1.Características del Convenio de Asociación

Dentro de las principales características del convenio de asociación se encuentran:

- 1) Existe un compromiso conjunto de las partes para lograr un objetivo común relacionado con las funciones y cometidos de las entidades estatales contratantes.
- 2) Los convenios de asociación pueden ser suscritos por entidades estatales del orden Nacional, departamental distrital o municipal.
- 3) La celebración de convenios de asociación está sujeta al régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución Política de Colombia, la Ley 80 de 1993, La Ley 1150 de 2007 y la Ley 1474 de 2011.
- 4) Debe existir un aporte real y efectivo de los participantes.
- 5) Los recursos los entregan y reciben las partes del convenio a título de aportes no constituyen remuneración o contraprestación por las obligaciones que contraen.
- 6) Tiene generalmente un carácter participativo. Vincula a los beneficiarios en la

formulación, ejecución, supervisión o control del proyecto. Así mismo, puede comprometer recursos tales como la fuerza de trabajo de la comunidad. (Barco, 2008)

7) Hay lugar a realizar proceso competitivo cuando existe más de una entidad privada sin ánimo de lucro que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo de las actividades en una proporción no inferior al treinta por ciento (30%) del valor del convenio.

8) Cuando hay lugar a la realización de proceso competitivo la entidad sin ánimo de lucro debe ser seleccionada por la entidad estatal de manera objetiva, atendiendo a criterios previamente definidos y justificados.

9) Le son aplicables de manera obligatoria los principios de la contratación estatal y las normas de presupuesto.

10) Le son aplicables las normas generales del Sistema de Contratación Pública salvo lo expresamente regulado en el Decreto 092 de 2017.

11) Las entidades privadas sin ánimo de lucro que celebren convenios de asociación deben estar registradas en el sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP, en la funcionalidad de SECOP II utilizando el módulo de Régimen Especial.

12) Las entidades estatales deben definir indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del riesgo para los contratos de asociación, indicadores que deben ser acreditados por las ESAL de reconocida idoneidad.

13) En los convenios de asociación pueden pactarse multas, cláusula penal y

declaratorias de incumplimiento, y seguirse para el efecto el procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Los convenios de asociación, deben celebrarse con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, (ii) no pueden implicar una relación conmutativa entre las partes, (iii) están sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, (iv) les aplican los principios de la contratación estatal y (v) están sujetos a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el Decreto 092 de 2017 (Borzaga & Santuari, 2003).

1.2. El Procedimiento para la Celebración de Convenios de Asociación

La contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política es un instrumento de política pública encaminado a que las entidades estatales adquieran y se provean de los elementos que ofrece el mercado privado para cumplir sus fines. Cuando la entidad estatal utiliza el sistema de compra pública está en una relación contractual conmutativa, pues recibe bienes, obras o servicios a cambio de sus recursos presupuestales (Colombia Compra Eficiente, 2017)

Ahora bien, los procesos de contratación de las entidades estatales para adquirir bienes o servicios o para ejecutar obras en las cuales hay obligaciones recíprocas de las partes, están regidos por la normativa del sistema de compra pública (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 1082 de 2015 principalmente) y, deben ser el resultado de una selección objetiva.

A diferencia de las reglas previstas para las modalidades de contratación incluidas en el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, el artículo 5° del Decreto 092 de 2017 no establece un procedimiento que busque la pluralidad de oferentes, o que tenga etapas definidas con términos perentorios y preclusivos, incluso se establece la

posibilidad de contratar directamente cuando una de las entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad que estén en capacidad de ejecutar el objeto, comprometa recursos para la ejecución de esas actividades en una proporción igual o mayor al 30% del valor total del convenio a celebrarse.

