

Los contratos de fomento como técnica de intervención administrativa en Colombia***

Stimulative Contracts as a Technique of Administrative Intervention in Colombia

RESUMEN

Teniendo en cuenta que la Administración Pública debe encaminar su acción hacia la consecución de los fines del Estado, en algunas ocasiones se vale de la iniciativa privada para cumplir con dicho propósito. Dentro de las varias formas de intervención administrativa se encuentra una que interpreta a la perfección lo anterior: la actividad estimulativa o de fomento. Esta forma de intervención apareció en la Constitución de 1886, pero fue mal empleada y terminó convertida en un medio para la corrupción. Precisamente, una de las grandes conquistas de la Constitución de 1991 fue prohibir, en el artículo 355, a cualquiera de las ramas u órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado; sin embargo, y con el ánimo de mantener el fomento, este mismo incorporó como excepción la posibilidad de celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad. Teniendo en cuenta lo anterior, este artículo de investigación analiza el contrato de fomento, con la finalidad de examinar su desarrollo normativo y jurisprudencial para establecer su alcance y aplicación actual y, sobre todo, verificar si ha atajado la corrupción que históricamente

* Profesor asociado de tiempo completo en el Departamento de Derecho de la Universidad del Norte; director del doctorado en Derecho y de la maestría y la especialización en Derecho Ambiental y Urbano-Territorial de la misma universidad. Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca; magíster en Derecho Ambiental de la Universidad del País Vasco; especialista en Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia, con cursos de posgrado en Derecho Administrativo y Urbanístico. Contacto: cvelasquez@uninorte.edu.co ORCID ID: 0000-0001-6655-9550.

** Magíster en Derecho de la Universidad del Norte, Colombia; abogada de la Universidad Santo Tomás. Contacto: majortiz88@gmail.com ORCID ID: 0000-0003-2964-4267.

*** Recibido el 22 de mayo de 2020, aprobado el 26 de enero de 2023.

Para citar el artículo: Velásquez Muñoz, J. y Ortiz Iglesias, M. J. *Los contratos de fomento como técnica de intervención administrativa en Colombia*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 56, mayo-agosto de 2023, 305-333.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n56.11>

se le atribuye. El texto es fruto de una investigación jurídica a partir de la exhaustiva revisión analítica de fuentes secundarias de carácter jurídico.

PALABRAS CLAVE

Administración Pública, Colombia, contratación pública, convenios de interés público, convenios de asociación, Derecho administrativo.

ABSTRACT

Bearing in mind that the Public Administration must direct its action towards achieving the goals of the State, on some occasions it uses private initiative to fulfill said purpose. Within the various forms of administrative intervention, there is one that perfectly interprets the above: the Stimulative or Promotion activity. This form of intervention appeared in the 1886 Constitution, however, it was misused and ended up becoming a means of corruption. Precisely, one of the great achievements of the 1991 Constitution was to prohibit, in article 355, any of the branches or bodies of public power from decreeing aid or donations in favor of natural or legal persons of private law, however, with the intention to maintain the promotion activity, this article incorporated an exception, the possibility to celebrate contracts with non-profit entities of recognized suitability. Considering the above, this research article analyzes the promotion contract, with the purpose of examining its normative and jurisprudential development to establish its scope and current application and, above all, to verify if it has stopped the corruption that has historically been attributed to it. This article has been the result of a legal investigation based on the exhaustive analytical review of secondary sources of a legal nature.

KEYWORDS

Public Administration, Colombia, public procurement, public interest agreements, association agreements, Administrative Law.

SUMARIO

Introducción. 1. La actividad de fomento como forma de intervención administrativa. 1.1. Fines del Estado e intervención administrativa. 1.2. Breve repaso de la clásica tridivisión de las formas de intervención administrativa y, en especial, de fomento. 2. Análisis normativo y jurisprudencial de la actividad de fomento en Colombia. 2.1. Análisis histórico normativo de la actividad de fomento. 2.2. Análisis jurisprudencial de la actividad de fomento. 3. El contrato de fomento como técnica principal de intervención. 3.1. Distinción entre contrato, convenio y convención. 4. Reglamentación de los contratos

de fomento y su alcance en el ordenamiento jurídico colombiano. 4.1. El Decreto 777 de 1992. 4.2. El Decreto 092 de 2017. Conclusiones. Referencias.

INTRODUCCIÓN

El fin de todo Estado es el bien común de la sociedad¹, cuya consecución, a pesar de que corresponde a las distintas ramas del poder público en general, es atribuible en particular a la ejecutiva, ya que la Administración Pública, como brazo político y técnico al servicio del Estado, está llamada a actuar día a día, de forma material y real, en relación con el desarrollo y bienestar de los ciudadanos.

Dependiendo del fin específico de que se trate, intervendrá a través de distintas formas y múltiples técnicas. Así, por ejemplo, la actividad de policía, el servicio público y el fomento han sido consideradas como formas clásicas o tradicionales de intervención administrativa, sin embargo, hay otras².

De las formas de intervención anotadas la última, el fomento, de desarrollo restringido, pero de gran impacto fiscal en Colombia, se ha dicho, busca promover o encauzar la actividad de los particulares hacia fines o propósitos de interés general a partir de estímulos o ventajas varias³.

El fomento fue incorporado por los numerales 19 y 20 del artículo 76 de la Constitución de 1886, el cual atribuyó al Congreso el “[f]omentar empresas útiles o benéficas dignas de estímulos y apoyo”. Con posterioridad, el artículo 7.º del Acto Legislativo n.º 1 de 1945 condicionó la facultad del legislativo, al sujetar el fomento a la ejecución de planes y programas previamente formulados.

En principio este sistema funcionó debidamente, pero con el correr de los años y so pretexto de atender las crecientes y cambiantes necesidades de la sociedad se fue deformando, dando paso a la financiación de todo tipo de actividades, incluyendo campañas electorales y actos diversos asociados con corrupción. A dicha deformación se le denominó “auxilios parlamentarios”, y su supresión fue una de las más importantes conquistas de la Constitución de 1991⁴.

Así las cosas, la Carta de 1991 introdujo en su artículo 355 tres importantes asuntos: 1) Prohibió el otorgamiento de auxilios y, en general, donaciones o gratificaciones a personas privadas; 2) Permitió continuar el fomento, pero de forma excepcional y solo a través de contratos con fines de interés general

1 Guaita, A. *Introducción al Derecho administrativo especial*. En *Estudios en homenaje a Jornada de Pozas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962, 263-279.

2 Cabe insistir en que esta es una clasificación abierta, inacabada y no pacífica, por lo menos en el ámbito de la doctrina administrativa continental.

3 Jordana de Pozas, L. *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo*. En *Revista de Estudios Políticos*. N.º 48, 1949, 41-54; Baena del Alcázar, M. *Sobre el concepto de fomento*. En *Revista de Administración Pública*. N.º 54, 1967, 43-86.

4 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. 25 de septiembre de 2008. Rad. 11001-03-06-000-2008-00049-00(1911). C. P.: Enrique José Arboleda Perdomo.

y con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad; y, por último, 3) Suprimió de la órbita de competencias del Congreso la posibilidad de expedir leyes sobre la materia, incardinando dicha facultad en el Gobierno⁵.

Atendiendo a lo dispuesto por la Constitución, el Gobierno Nacional ha expedido reglamentos para cumplir con la excepción incluida en el artículo 355: el primero de ellos, el Decreto 777 de 1992, subrogado por los decretos 1403 de 1992 y 2459 de 1993, el cual estuvo vigente hasta 2017, cuando fue expedido el actual decreto sobre la materia: el 092 de 2017.

Lo dicho hasta ahora nos lleva a preguntarnos por el alcance y aplicación de esta técnica, así como a examinar si la reglamentación vigente establece supuestos y criterios suficientes y efectivos para el desarrollo de la actividad de fomento a través de su técnica contractual, y si han sido efectivos para contener la corrupción que se le atribuye.

