

**LA CONTRATACIÓN ESTATAL CON ENTIDADES SIN ÁNIMO DE  
LUCRO EN COLOMBIA DE CARA A LAS MODALIDADES ABUSIVAS DEL  
CONTRATO PÚBLICO**

**DANIELA VÉLEZ AGUIRRE**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
FACULTAD DE DERECHO  
PROGRAMA DE DERECHO  
MEDELLÍN  
2019**

**LA CONTRATACIÓN ESTATAL CON ENTIDADES SIN ÁNIMO DE  
LUCRO EN COLOMBIA DE CARA A LAS MODALIDADES ABUSIVAS DEL  
CONTRATO PÚBLICO**

**DANIELA VÉLEZ AGUIRRE**

**Trabajo de grado para optar por el título de Abogada**

**ASESOR**

**Katherine Gómez Garcia**

**Magister en Derecho**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
FACULTAD DE DERECHO  
PROGRAMA DERECHO  
MEDELLÍN**

**2019**

Fecha: 6 de septiembre de 2019

Daniela Vélez Aguirre

“Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en ésta o en cualquiera otra universidad”. Art. 92, párrafo, Régimen Estudiantil de Formación Avanzada.

Firma

Daniela Vélez Aguirre

## TABLA DE CONTENIDO

|                                                                                                                                                               |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUCCIÓN.....                                                                                                                                             | 1  |
| 1. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA (Ley 80 de 1993).....                                                                                                  | 9  |
| 2. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA.....                                                                                                     | 10 |
| 3. NATURALEZA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL CON ESAL.....                                                                                                        | 16 |
| 3.1 CARACTERÍSTICAS DEL CONVENIO ESPECIAL DE ASOCIACIÓN.....                                                                                                  | 16 |
| 3.2 PROHIBICIONES PARA LA APLICACIÓN DEL CONVENIO ESPECIAL DE ASOCIACIÓN.....                                                                                 | 17 |
| 4. LA CONTRATACIÓN ESTATAL CON ESAL Y LAS MODALIDADES ABUSIVAS DEL CONTRATO DE INTERÉS PÚBLICO.....                                                           | 18 |
| 5. LINEA DOCTRINARIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN FRENTE A CASOS DISCIPLINARIOS EN LA CONTRATACION ESTATAL CON ESAL (Algunos casos puntuales)..... | 21 |

|                                                                                              |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>5.1 Procuraduría General de la Nación, expediente 21-63885-2001.....</b>                  | <b>22</b> |
| <b>5.2 Procuraduría General de la Nación, expediente 161 – 5447 IUS - 2009 – 182672.....</b> | <b>23</b> |
| <b>5.3 Procuraduría General de la Nación, expediente 041-02271-2008</b>                      |           |
| <b>5.4 Procuraduría General de la Nación, expediente 161-5689 IUC-D-2010-878-488501.....</b> | <b>23</b> |
| <b>5.5 Procuraduría General de la Nación, expediente 161 – 5573 IUS 2012 – 331296.....</b>   | <b>24</b> |
| <b>CONCLUSIONES.....</b>                                                                     | <b>26</b> |
| <b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>                                                       | <b>27</b> |

## **RESUMEN**

El presente artículo busca analizar la contratación estatal con las entidades sin ánimo de lucro (ESAL) haciendo especial énfasis en la normatividad que hay al respecto y en las modalidades abusivas que emplean algunas entidades como medio para para eludir los procesos de selección que permiten la libre participación de oferentes, violando así los principios de la Contratación Estatal.

**PALABRAS CLAVE: CONTRATACIÓN ESTATAL; DERECHO;  
CONTRATO PÚBLICO; ASOCIACIÓN; PROCESOS DE SELECCIÓN.**

## **GLOSARIO**

▪ **Contratación Estatal:** La contratación estatal es el conjunto de normas que regulan todos los procedimientos que se adelantan para que las entidades del Estado puedan realizar sus procesos de abastecimiento cuando identifican una necesidad.