Sobre la naturaleza de dichos aportes se destaca que (I) deben ser en dinero (se pueden hacer aportes en especie, pero estos no se tienen en cuenta para el cálculo del porcentaje mínimo exigido en la norma)² y (II) los recursos aportados pueden ser propios de la entidad o provenientes de cooperación únicamente internacional. En el caso de que más de una entidad privada ofrezca su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30 % del valor total del convenio, la norma citada prevé que la entidad estatal deberá seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección. Para ello bien podrá iniciarse un procedimiento competitivo, o al menos comparar las ofertas presentadas, descartando cualquier valoración subjetiva o favoritismo, seleccionando y dejando constancia de los criterios utilizados para ello. Dentro de dicho procedimiento competitivo o de comparación nada obsta para que el aporte de recursos en especie pueda ser considerado como un criterio de ponderación o selección entre las ofertas presentadas (Gómez Velásquez & Díaz Díez, 2019).

Si bien el gobierno nacional al expedir el Decreto 092 de 2017 hizo un intento por armonizar los convenios de asociación al Estatuto General de la Contratación Pública y a los principios que lo rigen, fue tímido en la estructuración de un proceso de selección propio y autónomo para esta tipología contractual, y en determinar de manera específica unos criterios que garantizaran la selección objetiva de la ESAL más idónea y conveniente para el cumplimiento del objeto en beneficio social de la población más vulnerable; con un eficiente y eficaz gasto público en desarrollo de su actividad de fomento o impulso de las organizaciones no lucrativas, para el cabal

² El artículo 5 del Decreto 092 de 2017 no prohíbe la celebración de convenios en que la ESAL aporte menos del 30% o cuando aporte recursos en especie, sólo indica que en esos casos la Entidad estatal debe acudir al proceso competitivo para seleccionar a la entidad sin ánimo de lucro con la cual celebrará el respectivo convenio.

cumplimiento de su misión de servicio comunitario (Acosta,& Guarnizo, 2020).

Las reglamentaciones de los convenios de asociación que se han realizado por parte del gobierno nacional, se caracterizan por no fijar los criterios que deben atender las entidades estatales para la escogencia de las entidades sin ánimo de lucro tanto para cuando solo hay una ESAL comprometida al aporte de recursos ni cuando procede realizar proceso competitivo, estos vacíos normativos afectan la aplicación de los principios de la contratación estatal, particularmente el de economía en tanto que en las normas de selección debe incluirse los términos para la escogencia del contratista garantizando la selección objetiva de la propuesta más favorable.

1.3.Documentos del Proceso de contratación en los Convenios de Asociación

- 1) Los estudios y documentos elaborados en la etapa de planeación, esto implica: estudios previos, análisis del sector con todos sus componentes, inclusión de la necesidad en el Plan Anual de Adquisiciones, contar con el Certificado de disponibilidad Presupuestal, matriz de riesgos adecuadamente diligenciada. Es fundamental la elaboración completa y objetiva de los estudios y documentos previos, pues su contenido y oportunidad materializan o no las reglas del principio de economía que son parte del análisis de este artículo.
- 2) Los documentos en los cuales la entidad estatal establece los términos y condiciones para seleccionar el ente privado sin ánimo de lucro cuando hay lugar a competencia;
- 3) La explicación que contenga la correspondencia entre el cometido de la entidad estatal y el objeto y experiencia de las entidades privadas sin ánimo de lucro interesadas en el proceso de contratación;

- 4) Las ofertas presentadas por las entidades privadas sin ánimo de lucro cuando hay lugar a competencia;
- 5) Los informes de evaluación de las ofertas cuando hay lugar a competencia;
- 6) El contrato y sus modificaciones;
- 7) Los subcontratos que suscriba la entidad privada sin ánimo de lucro para ejecutar el objeto del contrato que desarrolla el programa o actividad prevista en el plan de desarrollo;
- 8) Los documentos que recojan información sobre la ejecución del programa o actividad del plan de desarrollo por parte de la entidad privada sin ánimo de lucro;
- 9) Cualquier otro documento expedido por la entidad estatal durante el proceso de contratación. (Colombia Compra Eficiente, 2017)

El proceso competitivo establecido en el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, no le es aplicable a los convenios de asociación por expresa disposición del artículo 5, sin embargo, las entidades estatales en su autonomía pueden establecer el mismo procedimiento para seleccionar las ESALES en convenios de asociación y en contratos de colaboración. En todo caso, el proceso competitivo que definan las entidades estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas, este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública (Colombia Compra Eficiente, 2017).