Las respuestas incluidas en este artículo son resultado de una investigación jurídica *de lege ferenda* con enfoque predominantemente cualitativo, soportada en la elaboración y examen de fichas analíticas que permitieron un exhaustivo análisis documental sobre fuentes jurídicas secundarias: Constitución, ley, jurisprudencia y doctrina.

Las conclusiones muestran que los desarrollos reglamentarios no han establecido criterios suficientes y efectivos para una correcta aplicación de la institución y, por tanto, tampoco se ha logrado atajar la corrupción que se le atribuye. Por el contrario, este tipo de contratos se siguen utilizando como herramienta para hacerle el quite al régimen general de contratación pública en Colombia.

1. LA ACTIVIDAD DE FOMENTO COMO FORMA DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA

1.1. *Fines del Estado e intervención administrativa*

A pesar de que parte de la doctrina coincide en afirmar que los fines del Estado pertenecen más al dominio de la ciencia política y la filosofía, lo cierto es que ningún fin social puede sustraerse del estudio del derecho, y mucho menos del derecho administrativo, máxime cuando es la Administración Pública el instrumento político y técnico al servicio del Estado, a quien se le encomienda, de manera principal, su consecución⁶.

Como bien anota Guaita⁷, para la determinación de los fines que integran un orden político y jurídico se debe acudir a la historia, al lugar, la civilización

5 *Ibid.*

6 Guaita, A. *Introducción al Derecho administrativo especial*. En *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962, 263-279.

7 *Ibid.*, 264.

y las tendencias políticas en un momento determinado, en razón a que estos son los elementos que fijan el listado de cometidos de cada Estado. Para el caso colombiano, la Constitución de 1991 definió en su artículo 2.º, inciso primero, algunos⁸ de los fines de esta Constitución nominal⁹:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Al respecto, el tratadista Villar Ezcurra¹⁰ plantea un esquema para entender cómo la Administración dirige su acción hacia la consecución de dichos fines. El planteamiento está orientado por tres preguntas acerca del *cómo*, el *dónde* y el *por qué* actúa la Administración Pública, bajo las expresiones de *títulos, formas y técnicas de intervención*.

Los *títulos de intervención* responden al *por qué* y el *dónde* intervenir, es decir, a la justificación de dicha intervención. Su anclaje está en el principio de *cobertura constitucional*, según el cual toda actuación administrativa se justifica jurídicamente en las potestades y competencias atribuidas por la Constitución.

Las *formas de intervención* responden al *cómo* intervenir, atendiendo la *finalidad* específica que se procura alcanzar. Aquí, el principio que acompaña es el de *legalidad*, ya que toda actuación administrativa debe sujetarse, estrictamente, a la ley o su respectivo reglamento.

Por último, las *técnicas de intervención* responden también al *cómo* intervenir, pero considerando los *medios* (herramientas e instrumentos) dispuestos por cada forma de intervención. Todas y cada una de esas herramientas ponen en funcionamiento material el aparato administrativo¹¹.

8 A pesar de que el presente artículo está dedicado *in extenso* a los fines esenciales del Estado, no son los únicos. A lo largo de la Constitución van apareciendo fines, así como los títulos necesarios para su consecución.

9 De acuerdo con Loewenstein hay tres tipos de Constitución: nominal, normativa y semántica. La colombiana es una Constitución nominal, pues fue expedida en un tiempo específico para irse desarrollando en el futuro, llenándola de contenido. Véase Loewenstein, K. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1964.

10 Villar E., J. *Los cauces de la intervención administrativa*. En *Libro homenaje a Luis Jordana de Pozas y Mariano Baena del Alcázar*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2000, 283-308.

11 *Ibid.*, 292.

1.2. Breve repaso de la división clásica de las formas de intervención administrativa y, en especial, del fomento

Necesario es dedicar algunas líneas al segundo de los elementos que componen el contenido de la intervención administrativa, en razón a que la Administración, como se señaló, tiene diversas formas para intervenir atendiendo al fin específico de que se trate¹².

Históricamente, la doctrina ha aceptado la clasificación referida a los modos en que se manifiesta la intervención administrativa concretados en tres categorías: limitar o restringir; prestar o satisfacer, y estimular o encauzar la iniciativa privada. Son las que ha denominado formas clásicas de intervención administrativa: la policía, el servicio público y el fomento.

El ejercicio del poder de policía como forma de intervención ha estado dirigido al mantenimiento del orden público y se caracteriza por el uso de la coacción y la imposición de restricciones a la actividad de los particulares; sin embargo, a lo largo de la segunda mitad del siglo xx dicha visión “cambió”¹³, dando lugar a otros fines ajustados a los nuevos tiempos y a las exigencias de reconocimiento y protección de los derechos. Ese es el caso de Colombia, donde la policía hoy persigue la convivencia¹⁴.

El servicio público o actividad prestacional, por su parte, busca satisfacer necesidades de carácter general de la sociedad. En el caso colombiano, la Constitución Política ha señalado que el servicio público es inherente a la finalidad social del Estado¹⁵, otorgándole una posición de preeminencia en el funcionamiento del Estado.

Por último, el fomento aglutina las actuaciones de la Administración encaminadas a encauzar, promover o estimular actividades, establecimientos o riquezas de los particulares, orientadas a satisfacer necesidades públicas o que se estiman de utilidad general, sin usar la coacción ni crear servicios públicos¹⁶.

Sin embargo, cabe enfatizar que, en la actualidad, esta división resulta insuficiente frente a las transformaciones surgidas de las relaciones entre el Estado y la sociedad, en donde la Administración ha quedado investida de nuevas funciones, las cuales no se ajustan a la tradicional clasificación, dando paso al surgimiento de categorías diferentes a las existentes, por ejemplo, la actividad planificatoria, sancionatoria, arbitral o conciliadora, entre otras.

12 *Ibid.*, 290.

13 Entrecomillamos la palabra, ya que, al menos para el caso colombiano, un código expedido 46 años después de su norma precedente sigue anclado a un paradigma eminentemente restrictivo y limitativo.

14 El artículo 5.º de la Ley 1801 de 2016, nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia, señala que esta es “la interacción pacífica, respetuosa y armónica entre los colombianos, con sus bienes y el medio ambiente en el marco del ordenamiento jurídico”.

15 Art. 365 CP.

16 Villar, E. *Los cauces de la intervención administrativa*, cit., 284.

2. ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA ACTIVIDAD DE FOMENTO EN COLOMBIA

2.1. Análisis histórico normativo de la actividad de fomento

Como se señaló, el fomento fue introducido por vez primera en los numerales 19 y 20 del artículo 76 de la Constitución de 1886, el cual estableció como atribución del Congreso: “Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulos y apoyo”. Dicha potestad, surgió como excepción a la prohibición contenida en el numeral 5 del artículo 78, según la cual el Congreso no podía decretar a favor de persona o entidad gratificaciones, indemnizaciones, pensiones, ni otra erogación que no estuviese destinada a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a ley preexistente¹⁷.

Con ello, la iniciativa del gasto público pasó de ser una atribución del Congreso a una facultad del Gobierno, manteniendo dentro de las competencias de los congresistas la libre iniciativa en los proyectos de fomento de las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes¹⁸.

Con posterioridad el sistema se fue deformando, dando paso a actos de corrupción, bajo la figura de los ya citados auxilios parlamentarios. Al respecto la Corte Constitucional señaló:

Debe admitirse que el objetivo que en este campo la reforma de 1968 pretendía realizar, se cumplió cabalmente durante las primeras etapas de vigencia de la misma. Las cuotas presupuestales que cada uno de los congresistas recibían eran invertidas en sus respectivas circunscripciones electorales para el impulso de empresas útiles o benéficas. Empero, bien pronto, prácticas politiqueras empezaron a desvirtuar el fin para el cual fue concebida la norma comentada, generando una distorsión de tal magnitud que vino a constituirse en una de las mayores fuentes de corrupción, desprestigio y envilecimiento de la función legislativa¹⁹.