▪ **Entidades sin ánimo de lucro:** Son entidades cuyo fin no es la persecución de un beneficio económico sino que principalmente persigue una finalidad social, altruista, humanitaria, artística y/o comunitaria. Por lo general se financian gracias a ayudas y donaciones derivada de personas físicas, empresas, e instituciones y organizaciones de todo tipo, y en algunos casos (aunque no en todos) también se reciben ayudas estatales puntuales o regulares (en forma de subsidios, usufructo de fincas, exoneraciones fiscales o aduaneras, etc.).

▪ **Selección objetiva:** Es uno de los principios más importantes de la contratación estatal. Señala que "la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en

consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva".

Este principio busca que la entidad al momento de hacer la escogencia de las circunstancias más favorables debe tener en cuenta la capacidad jurídica, la experiencia, capacidad financiera y de organización que presenten el proponente al momento de querer contratar con la entidad.

- **Convenios de asociación:** Son los diferentes tipos de convenios que pueden realizar las entidades de cara a la contratación estatal. Están regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

## INTRODUCCIÓN

La contratación estatal conjunto de normas que regulan todos los procedimientos que se adelantan para que las entidades del Estado puedan realizar sus procesos de abastecimiento cuando identifican una necesidad. Esta es regida por el estatuto general de contratación de la administración pública (EGCAP).

Dentro de todas las modalidades de contratación, está la contratación estatal con entidades sin ánimo de lucro (ESAL). De esta se desprenden una serie de elementos, situaciones e interrogantes pendientes de solución dado que como son entidades sujetas a otras condiciones ya que hacen parte de una modalidad de contratación exceptuada.

De lo anterior, surge una problemática desde el punto de vista jurídico y social: puede traducirse este tipo de contratación prevista en el artículo 355 de la Constitución Política es una modalidad contractual *per se* 'abusiva' dado que tiene regulaciones especiales y qué problemas jurídicos se desprenden de esta situación.

A lo largo del presente artículo se intentará a través de la exposición de toda la normatividad que rige este tipo de contratación y de casos puntuales dar solución a estos interrogantes y demostrar que si bien la contratación estatal con

las ESAL está sujeta a una normatividad especial, no necesariamente la convierte en una modalidad abusiva ni privilegiada desde el punto de vista jurídico.

## **1. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA (Ley 80 de 1993)**

En cumplimiento de su función básica –consecución de las metas y objetivos trazados dentro de los planes y programas de gobierno–, la administración pública cumple diversas labores de carácter político, ejecutadas internamente –con sus propios recursos humanos, técnicos y financieros– o externamente –por particulares– mediante procesos de contratación. De esta manera, los últimos adquieren funciones públicas y la consecuente responsabilidad para los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ella.

Desde el punto de vista de los sujetos, el estatuto se aplica tanto a las entidades estatales en todos los órdenes y niveles, como a los particulares que celebran contratos con el Estado, así:

*Los principios y fundamentos básicos de la contratación estatal han sido establecidos en la Constitución Política mediante la incorporación de un derecho fundamental y una regla de Estado social de derecho: el derecho a la igualdad y la prevalencia del interés general sobre el interés particular. El derecho a la igualdad, como directriz fundamental de la contratación de la administración, impone a las entidades públicas, a favor*

*de los asociados, el deber de propiciar y permitir su acceso a la contratación pública sin efectuar discriminaciones*

De esta manera, dicha ley actúa como la directriz que normaliza los procesos de contratación en el país.

Constituye el punto de partida, para este caso, y es una de las herramientas jurídicas más importantes de actualización de la gestión pública, cuyo objeto es el de contribuir a la eficiencia en el manejo de los recursos públicos, a la moralización de la gestión y a la economía en la contratación estatal, desde sus principios. Prácticamente, el Estatuto instituyó una universalización normativa, es decir, en un sólo texto organizó la dinámica contractual para todo el país

Por eso, la divulgación del Estatuto es de especial trascendencia para la correcta gestión y ejecución de los recursos públicos en todas las instancias que tengan esta competencia. Por tanto, se generaron responsabilidades fiscales, disciplinarias y penales en contra de los administradores que por ignorancia, impericia o desconocimiento, efectuaren ejecución de recursos por fuera de los parámetros normativos dispuestos para tal fin.

