# Análisis crítico del régimen aplicable de los contratos para impulsar programas de interés público y convenios de asociación.

**Yenny Carolina López Beltrán**

Universidad Nacional de Colombia.

Facultad de Derecho.

Maestría en Derecho - Énfasis en Derecho Administrativo.

Diciembre de 2020.Año

# Análisis crítico del régimen aplicable de los contratos para impulsar programas de interés público y convenios de asociación.

**Yenny Carolina López Beltrán**

Trabajo final de maestría presentado como requisito parcial para optar al título de:

**Magister en Derecho con énfasis en Derecho administrativo**

Director:

César Antonio Cohecha León

Facultad de Derecho.

Maestría en Derecho - Énfasis en Derecho Administrativo.

Diciembre de 2020.Año

*Dedicado a*

*Todas las personas que fungen como ordenadores de gastos de entidades públicas, quienes en muchos casos llegan a la administración sin conocer la magnitud de responsabilidad a la que se enfrentan son tan sólo una firma.*

*Agradezco a*

*Por su puesto a Dios que es quien me permite dar cada paso en mi vida; a mi madre, quien con su esfuerzo y amor invaluable me educó para ser la mujer que hoy escribe estas líneas con el único objetivo de ayudar, y aportar siempre algo a la sociedad, su mayor enseñanza es dar amor y apoyo a quien lo necesite y con su ejemplo me guía a ser siempre una persona intachable y nunca rendirme en el objetivo de ser mejor cada día.*

# Resumen

El presente trabajo de maestría realiza un estudio sobre el régimen aplicable a los de los contratos del artículo 355 de la C.P. y los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, centrándose en la creación de una base teórica que permita comprender las singularidades existentes entre los contratos para impulsar programas de interés público y los convenios de asociación, partiendo principalmente de la doctrina jurídica y la jurisprudencia, y analizando, desde luego, las condiciones jurídicas que estos poseen, ya que cuentan con una naturaleza especial que no atiende a los lineamientos contemplados en el régimen general de contratación, ni con las características de llamado régimen excepcional.

En el primer capítulo del escrito, se realizó una revisión bibliográfica para identificar los regímenes existentes en la contratación pública colombiana, esto en virtud de una exploración rigurosa que cuenta el estado actual de la investigación. En el segundo capítulo se analizaron puntual y teóricamente los contratos previstos en el artículo 355 de la C.P. y los convenios a los cuales alude el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, exponiendo sus características, diferencias y semejanzas. Por último, el capítulo tres determina el régimen aplicable de los contratos para impulsar programas de interés público y los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, buscando generar claridad a los funcionarios públicos, ordenadores del gasto, para que estos puedan surtir el proceso de asociarse o contratar con ESAL sin vulnerar principios constitucionales y sin quedar expuestos ante los entes de control.

**Palabras clave:** contratos para impulsar programas de interés público, convenios de asociación, régimen general, régimen exceptuado, régimen especial, entes de control, ordenadores del gasto.

# Abstract

The present master's work carries out a study on the regime applicable to the contracts of article 355 of the C.P. and the agreements of article 96 of Law 489 of 1998, focusing on the creation of a theoretical base that allows understanding the singularities existing between contracts to promote programs of public interest and association agreements, the foregoing, based mainly on the doctrine legal and jurisprudence, and analyzing of course, the legal conditions that they have, since they have a special nature that does not meet the guidelines contemplated in the general contracting regime, nor with the characteristics of exceptional regimes.

In the first chapter of the document, a bibliographic review was carried out to identify the existing regimes in Colombian public procurement, this by virtue of a rigorous exploration that tells the current state of research. In the second chapter, the contracts of article 355 of the C.P. and the agreements of article 96 of Law 489 of 1998, exposing their characteristics, differences and similarities. Finally, chapter three determines the applicable regime of contracts to promote programs of public interest and the association agreements of article 96 of Law 489 of 1998, seeking to generate clarity for public officials, authorizing expenditure, so that they can provide the process of associating or contracting with ESAL without violating constitutional principles and without being exposed to control entities.

**Key words:** Contracts to promote programs of public interest, Association agreements, general regime, excepted regime, special regime, control entities, spending computers.