En ese orden de ideas, es claro que la supresión de los auxilios parlamentarios fue una de las banderas del grupo que impulsó la realización de la Asamblea Constituyente de 1991; sin duda, existía la imperiosa necesidad de contrarrestar las prácticas nocivas de la actividad de fomento por parte del legislativo, y qué mejor manera que con su desaparición, por lo que en el inciso primero del artículo 355 de la Constitución se estableció que “[n]inguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”.

17 Cabe señalar que tal prohibición se encuentra vigente en el numeral 4 del artículo 136 CP.

18 Corte Constitucional. Sentencia C-324 de 2009. Exp. D-7442. M. P.: Juan Carlos Henao Pérez.

19 Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 1994. Exp. D-520. M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Como se ve, dicha prohibición no solo implicó una restricción a las facultades del legislativo, sino que se extendió a todas las ramas del poder público, con el ánimo de eliminar toda posibilidad de otorgar auxilios y donaciones a personas del sector privado.

Pese a ello, la prohibición no fue obstáculo para que hoy, tres décadas después de adoptada la carta de 1991, persista la percepción sobre el mal manejo de los recursos públicos por esta vía. Los auxilios parlamentarios, en teoría desaparecidos, han mutado para adoptar otras formas: *fondos de cofinanciación, auxilios regionales, cupos indicativos, partidas regionales*; despectiva y coloquialmente se les ha llamado también “mermelada”.

Ahora bien, aun cuando el primer apartado del artículo 355 constitucional estableció la prohibición, no descartó la acción benéfica del Estado, pues en su inciso segundo estableció una modalidad especial de contratación estatal con entidades privadas sin ánimo de lucro para impulsar programas y actividades de interés público, acordes con los planes de desarrollo, a ser reglamentada directamente por el Gobierno:

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.

2.2. Análisis jurisprudencial de la actividad de fomento

Sobre el contenido y alcance del artículo 355 superior la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, señalando que la prohibición allí contenida no es de carácter absoluto, pues admite excepciones. Todas ellas están legitimadas, pues son necesarias para la realización del Estado social de Derecho; y este es el caso de la asignación de recursos a sectores especialmente protegidos por la Constitución Política²⁰.

Así las cosas, en sentencia C-372 de 1994, la Corte Constitucional señaló los fundamentos que condujeron a la prohibición prevista en el artículo 355 por la Asamblea Nacional Constituyente:

En cuanto a los motivos –conviene reiterarlo–, se encuentran, en primer lugar, los evidentes efectos nocivos que suscitó una mala interpretación de la filosofía inspiradora de la reforma de 1968 que, en lugar de fortalecer la justicia social como norma directriz del gasto público, hizo que éste careciera de un control de ejecución. En segundo lugar, los recursos públicos asignados a la entidad

20 Corte Constitucional. Sentencia C-324 de 2009. Exp. D-7442. M. P.: Juan Carlos Henao Pérez.

privada se estaban manejando con un criterio que no siempre coincidía con los planes y programas de desarrollo, desconociendo así la obligación de procurar el bienestar común, la consolidación de un orden justo y la prevalencia del interés general. Finalmente, la línea determinante en la distribución de recursos no era, propiamente, la justicia, sino la liberalidad; es decir, no había un criterio de dar a cada cual según sus necesidades y de acuerdo con un plan basado en el interés general, sino que se destinaban los bienes del Estado de conformidad con la voluntad subjetiva y algunas veces arbitraria del individuo facultado para ello.

Seguidamente, la postura jurisprudencial dio un giro en la interpretación del artículo 355 al contemplar, más allá del contrato contenido en la norma, la posibilidad de que el Gobierno asignase recursos públicos sin contraprestación alguna a favor de particulares, siempre y cuando hubiese fundamento constitucional expreso. Tal es el caso de las actividades de fomento para la investigación y la actividad científica y tecnológica, dispuestas en los artículos 69 y 71 CP. Al respecto se concluye que se trata de una concreta modalidad de destinación de los recursos públicos para la atención de una actividad específica de carácter público identificada en la Constitución y en la ley, con la participación de los particulares²¹.

En sentencia C-205 de 1995, la Corte Constitucional, refiriéndose a los subsidios concedidos por la ley, estableció una doble condición: 1) Que tengan como fundamento una norma o principio constitucional, y 2) Que resulten imperiosos para realizar una finalidad esencial del Estado.

Por otra parte, se dispusieron las cesiones gratuitas de dominio de un bien estatal a un particular, siempre y cuando no se trate de una mera liberalidad del Estado sino del cumplimiento de deberes constitucionales expresos, incluida las garantías de los derechos constitucionales. En esta oportunidad se concluyó que ciertas erogaciones no están prohibidas, porque no son actos de mera liberalidad sino de justicia distributiva²².

Así las cosas, en 2002 la Corte Constitucional determinó el alcance de la prohibición prescrita en el artículo 355 del ordenamiento jurídico superior, sintetizado en que:

(1) La prohibición de auxilios y donaciones es la respuesta al abuso derivado de la antigua práctica de los auxilios parlamentarios, y en buena medida explica su

21 Corte Constitucional. Sentencia C-506 de 1994. Exp. D-608. M. P.: Jorge Hernán Gil Echeverry. Además de en esta sentencia, lo anterior se reitera en otros fallos, como en la sentencia C-152 de 1999, en la que la misma Corte concluyó que el Estado puede conceder subvenciones, estímulos económicos o subsidios a particulares, cuando estos desarrollan actividades dignas y merecedoras de apoyo, de conformidad con el artículo 71 CP, sobre fomento de la investigación y transferencia de tecnología; y precisó que se trata de una materia reservada a la libre configuración normativa del legislador.

22 Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 1996. Demanda n.º 1079. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

alcance; (2) La prohibición de auxilios y donaciones, no significa la extinción de la función benéfica del Estado, la cual puede cumplirse a través de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad; (3) El auxilio o donación se caracterizan por la existencia de una erogación fiscal en favor de un particular sin que ella tenga sustento en ninguna contraprestación a su cargo. Igualmente, corresponden a estas categorías, las transferencias a particulares, que no estén precedidas de un control sobre los recursos o que éste no pueda realizarse con posterioridad a la asignación. Finalmente, se califican de esta manera, las prácticas que por los elementos que incorporen, puedan tener la virtualidad de revivir la proscrita figura de los auxilios; (4) Por vía negativa, no se consideran auxilios o donaciones, las transferencias presupuestales que se hacen a entidades descentralizadas; (5) No se estima que se viole el artículo 355 de la C.P., cuando el Estado otorga subsidios, estímulos económicos, ayudas o incentivos, debido al cumplimiento de deberes o principios de origen constitucional que describen actividades públicas irrenunciables²³.

Posteriormente, mediante sentencia C- 042 de 2006, la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de los artículos 10 y 11 de la Ley 681 de 2001^[24] y señaló que dicha subvención creada por esa norma no atentaba contra la prohibición establecida en el artículo 355, toda vez que “correspondía a un instrumento económico habilitado por la facultad de intervención del Estado en la economía de conformidad con los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, dirigido a fomentar actividades que por su grado de afectación para el sistema macroeconómico, requería del control y la regulación permanentes por parte de las autoridades públicas”.

A través de la sentencia C-507 de 2008, la Corte, aun cuando declaró inexecutable el artículo 10 del Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1151 de 2007), debido a la creación indeterminada de apoyos económicos, indicó los requisitos generales para autorizar cualquier excepción al artículo 355 CP, así:

1. Toda asignación de recursos públicos debe respetar el principio de legalidad del gasto; 2. Toda política pública del sector central, cuya ejecución suponga la asignación de recursos o bienes públicos, debe encontrarse reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el correspondiente Plan de Inversión; 3. Toda disposición que autorice una asignación de recursos públicos, sin contraprestación por parte del beneficiario, tiene que encontrarse fundada en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice; 4. Debe respetar el principio de igualdad.