Entre las características más sobresalientes de esta norma, frente a anteriores con la misma finalidad puede señalarse que es el resultado de un estudio elaborado por un equipo de trabajo, en donde participaron gremios vinculados, de alguna manera, a la actividad contractual del Estado. Por lo anterior, consigna unas normas y principios generales para todas las entidades estatales de todos los niveles, por lo que se considera

universal, facilitando que la gestión de la administración pública sea ágil y eficiente.

De igual forma, prescinde de requisitos, trámites y autorizaciones de diferentes instancias jurídicas e institucionales que causaban trabas a la gestión, dificultando la ejecución oportuna del objeto del contrato.

## **2. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA**

El artículo 23, de la ley 80 de 1993 refiere que la contratación con el Estado debe regirse por una filosofía de actuación desde unos principios, así:

*...dichas actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas 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.*

### **▪ Transparencia**

Este principio garantiza la imparcialidad, la igualdad de oportunidades y la escogencia de los contratistas, aún en contratación directa (ver artículo 24 de la

ley 80 de 1993). De manera adicional, el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo incluye principios como la moralidad, la contradicción y la publicidad.

Desde la contratación estatal, este principio se entiende como el pacto de integridad que realizan todos los actores involucrados en el proceso, con el compromiso de no soborno, con el fin de obtener o retener un contrato u otra ventaja impropia, incluyendo la colusión<sup>23</sup> y el interés de propiciar la selección objetiva dentro de las instancias del proceso de contratación.

#### ▪ **Economía**

El principio de economía tiene significativa importancia dentro del proceso de contratación estatal y en desarrollo del mismo. El numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, estableció:

*Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.*

De igual manera, el Código Contencioso Administrativo, en su artículo 3, frente a este principio consagra que:

*Se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se*

*exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordena en forma expresa.*

Este principio aboga por establecer la seriedad de la oferta bajo una garantía única, la consolidación de unos deberes previos para con el proceso licitatorio y contractual; adicionalmente, permite la intervención de comités asesores y delegación, tanto de las corporaciones públicas<sup>29</sup> y los organismos de vigilancia y control como de las contralorías.

#### ▪ **Responsabilidad**

Bajo este principio se le brinda mayor autonomía a las entidades estatales para establecer su régimen de responsabilidad. De igual manera, brinda referentes en este aspecto a los servidores públicos y particulares que los comprometen desde lo disciplinario, civil y penal cuando incurren en actuaciones y omisiones antijurídicas que los obligan a indemnizar al Estado y a terceros por los daños causados. En otras palabras, las instituciones públicas y sus funcionarios están comprometidos de manera directa con el cumplimiento de las leyes colombianas, en representación del Estado, ante la sociedad.

#### ▪ **Ecuación contractual**

Por determinación expresa en los contratos estatales, se debe asegurar y mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar. Para tal efecto, las partes suscribirán los acuerdos precisos sobre cuantía, condiciones, forma de pago, gastos adicionales

y ajuste de precios necesarios para asegurar el cumplimiento de este principio. Si se rompe esta igualdad por causas no imputables al afectado, procede su restablecimiento (ver artículo 27, ley 80 de 1993).

El equilibrio, o la ecuación contractual, no se refieren únicamente a aspectos económicos, pues busca mantener la igualdad o equivalencia entre todos los derechos y las obligaciones surgidas al momento de proponer o contratar según el caso. Observar únicamente el aspecto económico, como susceptible de aplicar la figura de la ecuación contractual, es desconocer las restantes prestaciones incluidas en el contrato.

### **3. NATURALEZA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL CON ESAL**

La contratación estatal con ESAL hace parte de una modalidad especial de contratación.

Está regida básicamente por:

- Artículo 355 Constitución Política de 1991
- Artículo 209 constitución Política de 1991
- Artículo 96 Ley 489 de 1998

A saber:

**Artículo 355.** Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. 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.

**Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

**Artículo 96 (Ley 489 de 1998)** *Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares.* Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que de origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

a. Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;

b. Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;

c. La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;

d. La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares;

e. La duración de la asociación y las causales de disolución.

### **3.1 CARACTERÍSTICAS DEL CONVENIO ESPECIAL DE ASOCIACIÓN**

- Rige para entes corporativos sin ánimo de lucro.
- No puede haber contraprestación.
- Apoyo solo actividades misionales de la entidad contempladas en planes de desarrollo.
- Objeto debe recaer esencialmente para actividades esenciales, más no para ejecutar actividades operaciones y logísticas.
- Aplicación de la caducidad administrativa y de multas Unilaterales.