# Contenido

Resumen.....IX

Introducción ..... 1

1. Sobre los regímenes de la contratación pública colombiana. ..... 9

1.1. Aspectos generales de los contratos Estatales y su relación con los regímenes contractuales..... 9

1.2. Características teórico- conceptuales de los regímenes contractuales. ..... 13

1.2.1. Sobre el régimen de contratación general ..... 22

1.2.2. Sobre el régimen especial en la contratación pública ..... 27

1.2.3. Sobre el régimen exceptuado en la contratación pública ..... 31

2. Sobre los contratos para impulsar programas de interés público y convenios de asociación. 37

2.1.1. Actores dentro de las figuras jurídicas analizadas ..... 43

2.1. Los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia. ..... 46

2.1.1. Sobre el carácter privado de la actividad de interés público ..... 50

2.2. Los convenios de asociación regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 ..... 51

2.2.1. Sobre el derecho público en los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la ley 489 de 1998..... 53

2.3. Sobre la diferenciación entre los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia y los convenios de asociación regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998..... 54

2.3.1. Los contrastes existentes entre contratos y convenios ..... 55

2.3.2. Sobre las diferencias sustanciales entre las figuras jurídicas ..... 57

3. Análisis crítico del régimen aplicable a los contratos para impulsar programas de interés público y los convenios de asociación. ..... 62

3.1. Sobre la no aplicación del régimen general de la contratación pública en los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia y los convenios de asociación regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 ..... 66

3.2. Explicación sobre los criterios que soportan la suscripción de contratos para impulsar programas de interés público ..... 67

3.3. Sobre el régimen aplicable a los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la constitución política de Colombia y los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. ..... 70

4. Conclusiones ..... 72

Consideraciones finales ..... 75

5. Bibliografía ..... 79

## Ilustraciones, graficas y matricez

Ilustración 1. Tipos de contratos vs Cláusulas Exorbitantes ..... 21

Ilustración 2. Mapa conceptual sobre el Estatuto General de Contratación Pública Colombiana 22

Ilustración 3. Clasificación de los contratos de régimen especial ..... 29

Ilustración 4 Contratos que niegan la exclusión por normativa propia ..... 30

Ilustración 5. Tipo de exclusión al régimen general ..... 33

Ilustración 6. Población objeto de los contratos para impulsar programas de interés público ..... 48

Ilustración 7. Diferencias conceptuales entre convenios y contratos ..... 56

Ilustración 8. Diferencia entre convenios de asociación y contratos de interés público ..... 59

## Introducción

La presente investigación tiene como problemática principal analizar si: ¿los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la constitución política de Colombia y los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la ley 489 de 1998 corresponden a un régimen excepcional de contratación?

En ese sentido, la presente investigación indaga sobre si los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la constitución política de Colombia y los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la ley 489 de 1998 corresponden a un régimen excepcional, debido a las particularidades que tienen en el proceso contractual y por la remisión a la aplicación de normas generales del sistema de contratación pública (Artículo 8 del Decreto 92 de 2017) .

Dicho estudio no está demás, pues permite identificar la diferencia entre regímenes contractuales, contrastar las particularidades y exponer las diferencias y semejanzas de cada uno, para esclarecer los posibles cuestionamientos sobre la clasificación del contrato Estatal[i] en Colombia, un debate sobre los alcances de la ley y sobre la esencia misma de los regímenes.

Dicho esto, el porqué de este problema se centra en un análisis de la naturaleza contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la constitución política

de Colombia y los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la ley 489 de 1998, para verificar su esencia, por medio de un estudio bibliográfico y normativo que permita dar cuenta del régimen aplicable.

Esta justificación se soporta en dos causas principales, primera, la proliferación existente de regímenes que regulan la gestión contractual del Estado y, segunda, la inadvertencia por parte de los entes de control y ordenadores del gasto acerca de los siguientes lineamientos, que expone el profesor Cesar Cohecha:

> (i) por esencia, en el Derecho no se presentan absolutos; (ii) no existe régimen puro; (iii) conformemente -en cualesquiera de ellos- se apreciará una mixtura (injerencia de derecho público y privado); y (iv) todo ello irradiará al acuerdo de voluntades que se perfeccione, repercutiendo -entonces- en su contenido y ejecución. (Cohecha,2017, Párr.2)

Bajo este direccionamiento, se precisa una cualidad que hace complejo el actual sistema contractual y que al no ser comprendido conlleva a que en la práctica se genere una errónea aplicación de la normativa que regula los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la constitución política de Colombia y los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la ley 489 de 1998.