Por último, en sentencia C-324 de 2009 la Corte hace un recuento de las principales sentencias que ha proferido en cuanto a los requisitos y criterios

23 Corte Constitucional. Sentencia C-712 de 2002. Exp. D-3953. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

24 Por la cual se modifica el régimen de concesiones de combustibles en las zonas de frontera y se establecen otras disposiciones en materia tributaria para combustibles.

establecidos para comprender la prohibición y la excepción contemplada en el artículo 355 CP.

Se concluye, entonces, que el artículo 355 de la Constitución Política de 1991 ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial, en el que se admiten excepciones adicionales a la expresamente contenida en la disposición, descartando su alcance absoluto.

3. EL CONTRATO DE FOMENTO COMO TÉCNICA PRINCIPAL DE INTERVENCIÓN

3.1. *Distinción entre contrato, convenio y convención*

Como antes se señaló, en el ordenamiento jurídico colombiano la técnica de fomento por excelencia es el contrato previsto en el inciso segundo del artículo 355 CP; sin embargo, aun cuando la norma prevé expresamente que entre el particular y el Estado se debe celebrar contrato, en el argot jurídico se evidencia un uso indiscriminado de términos como contrato y convenio, y, por supuesto, del contrato o convenio de fomento.

Lo anterior nos conduce a la imperiosa necesidad de esclarecer las diferencias esenciales entre estos términos, lo cual servirá como punto de partida para determinar su debida aplicación y verificar si, en las normas sobre la materia, se reglamenta una única o varias figuras.

Para comenzar, es necesario traer a colación el artículo 1496 del Código Civil colombiano, aplicable a la contratación tanto privada como pública en Colombia, el cual define el *contrato o convención* como “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”.

De conformidad con lo anterior, la indistinción conceptual parecería provenir del mismo fundamento normativo del Código Civil²⁵; sin embargo, aun cuando la doctrina dispone que la relación es de género (convención) a especie (contrato), es importante hacer claridad de que no es así en el derecho positivo colombiano, como se observa en este caso.

A pesar de lo anterior, Blanco²⁶ sintetiza las diferencias entre el contrato y el convenio de esta forma:

1. En el contrato existe contraposición de intereses, mientras que en el convenio hay objetivos comunes;
2. En el contrato existen prestaciones recíprocas, cada una de las partes asume una obligación a favor de la otra que, para una, será la prestación

25 Alessandri Rodríguez, A. *De los contratos*. Bogotá: Temis, 2011, 4.

26 Blanco R., J. *La diferencia entre contratos y convenios*. 14 de abril de 2006. Disponible en: <http://contratacionestatal.blogspot.com/2006/04/la-diferencia-entre-contratos-y.html>

- de un servicio, transferencia de un bien, etc. y, para la otra, será el pago de una remuneración, lo que, además, implica que exista un precio como elemento de la esencia. En el convenio no existen prestaciones recíprocas, ya que ninguna de las partes le brinda un servicio a la otra²⁷, lo que existe es la distribución de actividades entre las partes interesadas con el fin de desarrollar un objetivo común, pudiendo, incluso, existir aportes en dinero de una parte²⁸ y aportes en trabajo de la otra;
3. En principio, en el contrato el Estado garantiza utilidades al contratista²⁹; en el convenio no existe ese tipo de garantía, puesto que ninguna de las partes está recibiendo una remuneración por la labor desarrollada. De hecho, el requisito constitucional es contratar con una entidad que no tiene ánimo de lucro idónea;
 4. Es de la esencia del contrato (sobre todo estatal), la equivalencia entre las prestaciones recíprocas, tanto que se establece como principio general de interpretación que se tenga en cuenta “la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (artículo 28 de la ley 80 de 1993)³⁰. En los convenios no se presenta este carácter conmutativo, es más, en la actualidad la normativa lo prohíbe expresamente³¹⁻³²;
 5. En los contratos estatales se aplica la institución de la conservación del equilibrio contractual, el cual obliga a la entidad estatal a restablecerla en caso de que se rompa por razones no imputables al contratista, generándose en consecuencia la posibilidad de pagar indemnizaciones o compensacio-

27 Es lo que ocurre con la técnica bajo análisis; la normativa vigente prohíbe expresamente la existencia de una relación conmutativa. Si la entidad estatal es la única beneficiaria del bien, servicio u obra que ejecutará la entidad sin ánimo de lucro, entonces se desvirtúa el fomento que exige el estímulo al particular para que este cumpla con fines de interés general, sin dejar de ser particular.

28 También se contempla para la técnica bajo análisis, siendo una de las posibilidades para que no se realice el proceso competitivo del cual habla el artículo 5.º del Decreto 092 de 2017.

29 Sin embargo, a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007 (art. 32), la garantía de las utilidades ya no está garantizada *a priori* como regla general en los contratos estatales, por derogatoria expresa del inciso segundo del artículo 3.º de la Ley 80 de 1993. La utilidad estará asegurada en los casos y por los porcentajes y/o montos que se incluyan en una oferta aceptada por el Estado.

30 En efecto, es un principio general, pero no absoluto. Hay contratos estatales que no son conmutativos y no son convenios, como las donaciones entre entidades o los comodatos entre ellas o en favor de particulares.

31 Art. 3.º del Decreto 092 de 2017.

32 Lo anterior es cierto, pero en este caso la figura de la contrapartida, aporte o cofinanciación a cargo del aliado con el cual se celebrará el convenio deberá ser seria, verdadera y significativa, de manera que no sea solo una formalidad de aporte que en la práctica implique una contrapartida formal o simbólica para el logro del propósito conjunto y, a la postre, sea el Estado quien termine financiando todo el objeto a desarrollar con el convenio, siendo esa una manera de eludir las normas de contratación en cuanto a la selección del ejecutor del objeto que habrá de satisfacer la necesidad colectiva.

nes a favor de este por la ruptura del equilibrio económico del contrato. En el convenio no existe esa posibilidad, pues ninguna de las partes le presta un servicio a la otra, ni mucho menos existe una remuneración por el servicio prestado, lo que excluye la posibilidad de dicha ruptura.

Así las cosas, y tomando en cuenta las anteriores consideraciones, colegimos que la figura establecida en el párrafo segundo del artículo 355 CP es un convenio. Sin embargo, para respetar la denominación utilizada por dicho artículo, así como la línea de trabajo iniciada en este escrito, seguiremos usando, con la claridad ya señalada, la denominación contrato de fomento.

4. REGLAMENTACIÓN DE LOS CONTRATOS DE FOMENTO Y SU ALCANCE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

No está de más recordar la parte final del inciso segundo del artículo 355 CP: “El Gobierno Nacional reglamentará la materia”, con lo cual le dio al Ejecutivo la facultad de establecer el régimen especial de contratación contenido en la norma, sin que mediara ley.

No se trata aquí, entonces, del ejercicio de la potestad reglamentaria otorgada al Presidente de la República y establecida en el numeral 11 del artículo 189 CP, “para la cumplida ejecución de las leyes”; no, en el caso del artículo 355, la asignación constitucional de la facultad de reglamentar esa disposición superior se hizo de forma directa al Gobierno, quien, por tanto, es autónomo para expedir el reglamento respectivo³³.

En este sentido, es claro que, en la norma en comento, el concepto de reglamento alude a una subordinación constitucional directa, no a una subordinación legal³⁴, correspondiente a los llamados reglamentos autónomos constitucionales³⁵.

Así pues, en cumplimiento del mandato constitucional, el Gobierno Nacional expidió inicialmente el Decreto 777, del 16 de mayo de 1992, el cual fue modificado y adicionado en algunas disposiciones por los decretos 1403 de 1992 y 2459 de 1993. Vale adelantar que, en reciente época, estas normas fueron derogadas por el Decreto 092 del 23 de enero de 2017³⁶.

33 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia 11001-03-06-000-2016-00221-00(2319)2319 del 30 de mayo de 2017. M. P.: Édgar González López.