2.Los Principios aplicables a los Convenios de Asociación

A los convenios de asociación, les resultan aplicables tanto el régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, como los principios de la contratación estatal (Gómez Velásquez & Díaz Díez, 2019).

En la celebración de dichos convenios deberá darse aplicación estricta a los principios del artículo 209 de la Constitución Política Colombiana, aquellos previstos en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 y en sus artículos subsiguientes.

El artículo 23 de la Ley 80 de 1993, dispone que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollaran con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

En línea de lo anterior, el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, dispone los principios básicos de la función administrativa la cual debe estar al servicio de los intereses generales, principios que los principios que enuncia son los siguientes:

- **Igualdad.** Este principio, impone el deber al Estado de generar un mismo trato y protección a todas las personas, indistintamente de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (Ley 1437, 2011), (Sentencia C-314, 2004).

- **Moralidad.** Dentro los lineamientos constitucionales, este principio no se orienta solamente al fuero interno de los servidores públicos, pues abarca toda la gama del comportamiento de la sociedad en un momento determinado y espera de quienes manejan los recursos lo hagan con pulcritud y honestidad (Ley 1437, 2011),

(Sentencia C-046, 1994)

- **Eficacia.** Este principio en el escenario de la administración pública impide a las autoridades administrativas permanecer impasible frente a situaciones que afecten a los ciudadanos (Ley 1437, 2011), (Sentencia T-733, 2009).

- **Economía.** En este principio, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas (Ley 1437, 2011).

- **Celeridad.** Las autoridades promoverán los procedimientos, y estimularán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas (Ley 1437, 2011).

- **Imparcialidad.** Las autoridades deberán actuar teniendo como base que la finalidad de los procedimientos se direcciona en garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna (Ley 1437, 2011).

- **Publicidad.** Las autoridades deberán dar a conocer al público y a los interesados de forma permanente sus actos, contratos y resoluciones a través de los medios que sean necesarios para informar de manera oportuna (Ley 1437, 2011).

En esta misma línea, la Ley 80 de 1993 señala los principios de contratación estatal, sobre lo cual menciona en su artículo 23 que las actuaciones de los funcionarios se desarrollarán teniendo como base los principios de transparencia, economía y responsabilidad; en este sentido, el artículo 24 de la citada ley, sobre el principio de **transparencia** menciona que se debe tener en cuenta los siguientes parámetros:

- 1) La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de una de las modalidades previstas en la Ley.
- 2) En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten (Ley 80, 1993).
- 3) Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público (Ley 80, 1993).
- 4) Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios (Ley 80, 1993)
- 5) Se establecen las reglas para la confección de los pliegos de condiciones en los cuales se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el proceso de selección, se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, se definirán las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios objeto del contrato, se exigirán condiciones que puedan ser cumplidas por los oferentes, no se incluirán exenciones de responsabilidad por información y documentos que se suministren, se definirán reglas que no induzcan al error a los proponentes y contratistas y se definirá el plazo para la liquidación de los contratos.
- 6) En los avisos, acto administrativo de apertura y en los pliegos de condiciones se señalarán las reglas de adjudicación del contrato.
- 7) Los actos administrativos (salvo los de trámite), los informes de evaluación, el acto de adjudicación o el de declaratoria de desierto serán motivados.

8) Las autoridades no actuarán con abuso o desviación de poder y actuarán conforme su competencia, teniendo prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva.

9) Los avisos de cualquier clase asociados al proceso de contratación no podrán incluir referencia alguna a nombre o cargo de algún servidor público.