Esta posición conlleva a una reflexión sobre la forma como percibimos los regímenes aplicables a los contratos Estatales, pues tal como se demostrará a lo largo de este trabajo, la pureza y los absolutos no deben ser elementos constitutivos de la contratación pública y la mixtura es el diálogo en el que se encuentra inmerso el contrato Estatal, por la relación existente entre lo privado y lo público.

Dicha posición no conlleva, desde luego, la relatividad de la normativa, sino la hermenéutica jurídica, la cual permite realizar análisis profundos que le dan un sentido a la norma y a los contratos, permitiendo un uso adecuado del Derecho. Los contratos para impulsar programas y los convenios de asociación se han visto inmersos en este debate, pues los entes de control, algunas veces de manera errónea, los han sujetado al régimen general de contratación Estatal[1].

Atendiendo a lo anterior, las consecuencias respecto de la aplicación errónea del régimen en este tipo de contratos pueden identificarse en un antecedente histórico que se desarrolló en la administración distrital del exalcalde Gustavo Petro, donde varios de sus alcaldes locales fueron investigados por celebración indebida de contratos, específicamente por hacer uso de los convenios de asociación y contratos para impulsar programas de interés público.

En ese caso, es importante precisar que la Fiscalía General de la Nación conoce de asuntos en el marco de la contratación pública cuando se presentan denuncias en contra de servidores públicos que han celebrado contratos o convenios con ESAL sin un acto administrativo que justifique la contratación directa o sin haber hecho una convocatoria pública (Tribunal Superior De Bogotá, 2017), es decir, enmarcan esta contratación en el Estatuto General de Contratación Pública contenido en la Ley 80 de 1993, sin examinar los criterios de regulación especial contemplados para este tipo de contratos.

[1] Es importante precisar que por regla principal las organizaciones públicas del Estado están sometidas al Estatuto general de contratación (Ley 80 de 1993) y de más leyes modificatorias (1150 de 2007, 1474 de 2011, 1882 de 2018), así como el Decreto Ley 019/12; reglamentado con el Decreto 1082/15, estableciendo de esta manera el acervo normativo del derecho de contratación pública colombiano.

Frente a esta problemática, se resalta lo expuesto en el fallo absolutorio de segunda instancia del 28 de noviembre del 2017 del Tribunal Superior De Bogotá, Sala Penal (Radicación 11001600000492013042 90-02), donde a la exalcaldesa de la Localidad de Usaquén se le atribuye la indebida celebración de contratos, por carecer de los requisitos dispuestos para el tipo de contratación que fue seleccionado (convenios de asociación).

Al respecto, consideró el *ad quem* que al *a quo* no le asiste razón, porque estableció un nuevo requisito[2] para la celebración de este tipo de contratación y afirmó la no idoneidad basándose en criterios que no atendían a la normativa especial de los convenios de asociación.

Este y otros casos similares parten del desconocimiento del régimen aplicable para este tipo de contratos, pues se evidencia que, tanto el ente acusador como los organismos de control, aparentemente, confunden los requisitos aplicables a los contratos especiales.

Una vez identificado, descrito y analizado el problema bajo la anterior justificación, es menester plantear la hipótesis que permita cuestionar la pregunta investigativa en pro de establecer unos objetivos claros para el presente trabajo final. Dicha suposición estará bajo la siguiente negación:

- *Los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la constitución política de Colombia y los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la ley 489 de 1998 no corresponden a un régimen excepcional de contratación.*

[2] No deben realizarse invitaciones directas

Hipótesis que se sustenta en tres consideraciones que serán analizadas a lo largo de este trabajo, la primera, atiende a un análisis sobre la sistematización de los contratos, pues, si bien se ha planteado la existencia de un régimen exceptuado[3], el artículo 13 de la ley 1150 de 2007 no lo diferencia con el régimen especial, equiparando aparentemente los dos conceptos. (Pizarro, Trujillo & Younes, 2009).