34 Moncada, J. *El reglamento como fuente de Derecho en Colombia*. Bogotá: Temis, 2007, 7.

35 El reglamento autónomo constitucional se diferencia entonces del reglamento que desarrolla una ley simplemente en que aquel no requiere ley previa, pues la propia Constitución ha establecido un ámbito especial que puede ser desarrollado directamente por el Gobierno. Véase Corte Constitucional. Sentencia C-021 de 1993. M. P.: Ciro Angarita Barón.

36 Agregaríamos también que moduladas en su aplicación mediante normas de derecho blando (*soft law*), como la guía expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente.

4.1. El Decreto 777 de 1992

A continuación se muestran, de manera esquemática, los aspectos más importantes contenidos en la primera reglamentación sobre la materia, y enseguida una breve explicación de su contenido.

TABLA 1
DECRETO 777 DE 1992 - DISPOSICIONES GENERALES

ELEMENTOS ESENCIALES	CONTENIDO
Sujetos contractuales	<p>Dos sujetos:</p> <ul style="list-style-type: none"> – La entidad contratante: la nación, los departamentos, los distritos y los municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta. – El contratista: entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad
Régimen jurídico	<p>El régimen jurídico del contenido de estos contratos es el del derecho privado (civil y comercial), tal como está dispuesto en la misma norma.</p>
Objeto contractual	<p>Para impulsar programas y actividades de interés público incorporadas en los respectivos planes de desarrollo. Con ciertas exclusiones; veamos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando impliquen contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que, por tanto, podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, aplicando las normas sobre contratación vigentes; 2. Las transferencias que se realizan con los recursos de los presupuestos nacional, departamental, distrital y municipal a personas de derecho privado para que, en cumplimiento de un mandato legal, desarrollen funciones públicas o suministren servicios públicos cuya prestación esté a cargo del Estado; 3. Las apropiaciones presupuestales decretadas en favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas, como son las cooperativas públicas, corporaciones y fundaciones de participación mixta en cuyos órganos directivos estén representadas entidades públicas en forma proporcional a sus aportes; 4. Las transferencias que realiza el Estado a personas naturales en cumplimiento de las obligaciones de asistencia o subsidio previstas expresamente en la Constitución; 5. Los contratos que de acuerdo con la ley celebre la entidad pública con otras personas jurídicas, con el fin de que las mismas desarrollen un proyecto específico por su cuenta, de acuerdo con precisas instrucciones emanadas del contratante.

ELEMENTOS ESENCIALES	CONTENIDO
Reconocida idoneidad	El decreto entiende por “reconocida idoneidad” la experiencia con resultados satisfactorios que acredita la capacidad técnica y administrativa de las entidades para realizar el objeto del contrato.
Requisitos de procedencia del contrato	<ul style="list-style-type: none"> – Deberá constar por escrito; – Deberá incluir las cláusulas exorbitantes o, mejor, excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias; – Deberá prever la valuación de la reconocida idoneidad, mediante escrito debidamente motivado, por parte de la entidad contratante; – Se deberá celebrar con recursos de los respectivos presupuestos de la entidad contratante; – Los contratos celebrados por la nación, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas, cuando pertenezcan al orden nacional, y cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a 5.000 salarios mínimos, deberán contar con la aprobación del Consejo de Ministros; – Deberá sujetarse a los planes, programas y proyectos aprobados o que en futuro llegue a aprobar el CONPES o quien haga sus veces, incluidos en los planes de desarrollo, nacional y territoriales.
Publicidad	Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a 100 salarios mínimos deberán publicarse en el <i>Diario Oficial</i> o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la entidad territorial.
Garantías	El contratista se obliga a constituir garantías adecuadas de manejo y cumplimiento cuya cuantía será determinada en cada caso por la entidad contratante, como fianzas de bancos o pólizas de seguros expedidas por compañías vigiladas por la Superintendencia Bancaria; así como garantías reales o personales que a juicio de la entidad contratante garanticen el manejo adecuado de los recursos, cuando el valor del contrato sea inferior a 100 salarios mínimos.
Interventoría	De igual manera, la norma hacía referencia a la figura del interventor, que en realidad era un supervisor del contrato, pero con características especiales.
Requisitos exigidos a las entidades sin ánimo de lucro	<ul style="list-style-type: none"> a. Deben estar constituidas con 6 meses de antelación a la celebración del contrato y tener vigente el reconocimiento de su personería jurídica; b. Su duración no podrá ser inferior al término del contrato más un año más.

Fuente: elaboración propia (2020).

De lo señalado en la Tabla 1 se evidencia que la modificación era necesaria, ya que el decreto (y sus modificaciones) estaban fuera de contexto en

relación con la realidad administrativa contractual³⁷, máxime si se toman en cuenta los cambios normativos que en los últimos años fueron suscitados en los procesos de contratación pública. Al respecto, resulta conveniente hacer algunas precisiones:

- En relación con el objeto contractual, se empleaba la expresión “programas y actividades de interés público”, la cual resultaba en exceso amplia e imprecisa, pues “dejaba a criterio de la entidad pública contratante determinar las actividades de interés público que podían ser objeto de impulso a través de la celebración y ejecución de estos contratos”³⁸;
- En el artículo 2.º de la norma se establecían, por vía negativa, los eventos que no eran susceptibles del ámbito de aplicación, enlistándose sin mayores precisiones sobre los mismos;
- En cuanto a la reconocida idoneidad, se notaba la precariedad de los requisitos exigidos a las entidades sin ánimo de lucro para celebrar este tipo de contratos, ya que, si bien se requería que tal calidad fuese evaluada mediante escrito motivado, lo cierto es que no se establecían criterios o pautas de verificación, lo cual implicaba que era el sujeto contratante el llamado a determinarlos a su arbitrio;
- Frente al proceso de formación del tipo contractual, se daba una remisión a la ley para la contratación entre particulares, “situación que permitía evidenciar que su régimen se asimilaba a la celebración de contratos entre privados, entendiéndose que, en lo no previsto, debía seguirse lo dispuesto por las normas civiles y comerciales pertinentes”³⁹.
- En términos generales, es de resaltar: 1) La falta de claridad en cuanto a la aplicación de los principios a los cuales debían ceñirse estos contratos; 2) La precaria enunciación de algunas reglas restrictivas a la capacidad para contratar bajo este régimen, y 3) La falencia en cuanto a la publicidad de los contratos como exigencia contractual determinada por la cuantía.

Por último y sin duda el punto más álgido, era la falta de rigor en cuanto al procedimiento de contratación directa, lo que en la práctica condujo a su uso desmedido, evadiendo lo contenido en el Estatuto General de Contratación y, en algunas ocasiones, ejecutando objetos contractuales alejados del espíritu del inciso segundo del artículo 355 CP.

37 Ortiz, I. *Régimen especial de los contratos celebrados con fundamento en el inciso segundo del artículo 355 constitucional*. Tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017, 30.

38 *Ibid.*, 30.

39 Solórzano, P. *Eficacia de los contratos estatales con personas jurídicas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en el gasto público. Estudio de caso Municipio de Barrancabermeja - Santander en la vigencia 2016*. Tesis de grado, Universidad Cooperativa de Colombia. Barrancabermeja, 2017, 30.

De lo anterior se colige, entonces, que las razones que motivaron la derogación del Decreto 777 de 1992 y los demás decretos modificatorios de este, coincide con los motivos que condujeron a la Constituyente a desterrar los auxilios parlamentarios. Según se señala, a través del nuevo régimen contractual se busca volver a la lógica original; la pregunta es: ¿se logró?

4.2. El Decreto 092 de 2017

El Decreto 092 fue expedido el 23 de enero de 2017, sin embargo, solo comenzó a regir el 1.º de junio de 2017. Al igual que para el Decreto 777, a continuación se muestran de manera esquemática los aspectos más importantes contenidos en esta reglamentación, y enseguida se realiza una breve explicación de su contenido.