Se tiene entonces, que el principio de transparencia comprende aspectos como la objetividad, precisión, claridad en las reglas de escogencia, en los actos que se emitan y en las actuaciones que se surtan para poder hacer efectiva la supremacía del interés general y la libre concurrencia en condiciones de igualdad.

Por su parte, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispone sobre el principio de **economía** que se deben tener en cuenta aspectos como:

1) En las normas de selección se establecerán y cumplirán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios a fin de escoger la propuesta más favorable señalando términos preclusivos y perentorios.

2) Los trámites que correspondan, se realizarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán dilaciones.

3) Se agilizarán los procedimientos a que haya lugar a fin de garantizar la solución de las diferencias y controversias en la celebración y ejecución del Contrato.

4) Las entidades estatales darán apertura a los procesos de selección o suscribirán los respectivos contratos, según corresponda, siempre teniendo en cuenta el recurso presupuestal. Los análisis de conveniencia, las autorizaciones y aprobaciones necesarias, estudios, diseños, proyectos y pliegos de condiciones según corresponda.

5) En los procesos de contratación intervendrá el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras señaladas en las normas que correspondan sobre su organización y funcionamiento.

6) Las autoridades constituirán reservas y compromisos presupuestales necesarios tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios e incluirán una apropiación global destinada a cubrir costos de imprevistos.

7) Primará lo sustancial sobre las formas.

8) Operará el silencio administrativo positivo si la entidad no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses a las solicitudes que se presenten en la ejecución del contrato.

9) La declaratoria de desierta de los procesos de selección solamente procederá por causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará a través de acto administrativo suficientemente motivado.

10) Los fondos destinados a la cancelación de las obligaciones derivadas de contratos estatales podrán ser entregados en administración o fiducia o cualquier otra forma de manejo que permita la obtención de ventajas financieras.

El principio de economía busca garantizar que la actividad contractual no se improvise sino que obedezca a una adecuada planeación técnica, jurídica, financiera, económica, ambiental, y que una vez iniciados los procesos de contratación y hasta su culminación se desarrollen atendiendo a los términos estrictamente necesarios y dándole supremacía a lo sustancial.

Por su parte, el artículo 26 explica el principio de **responsabilidad**, respecto del cual se resaltan aspectos como: a) Los servidores públicos están obligados a hacer cumplir los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; b) Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones; c) Las entidades y servidores públicos responderán por apertura de licitaciones sin los debidos términos de referencia dentro la claridad y transparencia que deben los deben acompañar (Ley 80, 1993).

Es así, como el principio de responsabilidad impone una vigilancia estricta al desarrollo del proceso de selección para garantizar la selección objetiva, y un seguimiento a la ejecución e los contratos para garantizar el cumplimiento del objeto en condiciones de oportunidad y calidad.

3. El Principio de Economía

3.1. El principio de economía en materia contractual según la jurisprudencia y doctrina colombiana.

De conformidad con el literal 12 del Artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – **CPACA** (Ley 1437, 2011), en virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

Según orientación reiterada de la Corte Constitucional, el principio de economía se refiere al logro de un funcionamiento eficiente del Estado, dentro del cual los procedimientos administrativos y legales, junto con los procedimientos adecuados,

se convierten en instrumentos para la implementación de políticas públicas y decisiones administrativas, y no en obstáculos insuperables que impiden el funcionamiento, la realización de los derechos del estado y de los miembros. (Sentencia C-306, 2019, p.4)

La sección tercera del Consejo de Estado, ha recordado que son tres las consecuencias que surgen del principio de economía: (i) la superioridad del derecho sustantivo sobre la forma, (ii) el requisito de que en el proceso de selección sólo se deben tomar los pasos absolutamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la oferta más favorable, y (iii) la necesidad basada en la principio de buena fe y la obligación de exigir además de los estudios o disponibilidad los presupuestos correspondientes, analizando la idoneidad del objeto a adquirir y obteniendo los permisos y aprobaciones (Consejo de Estado. Sección tercera, 2017).