Por otro lado, la segunda consideración se sustenta frente a la categorización de los contratos Estatales, la cual esta permeada por diversas interpretaciones que postulan diferentes regímenes de contratación, resaltando clasificaciones que atienden a las cualidades de contratos, al tipo de derecho aplicable y a la facultad de emplear cláusulas exorbitantes. Al respecto se pone de presente que la perspectiva asumida en este trabajo se soporta en la posición del Consejo de Estado, el cual afirma:

> Que en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales: 1ª Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la Ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. (…) 2ª Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio (…)[4]" (Tribunal Superior De Bogotá, 2017)[5],

[3] , Como aquellos contratos que le es aplicable el Estatuto General de contratación,

[4] "De lo anterior, es jurídicamente viable considerar que la categoría "contratos estatales" no puede quedar exclusivamente referida a los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la Ley 80 de 1993, sino que habría que reconocer que desde el punto de vista material y técnico formal, constituye una acertada categoría jurídica que tiene la virtud de englobar todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales"( Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 20 de agosto de 1998, radicación 14.202.)

[5] Dicha comprensión ha sido ratificada reiterativamente por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Al respecto, cfr., entre otras, auto 8 feb. 2001, radicación 16.661; sent. 1º ago. 2002, radicación 21.041; auto 20 abr. 2005, radicación 14.519; sent. 4 dic. 2006, radicación 28.309; sent. 21 mar. 2007, radicación 32.841; auto 30 ene. 2008, radicación 32.867; sent. 4 jun. 2008, radicación 14.169; sent. 22 abr. 2009, radicación 14.667; sent. 23 sept. 2009, radicación 24.639; sent. 10 mar. 2010, radicación 36.838 y sent. 11 Abr. 2012, radicación 17.851

Por esta razón, no se reconoce a los contratos para impulsar programas de interés público y a los convenios de asociación en el régimen excepcional, por considerarse una denominación transversal al régimen especial[6], cuya exclusión del régimen general en la mayoría de los casos se encuentra expresa en el mismo Estatuto General de Contratación. Es de agregar que son varios los autores[7] que consideran que la clasificación se limita a dos regímenes y resaltan la excepción como una condición prevista en la especialidad contractual (Benavides 2014).

La última consideración atiende a la normativa de este tipo de contratos, la cual está regulada de manera específica por una ley y un decreto que remiten a un régimen propio (artículo 96 de ley 489 de1998 y el Decreto 92 de 2017), que los tipificaría en un régimen especial que atiende a su objeto de contratación bajo un derecho mixto, pues, si bien es cierto que estas normas realizan una remisión parcial al régimen general, tal como se afirmó anteriormente, ningún régimen es puro y absoluto, por lo tanto, es normal que frente a los aspectos no regulados por la norma se remita al Estatuto General de Contracción Pública.

Para desarrollar y demostrar lo anteriormente expuesto, se plantera una metodología de dogmática jurídica, pues no solo describe cuál es el problema que está presentando el sistema jurídico (leyes, constitución, en general normas, la doctrina o la jurisprudencia aplicada a la celebración de convenios de asociación), sino que permite realizar una reinterpretación de cómo, desde el sistema jurídico, se pueden hacer ajustes o correcciones para que dicho sistema funcione óptimamente.

---

[6] Condición que esta limitada frente a la norma de algunos contratos especiales, pues existen normatividades que remiten totalmente al régimen General a pesar de su naturaleza privada

[7] Bahamon, Hitscherich, Lucas Pachón entre otros.

Al respecto, Courtis dice que: "*Las distintas manifestaciones del objeto del trabajo dogmático –normas, decisiones judiciales, proyectos de normas que se pretende introducir en el ordenamiento jurídico- revisten la forma de enunciados discursivos* (…) (COURTIS, 2006)". Cuando se pretende darles un sentido a dichos enunciados, y por hacer parte de un conjunto mayor de enunciados similares, el operador jurídico se enfrenta a una serie de problemas, como, por ejemplo, los relacionados con la indeterminación lingüística.