### **3.2 PROHIBICIONES PARA LA APLICACIÓN DEL CONVENIO ESPECIAL DE ASOCIACIÓN**

- Aplicación régimen de inhabilidades e incompatibilidades (Art .8 Ley 80 de 1993).
- Deben estar aprobados los planes de desarrollo por congreso, asamblea y concejos.
- No pueden celebrarlos las empresas en competencia.
- No se pueden cobrar los servicios dentro del aporte que hace la entidad privada sin ánimo de lucro.

- No es posible transferir bienes muebles o inmuebles a entidades sin ánimo de lucro, solo partidas presupuestales.

#### **4. LA CONTRATACIÓN ESTATAL CON ESAL Y LAS MODALIDADES ABUSIVAS DEL CONTRATO DE INTERÉS PÚBLICO**

Estas modalidades están previstas en el artículo 2 del Decreto 777 de 1992 con base en el estudio de casos.

El artículo 2 numeral 1º del Decreto 777 de 1992 establece que dicha reglamentación excluye 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 (...)”, es decir, la ausencia de contraprestación a favor de la entidad estatal contratante es requisito esencial de este tipo de contratos.

Pareciera que es una impropiedad plantear siquiera la posibilidad de que una ESAL celebre un contrato a título oneroso, sin embargo, no lo es del todo porque la ausencia del ánimo de lucro no implica que estas no puedan celebrar, en determinadas circunstancias, negocios jurídicos lucrativos o incluso mercantiles (Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación civil de 7 de febrero de 1996, expediente 4602), caso en el cual serían aplicables tales disposiciones.

Según el artículo 1497 del Código Civil, el contrato es “(...) gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes,

*sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro*”, por tanto, en los términos de lo previsto en el numeral 1º del artículo 2 del Decreto 777 citado, estos contratos no pueden celebrarse cuando implican una contraprestación a favor de la entidad pública.

Si el objeto del contrato implica una contraprestación directa a favor de la entidad pública la selección del contratista debe hacerse de acuerdo con los procedimientos reglamentados por el EGCAP.

El Consejo de Estado ha definido que no es viable que este tipo de contratos se utilicen para financiar *“(...) obras de mejoramiento o de reposición de la infraestructura vial existente, (...) pues ello implicaría el desconocimiento de los ordenamientos legales contenidos en la ley 80 de 1.993”* (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1626 de 24 de febrero de 2005), al paso que confirmó que la reglamentación especial no implica una excepción del EGCAP.

De acuerdo con lo previsto en el numeral 2º del artículo 2 del Decreto 777 de 1992 están excluidos de este régimen especial las transferencias con cargo a recursos de presupuesto público *“(...) 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 de acuerdo con la Constitución Política y las normas que la desarrollan”*, prohibición que es clara en el sentido de que la entidad pública no puede transferir presupuesto para que una ESAL ejecute funciones o preste servicios que le son propios a aquélla.

Podría decirse que esta exclusión implica la prohibición de tercerizar funciones o servicios públicos a través del contrato con entidades sin ánimo de lucro.

En esta categoría se incluirían también los contratos que celebran las entidades públicas con el fin de que las ESAL. El numeral 3º del artículo 2 del Decreto 777 de 1992 (modificado por el artículo 3 del Decreto 1403 de 1992), dispone que estas apropiaciones presupuestales a favor de las entidades como son cooperativas públicas, corporaciones y fundaciones de participación mixta, en cuyos órganos directivos participen las entidades públicas.

Es importante precisar que los subsidios son una de las excepciones a la prohibición constitucional contenida en el artículo 355 de la Constitución Política (Corte Constitucional, sentencia C-205 de 1995), por tanto, la excepción contenida en el numeral 4º del artículo 2 del Decreto 777 de 1992 desarrolla esta excepción constitucional, según la cual están exceptuados de régimen especial de este tipo de contratos las transferencias estatales *“(…) a personas naturales en cumplimiento de las obligaciones de asistencia o subsidio, previstas expresamente en la Constitución Política y especialmente de aquellas consagradas en los artículos 43, 44, 46, 51, 368, 13 transitorio y 46 transitorio de la misma”*.