TABLA 2
DECRETO 092 DE 2017 - DISPOSICIONES GENERALES

ELEMENTOS ESENCIALES	CONTENIDO
Sujetos contractuales	Dos sujetos: – Entidad contratante: entidades estatales del orden nacional, departamental, distrital y municipal. – Contratista: entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.
Objeto contractual	Impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el plan nacional o los planes territoriales de desarrollo, en los términos del artículo 355 CP. Para efectos de interpretación, las expresiones contenidas en el decreto se entienden con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente.
Reconocida idoneidad	Se entiende que hay reconocida idoneidad cuando la entidad sin ánimo de lucro es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del proceso de contratación y cuenta con experiencia sobre el objeto a contratar.
Requisitos de procedencia del contrato	El proceso de contratación debe reunir las siguientes condiciones: a. Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previstos en el plan nacional o seccional de desarrollo, de acuerdo con el nivel de la entidad estatal, con los cuales se busque exclusivamente promover los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana;

ELEMENTOS ESENCIALES	CONTENIDO
	<p>b. Que el proceso no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la entidad estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato;</p> <p>c. Que no exista oferta en el mercado de los bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo.</p>
Existencia de proceso competitivo de selección cuando exista más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad	<p>En el proceso competitivo la entidad estatal deberá cumplir las siguientes fases: (i) definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas; (ii) definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la entidad estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad, y (iii) evaluación de las ofertas por parte de la entidad estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto.</p> <p>Sin embargo, las entidades estatales no están obligadas a adelantar este proceso competitivo cuando el objeto del proceso de contratación corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos.</p>
Asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir actividades propias de las entidades estatales (convenios de asociación)	<p>Los convenios de asociación que celebren entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y entidades estatales para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que les asigna la ley a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.</p> <p>Si hay más de una entidad privada sin ánimo de lucro que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por ley a una entidad estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la entidad estatal debe seleccionar de forma objetiva y justificar los criterios para tal selección.</p>

ELEMENTOS ESENCIALES	CONTENIDO
Aplicación de los principios de la contratación estatal	La contratación a la que hace referencia esta disposición está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables.
Publicidad	Las normas relativas a la publicidad son de obligatorio cumplimiento, por lo cual la actividad contractual y los documentos del proceso deberán ser objeto de publicación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública - SECOP. Adicionalmente, la entidad privada sin ánimo de lucro contratista deberá entregar a la entidad estatal, y esta publicar en el SECOP, la información relativa a los subcontratos que suscriba para desarrollar el programa o actividad de interés público previsto en el plan nacional o seccional de desarrollo, incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató la información de pagos.
Registro de entidades sin ánimo de lucro en el SECOP	Las entidades privadas sin ánimo de lucro que contraten con las entidades estatales deberán estar registradas en el SECOP, el cual será el medio para acreditar los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del riesgo definidos por las entidades estatales.
Exclusión del Registro Único de Proponentes (RUP)	Las entidades estatales no requerirán la inscripción de las entidades privadas sin ánimo de lucro en el RUP para la contratación a la que hace referencia el Decreto 092 de 2017.

Fuente: elaboración propia (2020).

En primer lugar, cabe partir de uno de los aspectos señalados como innovadores dentro del nuevo reglamento: el rol de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente (inc. 2.º art. 1). A esta entidad se le encomendó la tarea de expedir una guía para la aplicación del decreto en la cual incluiría definiciones para las expresiones utilizadas en su interior, así como pautas y criterios para definir las características de las entidades sin ánimo de lucro a contratar. Sin embargo, la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado suspendió provisionalmente dicho inciso, entre otras razones por cuanto el Ejecutivo pudo haber extralimitado sus funciones e incurrido en inconstitucionalidad e ilegalidad⁴⁰.

40 En su decisión, bajo el radicado 11001-03-26-000-2018-00113-00 (62003), de agosto de 2019, señala que el Presidente se extralimitó al delegar en una agencia suya esta reglamentación, toda vez que la facultad de reglamentar estos contratos lo realizó directamente la Constitución de 1991, sin que pudiera, a su vez, delegar en alguno otro.

Con respecto al ámbito de aplicación, el Decreto 092 de 2017 delimita entonces dos formas contractuales: 1) Los contratos⁴¹ de fomento y 2) Los convenios de asociación, señalados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

El ámbito de aplicación del decreto obedece a la excepcionalidad de este tipo de contratación y no a la naturaleza del contratista. Contrario a lo ocurrido con el Decreto 777 de 1992, en la reglamentación vigente se precisan las condiciones que debe cumplir el proceso de contratación con entidades sin ánimo de lucro:

1. Que exista correspondencia directa del objeto contractual con programas y actividades de interés público previstos en el plan nacional o seccional⁴² de desarrollo, relacionados con la promoción de derechos de los menos favorecidos o con manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica.

Al respecto hay que señalar que, si bien se mantuvo la obligación de que el objeto se circunscriba a programas y actividades de interés público previstos en el plan nacional o seccional de desarrollo, lo cual es apenas lógico en concordancia con lo prescrito en el artículo 355 CP, se delimitó con mayor claridad el alcance del objeto contractual: encaminado a buscar exclusivamente la protección de los derechos de los sectores más desprotegidos⁴³. Lo anterior descarta, entonces, la posibilidad de convenir, a través de este contrato, la realización de obras, suministro de bienes y servicios relacionados con el funcionamiento de las entidades públicas, así como consultorías de todo tipo, amén de que tampoco sería posible realizar contratación directa bajo alguna de las causales del numeral 4 del artículo 2.º de la Ley 1150 de 2007⁴⁴. Sin embargo, este inciso también fue suspendido por la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

2. Que no haya relación conmutativa entre las partes, ni instrucciones precisas que indiquen la forma como el contratista debe cumplir con el objeto del contrato.

En el desarrollo de los contratos suscritos con fundamento en el artículo 355 CP y el Decreto 092 de 2017, no debe haber contraprestación directa para la entidad estatal, ya que ello supondría contravenir el régimen de contratación

41 Con la claridad previa de que estamos en presencia de un verdadero convenio.

42 Ha debido señalar “territorial”, pues el departamento también tiene plan de desarrollo y no es seccional.

43 Colombia Compra Eficiente. *Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad*. Bogotá, 2017, 8.

44 Solórzano. *Eficacia de los contratos estatales con personas jurídicas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en el gasto público*, cit., 57.

especial. El artículo 1498 del Código Civil establece: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o a hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”.

Así pues, 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 demás normas sobre la materia) y deben ser resultado de una selección objetiva.

La contratación del artículo 355 CP está enfocada en la colaboración entre el Estado y las entidades sin ánimo de lucro, con miras al interés general. En consecuencia, no hay lugar a instrucciones precisas al contratista para el cumplimiento de su objeto contractual, advirtiéndose que la expresión “instrucciones precisas” no puede extenderse a las reglas generales que la ley ha autorizado expedir a las autoridades administrativas⁴⁵.

3. Que no haya oferta en el mercado distinta a la de la entidad sin ánimo de lucro o que, habiendo oferta, la contratación con la entidad sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos (eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo).

En este aparte se evidencian dos situaciones para proceder a la contratación con la entidad sin ánimo de lucro: en primer lugar, en caso de ausencia de oferta económica del sector privado con ánimo de lucro, o, si existe tal oferta, cuando las actividades realizadas por la entidad sin ánimo de lucro 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 desarrollo⁴⁶.

No obstante, ese criterio de “valor por dinero” no puede entenderse en términos de obtener el precio más bajo posible, sino que implica incrementar la eficiencia y efectividad del Estado en la satisfacción de las necesidades de la población; por lo que la entidad estatal está llamada a documentar la medida en la que la entidad sin ánimo de lucro ofrece un mejor desempeño,

45 Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto 1710, de febrero de 2006, citado en el concepto 2319, de mayo de 2017, señaló: “La Sala observa que la primera causal excluye del ámbito de aplicación del decreto los contratos que impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes, de manera que debe establecerse, en cada caso particular, si el contenido prestacional del contrato beneficia a la entidad pública, a la nación o al establecimiento público, o en otros términos, si la prestación se cumple respecto de la entidad pública, o si por el contrario la beneficiaria del contrato es la comunidad, como lo ha señalado esta corporación al negar la pretensión de nulidad de la norma en cita (art. 2.º numeral 1.º)”.