Sobre esta metodología se plantean las siguientes etapas a desarrollar:

- **Etapa 1:** Recolección y organización de la información y sujetos objeto de estudio. Esta metodología que se plantea, inicialmente, requiere tener delimitado el tema objeto de estudio en el presente trabajo y, una vez se tenga esta claridad, se hace una búsqueda exhaustiva de material dogmático y jurisprudencial, con el objetivo de realizar una relación efectiva del material útil a la investigación.

- **Etapa 2:** Análisis y sistematización de los contenidos. Una vez se tiene el material que se considera importante y que abarca el tema objeto de estudio, se procede a hacer una clasificación, análisis y sistematización de cada documento reunido; en este punto de la investigación se hace una depuración del material que quizá se encuentra repetido, que no es útil, que no aporta al cumplimiento de los objetivos o que no aporta para corroborar o contradecir la hipótesis planteada inicialmente en el objeto de estudio.

- **Etapa 3:** Determinar las herramientas y argumentos jurídicos que sustentan la hipótesis. Una vez la información se encuentra clasificada, analizada y sistematizada por cada uno de los componentes a desarrollar en el trabajo, se evalúan los argumentos jurídicos que aportan a la hipótesis planteada. De esta manera se establecen argumentos detallados que

cierren la brecha a la duda y permitan desarrollar la hipótesis planteada, empezando de la generalidad de los conceptos hasta su puntualidad, de forma tal que aporten y permitan comprobar la idea planteada inicialmente.

Finalmente, estas tres etapas se ven sintetizadas en un objetivo general o central del tema investigado, cual es determinar si los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la constitución política de Colombia y los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la ley 489 de 1998 corresponden a un régimen excepcional de contratación.

De lo anterior, se derivan tres objetivos específicos, el primero, en aras de comprender el régimen de este tipo de contratos, se enfoca en analizar el régimen aplicable de los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la constitución política de Colombia y los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la ley 489 de 1998.

Segundo, en pro de generar mayor profundidad en el análisis, se busca establecer las diferencias entre los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la constitución política de Colombia y los convenios de asociación regulados en el artículo 96 de la ley 489 de 1998.

Y, por último, para edificar una posición crítica, es importante coadyuvar a la edificación de lineamientos jurídicos y teóricos para que los ordenadores del gasto no incurran en una indebida aplicación del régimen de los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la constitución política de Colombia y los convenios de asociación regulados en el artículo 96 de la ley 489 de 1998.

# 1. Sobre los regímenes de la contratación pública colombiana.

## 1.1. Aspectos generales de los contratos Estatales y su relación con los regímenes contractuales.

En este primer capítulo, se verán aspectos generales sobre el contrato Estatal y los regímenes de la contratación pública colombiana, para comprender el régimen aplicable a los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la constitución política de Colombia y los convenios de asociación regulados en el artículo 96 de la ley 489 de 1998.

### 1.1.1. Sobre los contratos Estatales.

Son pocos los autores colombianos que han desarrollado temas como los regímenes contractuales y la esencia filosófica del contrato Estatal y esto se debe a que de manera reiterada el sector administrativo exige a sus funcionarios y a la academia aportes enfocados exclusivamente en la parte práctica del contrato, es decir, su funcionalidad y las problemáticas que se puedan dar en su ejecución.

Teniendo como referencia el cuestionamiento anterior, en el presente trabajo se entiende contrato Estatal como:

> un acto jurídico bilateral, que conlleva un acuerdo de voluntades en el que una de las partes es una entidad pública y el convenio supone un acuerdo de voluntades que obedece a una finalidad específica de colaboración, con un interés común diferente a la simple contraprestación propia del contrato (Bahamón,2018, p.16)

En virtud de lo expresado por la profesora Bahamón, el contrato Estatal se presenta como una acción realizada por una entidad pública de manera voluntaria y consciente con la finalidad de establecer vínculos jurídicos con otra parte, para la materialización de un objetivo que responde a una necesidad institucional. Los contratos estatales tienen las siguientes características: son bilaterales (genera obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes), onerosos (obligaciones y beneficios económicos recíprocos), solemnes (tienen una serie de requisitos para su perfeccionamiento), principales (subsisten por sí mismos) y poseen una naturaleza nominada (están mencionados en la ley). (Rico, 2019).