Es interesante observar que las reglas de planeación fueron incorporadas por el legislador como parte del principio de economía. La posición de estas normas dentro del sistema legal de contratación lleva aparejado el mensaje de que la planeación es un medio para lograr algunas de las aspiraciones propias de aquel principio: la eficacia, la calidad y la optimización en el uso de recursos económicos.

En la base del principio de economía, se confirma que las reglas de selección y en las especificaciones técnicas o autorizaciones para la selección de contratistas se siguen los procedimientos y pasos absolutamente necesarios que se establecen para asegurar la selección objetiva de la oferta más favorable (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2007).

El cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Constitución política de Colombia (Artículo 209) y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende

teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva, pues tiene la obligación de escoger la propuesta más favorable y la escogencia de esta también depende en últimas, como ya se vio, de la observancia del principio de planeación (Consejo de Estado - Sentencia , 2013).

Gómez y Díaz, en relación con el funcionamiento de la administración y el principio de economía, sostiene que es un principio ligado al derecho fundamental a un debido proceso. Más específicamente, con base en el contenido del artículo 29 de la Constitución, junto con otros elementos básicos de debido proceso, se pretende con su aplicación que las normas de procedimiento administrativo agilicen las decisiones y, en consecuencia, que las actuaciones administrativas se cumplan en el menor tiempo posible (Gómez & Díaz, 2019)

3.2. El Principio de Economía en los Convenios de Asociación Regidos por el Decreto 092 de 2017

En materia de contratación estatal el principio de economía está consagrado en el art. 25 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), dentro del cual se menciona que las reglas de selección y los pliegos para la selección de contratistas siguen los procedimientos y pasos absolutamente necesarios establecidos para la selección objetiva de la propuesta más favorable (Ley 80, 1993, art.25).

En contradicción a lo mencionado, el desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política y su reglamentación al no contar con unos criterios uniformes para la exigencia de requisitos, da a las entidades estatales unas posibilidades subjetivas para determinar y acreditar la idoneidad de la ESAL.

Por otra parte, los procesos de contratación regidos por el Decreto 092 de 2017 no deben incluir los criterios de calificación de las propuestas para estimular la industria nacional establecidos en la Ley 816 de 2003, tampoco son aplicables los acuerdos comerciales a los contratos de asociación.

El literal (c) del artículo 2 del Decreto 092 de 2017, establece como condición para contratar en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política que no exista oferta económica del sector privado con ánimo de utilidad, y utiliza la conjunción condicional “o que, si existe”, las actividades realizadas por la ESAL representen un mayor valor por dinero (incrementen la eficacia, eficiencia, economía y gestión del Riesgo) para obtener los resultados esperados por el respectivo plan de desarrollo. Esa norma señala que el instrumento de política pública autorizado por el artículo 355 de la Constitución Política puede ser utilizado cuando la entidad estatal identifique las ventajas comparativas de las ESAL para alcanzar el objetivo de sus políticas y se cumplan con los literales (a) y (b) de ese artículo (Ley 80, 1993, art.25)

El artículo quinto del decreto en mención, busca reconocer el esfuerzo de la ESAL para conseguir recursos propios o de cooperación para el desarrollo conjunto de actividades de las entidades estatales en el marco del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y eximirla de competencia cuando aporta 30% o más de los recursos requeridos. El Decreto 092 de 2017 establece que en los eventos en que exista más de una ESAL dispuesta a ofrecer recursos en dinero que correspondan por lo menos al 30% del valor del proyecto de cooperación, la entidad estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación.

En este sentido, la entidad estatal no está obligada a hacer un proceso competitivo, pero debe garantizar que hace una selección objetiva en términos de la obtención

de los objetivos del convenio de asociación. En los demás casos debe la entidad estatal hacer una selección y definir los criterios para el efecto, esta posibilidad no se enmarca en unas condiciones legales uniformes de exigencia, la entidad en la escogencia del proponente, puede considerar aspectos (requisitos o factores de ponderación) de manera subjetiva, ya que no existen parámetros que regulen dicha actuación.