46 Colombia Compra Eficiente. *Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad*, cit., 9.

desde la perspectiva de alcanzar los fines públicos para la actividad que se desea financiar⁴⁷.

En la práctica, lo anterior supone un equilibrio entre las ventajas competitivas de las entidades sin ánimo de lucro frente a las entidades del sector privado que persiguen un lucro o utilidad, y cuyo parámetro es el beneficio que puedan proporcionarle a la comunidad en general. Sin embargo, este inciso también fue suspendido por la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Por otra parte, y contrario a lo estipulado en el Decreto 777 de 1992, el nuevo reglamento elimina la posibilidad de la delegación en la autorización previa que debe otorgar el representante legal para la celebración de esta clase de contratos, con lo cual se pretende un pleno conocimiento sobre lo que se contrata, con quién se contrata y, en general, lo que atañe a la ejecución, control y vigilancia de la actividad contractual.

Aun cuando sea innegable el avance introducido por este nuevo reglamento, sobre todo en lo referente a la posibilidad de definir indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del riesgo, así como los criterios de ponderación que se aplicarán en igualdad de condiciones en el proceso de comparación de ofertas, lo cierto es que aún persisten falencias y debilidades sobre el particular, como lo es la indeterminación en cuanto a la forma como se materializan los plazos razonables para que las entidades privadas sin ánimo de lucro presenten sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad, dando lugar a la discrecionalidad administrativa.

Sumado a lo anterior, el Decreto 092 de 2017 incluyó una innovación importante, con la que se busca superar el vacío normativo existente en el anterior reglamento, que consiste en la estipulación de un proceso competitivo de selección de las entidades sin ánimo de lucro, en los términos previstos en su artículo 4.º.

Cabe advertir que este proceso competitivo procede siempre y cuando la entidad pública en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés general que requiera desarrollar es ofrecido por más de una entidad sin ánimo de lucro; en caso contrario, es claro que no se deberá adelantar. Para ello se establecieron 3 fases:

1. Definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas;
2. Definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la entidad estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad, y

47 *Ibid.*, 9.

3. Evaluación de las ofertas por parte de la entidad estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para ello.

4.2.1. Diferencia con los convenios de asociación

Al igual que la confusión expuesta líneas atrás sobre los conceptos de contrato y convenio, hay otra en relación con la figura señalada en el artículo 5.º del Decreto 092, el cual alude, a su vez, al artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

La principal, pero no única, confusión radica en que, si bien se trata de dos figuras jurídicas diferentes, ambas comparten como norma general de aplicación lo establecido en el inciso segundo del artículo 355 CP como consecuencia de la remisión normativa efectuada por el artículo 96 de la Ley 489 de 1988, el cual señala: “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 nuestra opinión, el artículo 355 fue dictado por el constituyente primario para que, con base en él, el Presidente de la República, en nombre del Gobierno Nacional, pudiera expedir un decreto que el legislador no pudiera derogar, manteniendo así la interdicción a los auxilios parlamentarios. Otra cosa es que el legislador, a partir de la limitación de legislar sobre dicho artículo, lo tomó como fundamento para incorporar el 96 de la Ley 489 de 1998. El colofón de todo lo anterior lo propició la Agencia Nacional de Contratación Pública al expedir la guía suspendida, ya que no hizo claridad conceptual al respecto.

En la siguiente tabla se evidencian las diferencias más sobresalientes.

TABLA 3
DIFERENCIAS ENTRE CONTRATOS DE FOMENTO
Y CONVENIOS DE ASOCIACIÓN

ELEMENTOS ESENCIALES	CONTRATOS DE APOYO E IMPULSO A ACTIVIDADES DE INTERÉS GENERAL	CONVENIOS DE ASOCIACIÓN
Origen normativo	Nace de la voluntad del Ejecutivo (Decreto 092 de 2017).	Nace de la voluntad del legislador (art. 96 de la Ley 489 de 1998).
Objeto de la actividad	Impulsar programas y actividades de interés público acorde con los planes de desarrollo.	Para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones asignadas legalmente a las entidades estatales.
Sujetos involucrados en la actividad	El Gobierno Nacional, departamental, distrital y municipal con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro.	Cualquier entidad estatal con personas jurídicas privadas con o sin ánimo de lucro.
Presupuesto para su ejecución	Se celebran con cargo al respectivo presupuesto de la entidad pública.	Se deben determinar los “aportes” tanto de la entidad pública como de la persona jurídica particular.

Fuente: elaboración propia, 2020.

De acuerdo con la Tabla 3, es claro que se trata de dos figuras diferentes, las cuales no solo se diferencian por su origen, sino también por sus características y elementos normativos que, a pesar de compartir el mismo fundamento constitucional y reglamentario, su aplicación debe ser coherente con su espíritu y el objeto y finalidad para el cual fueron creadas⁴⁸.

El Decreto 092 de 2017 contempla en el artículo 5.º los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro y dispone en el último inciso que “estos convenios de asociación son distintos a los contratos a los que hace referencia el artículo 2.º y están regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y los artículos 5.º, 6.º y 7.º del presente decreto”.

En el primer aparte del artículo se estableció el procedimiento para la formación de la voluntad en los convenios de asociación, precisando que esa contratación no deberá realizar proceso competitivo cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos propios e independientes al aporte estatal en una proporción no inferior al 30% del valor de la ejecución de las actividades conjuntas.

Agregando que, en los eventos en que exista más de una entidad sin ánimo de lucro dispuesta a ofrecer recursos en dinero que correspondan por lo menos al 30% del valor del proyecto, la entidad estatal deberá diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro y seleccionar objetivamente aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto.

En términos generales hay que señalar que, a pesar de que el reglamento vigente haya aportado luces que permiten esclarecer algunas de las confusiones persistentes en la práctica, en cuanto a las diferencias entre los contratos de fomento y los convenios de asociación, lo cierto es que la solución adecuada para una correcta y armónica utilización de estas figuras consistiría en expedir una reglamentación propia para cada uno.

En cuanto al segundo interrogante planteado en este escrito: ¿ha logrado este cambio reglamentario atajar la corrupción que se predica del uso de esta herramienta jurídica?, la respuesta es negativa. Precisamente, los vacíos, contradicciones y suspensiones normativas son caldo de cultivo que impide atajar los casos de corrupción, y los datos al respecto son evidentes: en su rendición de cuentas, el entonces Contralor General de la República, Edgardo Maya Villazón, señaló que en Colombia “se lo roban todo” y que los hallazgos fiscales rondan los 50 billones de pesos⁴⁹, muchos atribuidos a esta forma

48 Ortiz. *Régimen especial de los contratos celebrados con fundamento en el inciso segundo del artículo 355 constitucional*, cit., 65.

49 El Contralor señaló que entre 2014 y 2018 la Contraloría hizo hallazgos administrativos de carácter fiscal por una cuantía de \$14.2 billones e inició 4.250 procesos de responsabilidad fiscal por una cuantía de \$ 21,68 billones, así como formuló autos de imputación de responsabilidad fiscal por \$7,68 billones en 1.671 procesos fiscales.

contractual. Y lo peor es que, en su momento, el entonces contralor Carlos Felipe Córdoba reiteró que la Contraloría no funciona, pues solo recupera el 0,4 % de todo lo que investiga y solo vigila el 17 % del presupuesto⁵⁰.

CONCLUSIONES

Desde la teoría de la intervención administrativa se evidenció que el contrato (convenio) previsto en el inciso segundo del artículo 355 CP guarda plena correspondencia con el fin perseguido por la actividad de fomento, esto es, estimular la iniciativa privada con fines de interés general. No obstante, se puso de presente cómo una carente e imprecisa reglamentación sobre estos contratos abre el camino a su indebida aplicación, desbordando los propósitos para los que fueron creados, lo que desemboca en actos de corrupción.