Es importante señalar que el contrato estatal se presenta como aquel acuerdo de voluntades que dispone la existencia de potestades a favor del Estado (Jara, 2008), potestades que para algunos deben estar contenidas en la ley y que para otros trascienden ese requisito; este tiene su correlato en los contratos privados de la Administración, en los cuales el Estado se desenvuelve como un particular, despojado de su *ius imperium*.

Ahora, desde el ordenamiento jurídico colombiano, el contrato Estatal se define según lo contemplado por la ley 80 de 1993, en cuyo artículo 32 precisa que: “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (…).” Dicho aserto establece que el contrato Estatal es el desarrollo de la acción administrativa, a través del cual el Estado contrae obligaciones y derechos bajo la capacidad jurídica que le ha otorgado la ley; esta voluntad trasciende el mero acto jurídico, pues el hacer contractual conlleva el movimiento de todo el aparato institucional, donde las diferentes dependencias de las entidades públicas gestionan recursos técnicos, humanos y financieros en pro de la materialización del contrato.

En el parágrafo de este artículo, el legislativo también contempló que: “Los Contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter Estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.”, intención que se soporta en la necesidad de separar algunos sectores del Estatuto General de Contratación por su diferente régimen contractual.

Lo anterior, atiende a que el legislador comprende que no todas las acciones estatales están enmarcadas en el derecho público, pues las dinámicas de mercado desarrolladas mediante contratos estatales ameritan una regulación especial o exceptuada que responda a las diferentes lógicas de los sectores económicos (Hitscherich. 2005, p.46).

Dada esta claridad, es importante precisar que el conjunto de normas vigentes que regulan el Estatuto General de Contratación está conformado por las siguientes: la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 1082 de 2015 y demás normas reglamentarias, esta normativa estableció que el contrato sea estatal, por la presencia de las entidades estatales en el extremo contratante; así mismo, explica que si la relación contractual se da entre dos entidades del sector público, el contrato se denomina interadministrativo.

Bajo esta diferenciación, es fundamental comprender que la estructura del contrato estatal atiende a unos requisitos esenciales, frente a lo cual es importante traer a colación lo expuesto en el código Civil, artículo 1501, en el que se muestra que los requisitos legales esenciales son "aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente". Teniendo en cuenta lo anterior y a modo de síntesis hermenéutica:

> se acepta que son requisitos legales esenciales de todo contrato celebrado por la administración: 1. Partes habilitadas para contratar; 2. Objeto; 3. Causa; 4. Precio o valor; 5. Plazo de ejecución; 5. Licitación pública o invitación por medio de aviso, cuando a ello hay lugar; 6. Estudios previos; 7. Disponibilidad presupuestal; y, 8. Garantías, entre otros. De todos modos, debe advertirse que cada tipo de contrato tiene unos elementos esenciales que lo tipifican y lo hacen diferente frente a otra categoría contractual o clase de negocio. (Tribunal Superior De Bogotá, 2017).

Esto muestra que el contrato estatal atiende a una estructura que se fundamenta en requisitos legales, pero que estos varían según el tipo de contrato o negocio jurídico; igualmente, se precisa que, sin importar la naturaleza del ejecutor, siempre que la administración disponga de recursos públicos y celebre un acuerdo de voluntades con otra persona y este produzca efectos jurídicos sobre tales recursos, se estará celebrando un contrato Estatal (Gómez Lee, 2011, pág. 98).

Finalmente, si el objetivo y los recursos son los determinantes para la creación de un contrato estatal, es menester poner de manifiesto lo afirmado por Gamboa (2008), quien afirma que inicialmente el contrato administrativo o estatal es un instrumento básico para el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción del interés general; aquí el contrato es considerado como una fuente de obligaciones conforme con las elaboraciones del derecho privado, pero con consideraciones de interés público.

### 1.1.2. Relación entre los contratos Estatales y los regímenes contractuales.

Antes de adentrarse en el tema, es de suma importancia entender que en la gestión contractual de la administración pública existen dos vertientes del derecho (privado y público), las cuales históricamente han sido objeto de debate respecto sus características y funciones.