Frente a lo reglamentado en el art. 25 del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales, y para que el principio de economía sea atendido en cuanto a esta regla para su materialización, debe contarse con el Certificado de disponibilidad presupuestal de manera previa a la celebración del convenio o del inicio del proceso competitivo según corresponda.

De manera previa a la celebración del contrato y por expreso mandato del numeral 7o. del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, debe analizarse la *conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello*, esto implica que debe agotarse la etapa de planeación con el mismo rigor para la celebración de un convenio de asociación como para la celebración de un contrato a través de alguna de las modalidades de selección establecidas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

La entidad estatal debe conocer el sector económico relativo a la función, programa o actividad que considera puede adelantarse a través de un convenio de asociación, esto implica conocer el sector relativo al objeto de la contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de análisis del riesgo, y realizando un estudio de la oferta, del mercado y análisis de la demanda.

Solamente con un análisis del sector realizado de manera adecuada y previa a

iniciar el proceso de contratación, le es dado a la entidad concluir si es procedente acudir a la celebración de un convenio de asociación o a otra posibilidad contractual legalmente establecida.

El principio de economía, tiene por finalidad asegurar que el contrato o convenio esté precedido de los estudios de orden técnico, financiero y jurídico requeridos para determinar su viabilidad económica y técnica y así poder establecer la conveniencia o no del objeto por contratar; si resulta o no necesario celebrar el respectivo negocio jurídico y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso; y de ser necesario, deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad, además de identificar qué modalidades contractuales pueden utilizarse y cuál de ellas resulta ser la más aconsejable; las características que deba reunir el bien o servicio objeto de licitación; así como los costos y recursos que su celebración y ejecución demanden (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, 2007).

Es interesante observar que las reglas de planeación fueron incorporadas por el legislador como parte del principio de economía. La posición de estas normas dentro del sistema legal de contratación lleva aparejado el mensaje de que la planeación es un medio para lograr algunas de las aspiraciones propias de aquel principio: la eficacia, la calidad y la optimización en el uso de recursos económicos.

Los procesos de contratación cuentan con etapas precontractual, contractual, y poscontractual. Se podría decir que estas tres etapas también se surten para la suscripción de convenios de asociación con unos efectos similares en la etapa contractual y poscontractual, pero, con una gran diferencia en la etapa precontractual (conformada por la planeación del proceso y la selección del contratista), para el caso objeto de estudio, apartándose nuevamente de lo reglado por el principio de economía, al no contarse con un desarrollo de procedimiento

selección ni con unos estudios y análisis previos completos y objetivos.

La planeación de los contratos como manifestación del principio de economía implica realizar el análisis del sector con sus condiciones generales, estudio de la oferta y estudio de la demanda lo cual se puede realizar a través de las herramientas del modelo de abastecimiento estratégico, consultando a posibles proveedores, revisando comportamiento histórico de compras por parte de la entidad y consultando precios del mercado y los factores que intervienen en su estructuración. Sin embargo, en los convenios de asociación las cifras con las que se estima el presupuesto oficial por parte de las entidades estatales son, en su mayoría, el resultado de la proyección económica realizada por la entidad sin ánimo de lucro sin que se realice idóneamente un análisis del sector que permita optimizar los recursos a todos los niveles.

Se entiende que en la etapa precontractual en los convenios de asociación no se determina la existencia de prepliegos y pliegos definitivos referentes a un marco contractual, pues la elaboración de los estudios previos con la debida antelación se constituye en un deber funcional, por ello su incumplimiento conduce indefectiblemente al desconocimiento del principio de economía.

Con el objeto de suscribir los convenios de asociación, la entidad estatal debe conocer sus necesidades tanto institucionales como sociales a suplir, para ello, está en la obligación de establecer la necesidad de la contratación, optimizar la etapa de planeación, realizar unos estudios previos coherentes, efectuar el análisis de mercado ajustado a la realidad de lo que se requiere, entre otras etapas; para lo cual está en la obligación de realizar un juicioso estudio de todas las actividades a desarrollarse dentro de las diversas fases del contrato con el objeto de lograr el cometido contractual planteado inicialmente (Colombia Compra Eficiente, 2017).