Es decir, los contratos objeto de este estudio no pueden ser utilizados para entregar medidas de asistencia o subsidios, e incluso las medidas de atención, asistencia y reparación integral previstas en la Ley 1448 de 2011 a favor de las víctimas del conflicto armado.

En este aparte abordaré otras hipótesis en que el régimen especial de contratos con entidades sin ánimo de lucro no puede utilizarse derivados de otras normas, además de los previstos expresamente en el artículo 2 del Decreto 777 de 1992.

Se requiere que el representante legal de la entidad sin ánimo de lucro de constancia expresa, bajo la gravedad del juramento en el texto mismo del contrato, que ni él ni los miembros de la junta o consejo directivo de la institución se encuentran en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 9 del Decreto 777 de 1992 que prevé las siguientes prohibiciones especiales:

No se podrán suscribir los contratos a que se refiere el presente Decreto, con entidades sin ánimo de lucro cuyo representante legal o miembros de la junta o consejo directivo tengan alguna de las siguientes cualidades:

1. Servidores públicos que ejerzan autoridad civil o política en el territorio dentro del cual le corresponda ejercer sus funciones a la entidad pública contratante.

2. Miembros de corporaciones públicas con competencia en el territorio dentro del cual le corresponda ejercer sus funciones a la entidad pública contratante. .

3. Cónyuge, compañero permanente o parientes de las personas que ejerzan cargos de nivel directivo en la entidad pública contratante. Para efectos de lo dispuesto en este numeral son parientes aquellos que define el párrafo 1º del artículo 9º del Decreto 222 de 1983 (...)"

Estas prohibiciones no se aplican cuando el servidor público de que se trate haga parte de los órganos administrativos de las ESAL en razón de su cargo, mandato legal o disposiciones estatutarias.

## **5. LINEA DOCTRINARIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN FRENTE A CASOS DISCIPLINARIOS EN LA CONTRATACION ESTATAL CON ESAL (Algunos casos puntuales)**

### **5.1 Procuraduría General de la Nación, expediente 21-63885-2001**

Si el contrato tiene el objeto de un contrato estatal, por ejemplo, consultoría u obra, debe cumplir el procedimiento de selección aplicable según el EGCAP, como lo precisó la Procuraduría Primera Delegada en Contratación Estatal en la sanción a Néstor Iván Moreno Rojas por conductas desarrolladas cuando era alcalde de Bucaramanga, porque celebró *“(...) un contrato de consultoría de mayor cuantía que requería de licitación pública para su adjudicación”*

### **5.2 Procuraduría General de la Nación, expediente 161 – 5447 IUS - 2009 - 182672**

Con ocasión de un caso en que la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación confirmó la sanción impuesta a un funcionario departamental que celebró un contrato de este tipo con un organismo internacional intergubernamental, la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello (SECAB)

mediante los cuales ésta adquirió mobiliario escolar, la Procuraduría basó la sanción en que este tipo de contratación “(...) es viable únicamente en la medida que se satisfagan la totalidad de los requisitos normativos, puesto que de otra forma deben sujetarse a las reglas generales de contratación, garantizando la competencia entre los posibles oferentes” concretamente lo previsto para entonces en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-249 de 2004.

### **5.3 Procuraduría General de la Nación, expediente 041-02271-2008**

Con ocasión de un contrato celebrado entre el municipio de Girardot y la Sociedad Tolimense de Ingenieros dentro de las obras de ampliación de un alcantarillado, la Procuraduría Provincial de Girardot se abstuvo de sancionar al funcionario en cuestión siguiendo el criterio expuesto por Pino Ricci relativo a los intereses concurrentes o contrapuestos, y consideró que en ese caso el contrato celebrado “(...) no contiene el elemento retributivo con el que cuenta el contrato público, sino que se pronuncia como una [sic] acuerdo de voluntades en la consecución de fines conjuntos y no contrapuesto”