En relación con si la reglamentación vigente, esto es, el Decreto 092 de 2017, establece disposiciones y criterios suficientes y efectivos para el desarrollo de la actividad, hay que reconocer que dicha normativa introdujo cambios y novedades con los cuales superó algunas imprecisiones y vacíos contenidos en el reglamento anterior: a) delimitó con mayor claridad el alcance del objeto contractual encaminado a buscar exclusivamente la protección de los derechos de los sectores más desprotegidos; b) estableció criterios o pautas de verificación para acreditar la reconocida idoneidad de las entidades sin ánimo de lucro; c) determinó un proceso competitivo de selección de las entidades sin ánimo de lucro; d) estableció el régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, la aplicación de los principios que rigen la contratación estatal y la aplicación de las normas del Sistema de Contratación Pública, salvo lo excepcional de esta disposición.

Sin embargo, la corrección de los vacíos no fue completa, pues quedaron muchos aspectos por solucionar que, en la práctica, sirven de excusa para reincidir en la indebida aplicación de la norma, así: a) la indeterminación en cuanto a la forma como se materializan los plazos razonables para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la entidad estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad; b) la debilidad en la determinación de las dos causales de excepción, establecidas en el artículo 4.º del Decreto 092 de 2017, las cuales dan pie a que se contrate bajo la modalidad de contratación directa, y c) la precaria y confusa regulación en cuanto a los convenios de asociación, en los términos previstos en el artículo 5.º del Decreto 092 de 2017, a los cuales, por expresa disposición del artículo en mención, no les es aplicable el proceso competitivo, lo cual deja vigente la posibilidad de que las entidades estatales actúen con

50 “La Contraloría no funciona. Es ineficiente y obsoleta”: Contralor. En *El Tiempo*. 19 de agosto de 2019.

cierta discrecionalidad y continúen contratando indiscriminadamente bajo la modalidad de contratación directa.

Una última conclusión, hipótesis propicia para un escrito posterior, es la relacionada con la conmutatividad en la contratación con entidades estatales, pues estas difícilmente podrán obtener una contraprestación directa como consecuencia de la ejecución de un contrato estatal, salvo que corresponda a la adquisición de bienes, servicios u obras necesarias para el funcionamiento de las entidades, siendo ello lo propio de los gastos generales y no de los gastos de inversión.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el presupuesto de las entidades estatales (salvo estar incurso en las causales de la Ley 550 de 1999) es mayoritariamente para inversión, difícilmente habrá contraprestación directa. Esta no es una discusión menor, reflexionar sobre el empobrecido concepto de “contraprestación directa” fijado como parámetro de conmutatividad o como indicador de beneficio para la entidad contratante. A nuestro modo de ver, no hay beneficio alguno, ni contraprestación directa para las entidades estatales del régimen general que celebran contratos estatales mediante la aplicación de los procedimientos propios de la Ley 80 de 1993, cuando los recursos corresponden a gastos de inversión en la categorización del presupuesto nacional, departamental, distrital o municipal.

REFERENCIAS

- Acosta, Y. *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*. Tesis de maestría en Derecho Público y Contractual, Universidad Santo Tomás. Bogotá, 2016.
- Alessandri Rodríguez, A. *De los contratos*. Bogotá: Temis, 2011.
- Baena del Alcázar. *Sobre el concepto de fomento*. En *Revista de Administración Pública*. N.º 54, 1967, 43-86.
- Blanco R., J. *La diferencia entre contratos y convenios*. 2016. Disponible en: <http://contratacionestatal.blogspot.com/2006/04/la-diferencia-entre-contratos-y.html>
- Chávez, A. *Los convenios de la Administración. Entre la gestión pública y la actividad contractual*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2012.
- Colombia Compra Eficiente. *Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad*. Bogotá, 2017.
- Gómez García, T. *Deconstrucción de la prohibición constitucional de decretar auxilios a favor de particulares*. Trabajo de grado de Derecho, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2018.
- Gómez Velásquez, A. y Díaz Díez, C. *Los convenios de interés público y de asociación en el régimen de contratación pública colombiana*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 44, 2019, 285-325.

- Guaita, A. *Introducción al Derecho administrativo especial*. En *Estudios en homenaje a Jornada de Pozas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962, 263-279.
- Jaramillo, J. *El régimen de contratación del artículo 355 de la Constitución Política*. Tesis de Maestría. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2012.
- Jordana de Pozas, L. *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo*. En *Revista de Estudios Políticos*. N.º 48, 1949, 41-54.
- Loewenstein, K. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1964.
- Moncada, J. *El reglamento como fuente de Derecho en Colombia*. Bogotá: Temis, 2007.
- Muñoz, M. *Modificaciones al régimen especial de contratación de las entidades sin ánimo de lucro en Colombia*. Tesis de especialista, Universidad Santo Tomás. Bogotá, 2018.
- Ortiz, I. *Régimen especial de los contratos celebrados con fundamento en el inciso segundo del artículo 355 constitucional*. Tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017.
- Perdomo Hernández, A. *Desarrollo y actualidad normativa de los contratos de interés público derivados del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia de 1991*. En *Diálogos de Derecho y Política*, Universidad de Antioquia. N.º 24, 2019, 125-147.
- Pinedo Campo, A. *Régimen contractual de las fundaciones frente al principio de transparencia y selección objetiva*. En *Vis Iuris*, Fundación Universitaria Los Libertadores. 6(12), 2019, 81-104.
- Procuraduría General de la Nación. *Informe de resultados IGA 2010 a 2014. Índice de Gobierno Abierto (IGA). Transparencia y Visibilidad de la Contratación*. 2016. Disponible en: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/2igap.pdf>
- Rodríguez, L. *La actividad administrativa de fomento*. En *Curso de Derecho administrativo iberoamericano*. Bogotá, 2015. Disponible en: <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:3772/#/vid/actividad-administrativa-fomento-594201702>
- Rodríguez, M. *Contratación pública con entidades sin ánimo de lucro*, Decreto 092 de 2017. Bogotá, 2017.
- Solórzano, P. *Eficacia de los contratos estatales con personas jurídicas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en el gasto público. Estudio de caso Municipio de Barrancabermeja - Santander en la vigencia 2016*. Tesis de grado de abogado, Universidad Cooperativa de Colombia. Barrancabermeja, 2017.
- Villar E., J. *Los cauces de la intervención administrativa*. En *Libro homenaje a Luis Jordana de Pozas y Mariano Baena del Alcázar*. Madrid: Universidad, 2000, 283-308.

NORMATIVIDAD

Constitución Política de Colombia de 1886.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo 1 del 18 de junio de 1945.

Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo 1 del 11 de diciembre de 1968.

Congreso de la República de Colombia. Ley 489 del 29 de diciembre de 1998.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 777 del 16 de mayo de 1992.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1403 del 26 de agosto de 1992.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2459 del 9 de diciembre de 1993.

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 092 del 23 de enero de 2017.

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 25 de septiembre de 2008. Rad. 11001-03-06-000-2008-00049-00(1911). M. P.: Enrique José Arboleda Perdomo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de mayo de 2013. Rad. 25000-23-26-000-2010-03126-01. M. P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 30 de mayo de 2017. Rad. 11001-03-06-000-2016-00221-00(2319). M. P.: Édgar González López.

Corte Constitucional. Sentencia C-021 del 23 de enero 1993. M. P.: Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia C-024 del 27 de enero de 1994. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-372 del 25 de agosto de 1994. M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia C-506 del 10 de noviembre de 1994. M. P.: Jorge Hernán Gil Echeverry.

Corte Constitucional. Sentencia C-205 del 11 de mayo de 1995. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-251 del 6 de junio de 1996. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999. M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia C-543 del 23 de mayo de 2001. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-1168 del 6 de noviembre de 2001. M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia C-712 del 3 de septiembre de 2002. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-042 del 1.º de febrero de 2006. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia C-324 del 13 de mayo de 2009. M. P.: Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional. Sentencia C-817 del 1.º de noviembre de 2011. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C-054 del 13 de febrero de 2019. M. P.: Diana Fajardo Rivera.