Actualmente el manejo de los convenios en las entidades estatales reviste una gran importancia, ya que a través de estos se consolidan alianzas con particulares que les permiten a aquellas cumplir sus funciones y alcanzar los fines para los cuales fueron creadas, es por esto que se considera que la celebración de los convenios de asociación debe estar sujeta a competencia, incluso incorporando la causal de contratación con entidades sin ánimo dentro de una de las modalidades de selección legalmente previstas para las entidades estatales sometidas al régimen de Ley 80 de 1993.

Esta sería una solución para contar con una verdadera herramienta que garantice la selección objetiva, y la participación en condiciones de igualdad y pluralidad entre los gestores públicos particulares, lo que permitiría no solo el cumplimiento de la actividad de impulso y fomento del Estado a las entidades solidarias, sino que también garantizaría la eficiencia del gasto público y la redistribución equitativa (Acosta & Guarnizo, 2020).

La actual reglamentación para los convenios de asociación introduce algunas prácticas para dar transparencia y objetividad a la selección, como se evidencia en el artículo 4 del Decreto 092 de 2017. Sin embargo, la exigencia de aplicación de los principios tiene aplicación precaria en la práctica.

Las disposiciones previas a la celebración de los convenios de asociación se han caracterizado por no fijar reglas que permitan la escogencia en garantía de los principios de la contratación estatal, especialmente el principio de transparencia y economía, pues no incluyen unos criterios objetivos que garanticen la escogencia de entidades sin ánimo de lucro que no sólo cuenten con reconocida idoneidad sino que demuestren que tienen la capacidad jurídica, técnica, financiera y operativa para ejecutar adecuada y oportunamente el contrato. Ahora bien, se establece la posibilidad en el Decreto 092 de 2017 de llevar a cabo un proceso competitivo pero no se establece aquellos procedimientos y etapas estrictamente necesarios para

asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable, en cumplimiento del principio de economía.

Lo anterior, evidencia que hay una inobservancia material de lo reglado en el artículo 7 del decreto 092 de 2017, en cuanto a que *“la contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables.”* (Decreto 092, 2017).

Conclusiones

- El Convenio de asociación es una tipología de origen constitucional.
- Por expresa disposición del Decreto 092 de 2017 Artículo 7, para la celebración de los convenios de asociación debe aplicarse los principios de la contratación estatal.
- El principio de economía busca la eficiencia y celeridad en todas las actuaciones de la entidad y del contratista, lo que se concreta en la agilización de los trámites, implica la definición previa de las reglas para seleccionar el contratista y agotar una planeación adecuada.
- El Decreto 092 de 2017 no desarrolló criterios objetivos que deban ser considerados por las entidades estatales para verificar la idoneidad y capacidad de la ESAL que contribuya a cumplir de manera más favorable y costo eficiente los cometidos y funciones asignadas en la Ley.
- Los convenios de asociación deben estar sujetos a competencia, salvo en aquellos casos en que una entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio, sin embargo,

legalmente no están establecidos los requisitos ni factores de evaluación para realizar esta competencia lo cual permite la inclusión de elementos subjetivos por parte de las entidades estatales.

- Las entidades estatales no realizan estudios del sector con la rigurosidad exigida en la Ley cuando se trata de convenios de asociación y no recurren a un análisis puntual de las condiciones del mercado, la oferta y la demanda lo cual constituye una inobservancia del principio de economía.
- Es necesario que se reglamente unos criterios mínimos de procedimiento previo a la celebración de convenios de asociación lo cual implica la expedición de un dispositivo normativo vinculante y realizar ajustes al módulo de “régimen especial” del SECOP.