### **5.4 Procuraduría General de la Nación, expediente 161-5689 IUC-D-2010-878-488501**

Más recientemente, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación al resolver en segunda instancia una sanción impuesta contra un alcalde que celebró un contrato de este tipo para el proyecto de alumbrado navideño del municipio, el Ministerio Público consideró que el disciplinado era responsable

porque omitió que este régimen no se aplica cuando el contrato prevé una contraprestación directa a favor de la entidad “(...) y cuando se celebren con el fin de que la persona jurídica privada desarrolle un proyecto específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con las precisas instrucciones de esta”

#### **5.5 Procuraduría General de la Nación, expediente 161 – 5573 IUS 2012 – 331296**

Mediante decisión de 24 de enero de 2013, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación sancionó a un gobernador que celebró un contrato de este tipo para la prestación del servicio de alimentación escolar que a la postre fue ejecutado por una unión temporal particular, precisó entonces que la falta consistió en haber omitido “adelantar los trámites de un proceso contractual con austeridad de gastos, preservando los fines y cometidos de la contratación estatal y protegiendo los derechos de la entidad”, modalidad abusiva relacionada también con la celebración de contratos de interés público cuando hay una contraprestación directa a favor de la entidad, prevista en el artículo 2 numeral 1º del Decreto 777 de 1992.

Según el artículo 16 del Decreto 777 de 1992, la violación de las prohibiciones previstas en éste dará lugar a la aplicación de lo dispuesto por el artículo 13 del Decreto 222 de 1983, derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993.

## **CONCLUSIONES**

El contrato con entidades sin ánimo de lucro no es una modalidad contractual abusiva porque su reglamentación no implica la inobservancia del estatuto general de contratación de la administración pública.

La doctrina y jurisprudencia coinciden en que, no obstante el régimen jurídico especial de los contratos con entidades sin ánimo de lucro previstos en el artículo 355 de la Constitución Política en todo caso deben observarse los principios generales de la contratación estatal y las normas imperativas aplicables.

Las modalidades abusivas en la celebración y ejecución de los contratos de interés público se deben principalmente a (i) los contratos que por su objeto deben surtir los procesos de selección del estatuto general de contratación de la administración pública, (ii) contratos que implican contraprestación directa a favor de la entidad pública, e (iii) intermediación de la entidad sin ánimo de lucro.

Los convenios de asociación son un régimen especial de contratación, no se encuentran en ninguna modalidad de selección y tampoco fungen como una causal taxativa de contratación directa, sin embargo teniendo en cuenta que aún la contratación directa debe ser un procedimiento donde se garanticen los principios de la contratación estatal, es la fuente más parecida a los convenios de asociación

y en virtud de aquella se tuvo un procedimiento al interior de las entidades distritales, que podría garantizar la pluralidad de oferentes y la selección objetiva.

Lo reglamentado en el Decreto 777 de 1992, se queda corta respecto de las dinámicas propias de la contratación estatal actual, y al no regular varias materias de suma importancia, es necesario aplicar el estatuto contractual para poder solventar las situaciones.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDI. *Contratación estatal*. [En línea] Recuperado de:

<http://www.andi.com.co/es/GAI/Guilnv/ConEst/ConEst/Paginas/PCEst.aspx>

Constitución Política de Colombia (1991). [En línea] Recuperado de:

<http://www.constitucioncolombia.com/>

Presidencia de la República de Colombia (1992). *Decreto 777 de 1992*. [En línea] Recuperado de:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1454>

Presidencia de la República de Colombia (1996). *Ley 80 de 1993*. [En línea] Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

Procuraduría General de la Nación, Sala Disciplinaria (2013), auto de 24 de enero de 2013, expediente 161 – 5573 IUS 2012 – 331296.

Procuraduría General de la Nación, Procuraduría Provincial de Girardot (2010), auto de 31 de agosto de 2010, expediente 041-02271-2008.

Procuraduría General de la Nación, Procuraduría Delegada en Contratación Estatal (2003), auto de 26 de febrero de 2003, expediente 21-63885-2001.

Wikipedia. Concepto de entidad sin ánimo de lucro. [En línea] Recuperado de:

[https://es.wikipedia.org/wiki/Organizaci%C3%B3n\\_sin\\_%C3%A1nimo\\_de\\_lucro](https://es.wikipedia.org/wiki/Organizaci%C3%B3n_sin_%C3%A1nimo_de_lucro)