Bibliografía

- Acosta,N., & Guarnizo,M. (2020). Los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro y su inclusión como modalidad en el estatuto general de la contratación estatal. *Revista IUSTA*, (52).
<https://doi.org/10.15332/25005286.5486>.
- Barco, C. (2008). *La Cooperación Internacional y su Régimen Jurídico en Colombia*.
https://www.apccolombia.gov.co/sites/default/files/archivos_usuario/publicaciones/lacooperacioninternacionalysuregimenjuridicoencolombia.pdf.
- Borzaga, C., y Santuari, A. (2003). *Nuevas tendencias en el sector sin fines de lucro en Europa: el surgimiento de la iniciativa empresarial social*. OCDE.
- Colombia Compra Eficiente . (2022). *¿Cómo contratar en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política y del Decreto 092?*
<https://www.colombiacompra.gov.co/content/como-contratar-en-desarrollo-del-articulo-355-de-la-constitucion-politica-y-del-decreto-092>.
- Colombia Compra Eficiente. (2017). *Guía para la contratación con entidades*

- privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad* .
https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/ce_guia_esal.pdf.
- Consejo de Estado - Sentencia . (2013). *Radicado 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315) y ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (2007). *Ponente Ramiro Saavedra Becerra. Rad. 25000-23-26-000-1995-00787-01(16209)*. Bogotá.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2007). *Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 3 de diciembre de 2007. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 31447*. Bogotá.
- Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (2022). *Auto de 15 de marzo de 2022. Exp. 62.003. CP: Rocío Araújo Oñate*. Bogotá.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. (2017). *C.P. Pazos Guerrero. Rad. 25000-23-26-000-1999-00744-01(25740)*. Bogotá.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Bogotá: Centro de Documentación Judicial– CENDOJ.
- Decreto 092. (2017). *Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política*. Bogotá: Congreso de la Republica de Colombia .
- Decreto 1082. (2015). *Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional*. Bogotá: Presidencia de la República.
- Decreto 111. (1996). *Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto*. Bogotá: Congreso de la República .
- Decreto 1403. (1992). *Por el cual se modifica el Decreto 0777 de 1992*. Bogotá: Congreso de la República.
- Decreto 2459. (1993). *Por el cual se adoptan disposiciones en relación con los*

contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política. Bogotá: Congreso de la República.

Decreto 777. (1992). *Por el cuál se reglamentan la celebración de los contratos a que refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política.* Bogotá: Congreso de la República.

Eficiente, C. C. (2017). Obtenido de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf

Gómez Velasquez, A., & Díaz Díez, C. (2019). Los convenios de interés público y de asociación en el régimen de contratación pública colombiana. *Revista - Derecho del Estado*, 44. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6151/7907>.

Gómez,A., & Díaz,P. (2019). Los convenios de interés público y de asociación en el régimen de contratación pública colombiana. *Revista Derecho de Estado*, http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0122-98932019000300285&script=sci_arttext.

Ley 1150. (2007). *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.* Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

Ley 1437. (2011). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.* Bogotá: Congreso de la República.

Ley 1474. (2011). *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.* Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

Ley 489. (1998). *Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 .* Bogotá:

Congreso de la República .

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

Lleras de la Fuente, C., Arenas Campos, C., Hernández Becerra, A., & Charry Urueña, C. (1992). Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia. En S. C-324, *M.P. Juan Carlos Henao Pérez* (págs. 586-587). Bogotá: Corte Constitucional.

Procuraduría General de la Nación. (30 de 01 de 2014). *Fallo 1615052 de 2014*.

Obtenido de

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62736>

Secretaría de Gobierno. (2023). *Boletín Jurídico Disciplinario No. 11 - Oficina de Asuntos Disciplinarios*. Bogotá.

Sentencia C-046. (1994). *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá: Corte Constitucional.

Sentencia C-306. (2019). *M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado*. Bogotá: Corte Constitucional.

Sentencia C-314. (2004). *M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá: Corte Constitucional .

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

Sentencia T-733. (2009). *M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá: Corte Constitucional.