El relación, se expone que la distinción parte de una división artificial que conlleva a remitir lo público a la esfera estatal y lo privado al individuo o el mercado; no obstante, el Estado,

al ser un concepto que abarca diversas categorías, no puede ser clasificado de una manera tan abrupta, ya que tanto lo público como lo privado, en la práctica, mantienen relaciones contractuales que conllevan a mixturas que atienden a una lógica cooperativa, en las cuales, si bien es cierto que lo objetivos y fines perseguidos siempre serán privados, los medios para su desarrollo estarán en la esfera de lo público (Dalmacio,1974).

En consecuencia, el contrato estatal y los regímenes contractuales, al desarrollarse en esas mixturas, ha generado que el acervo normativo colombiano sea diverso pero confuso, pues no clasifica ni aclara realmente estas distinciones, causando que la normativa se disperse y dé como resultado un esparcimiento jurídico impreciso, en cuanto a la aplicación de determinadas leyes (Diaz, 2007).

Lo cierto es que la ley 80 de 1993 abandona la distinción entre “contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración” (Benavides, 2015, p.103), denominaciones heredadas del derecho francés y caracterización tradicional de contratación pública, en la cual se fundaron los estatutos que regularon la contratación del sector público colombiano antes de 1993.

Esta posición asumida en el Estatuto General de Contratación, conlleva a que los contratos Estatales sean vistos desde una óptica holística que integra el derecho privado y publico sin delimitar los contratos, generando desorganización pues no existe en la normativa una clasificación de los contratos que establezca diferencias entre los regímenes contractuales (especial, exceptuado y general).

### 1.2.Características teórico- conceptuales de los regímenes contractuales.

La clasificación de los contratos estatales en Colombia parte o tiene su origen en "un criterio legal como método para diferenciar los contratos sometidos a un régimen excepcional o de derecho público, de los llamados contratos de derecho privado de la administración" Para (Hitscherich,2005, p.31). Frente a esto, el autor indica que el artículo 16 del Decreto 222 de 1983[8] expresaba la clasificación y naturaleza de los contratos administrativos[9] y exponía 10 tipos de contratos[ii] que atendían al derecho público; aquellos que no estuvieran contemplados en estos numerales eran contratos de derecho privado celebrados por la administración pública, a *menos que ley especial disponga en sentido contrario*.

No obstante, es importante mencionar que desde el punto de vista práctico dicha diferenciación se tornó inútil, pues, tal como explica el profesor Hitscherich, el Decreto 222 de 1983 en su artículo 61 convirtió la cláusula de caducidad en obligatoria para todos los contratos, salvo los de compraventa y aquellos que se celebraban con empresas industriales y comerciales del Estado. Esto generó que los contratos de derecho privado de la administración fueran relacionados de la misma forma que los 10 contratos estatales contemplados por la ley, debido al alcance normativo de las cláusulas excepcionales[10], las cuales implicaron que también se aplicaran varios principios de los contratos administrativos cuando se pactaba una cláusula de caducidad (2005, p.31).

---

[8] Decreto derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993.

[9] La Acepción del término contrato administrativo atiende al significado jurídico del contrato Estatal contemplado en el Estatuto general de contratación

[10] Las cláusulas exorbitantes se extendieron a mayoría de contratos según El Artículo 60 del Decreto 222 de 1983 establece que, salvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza y, además, las relativas a caducidad administrativa; sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías; multas; penal pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar. Así mismo en los contratos administrativos y en los de derecho privado de la administración en que se pacte la caducidad, se incluirán como cláusulas obligatorias los principios previstos en el título IV del Decreto

Estos artículos generaron que en la práctica no existieran notables diferencias entre las dos categorías expuestas, el profesor Hitscherich es claro al exponer que la antigua legislación llevó la clasificación de los contratos celebrados por la administración a una subdivisión, la cual expone de la siguiente manera:

> 1.Los contratos administrativos, 2. Los contratos de Derecho privado de la administración los cuales podían ser: a. contratos de Derecho privado de la administración en los que se pacta cláusula de caducidad, b. Contratos denominados *"contratos de mero derecho privado de la administración*" que, en ultimas, eran los contratos de compraventa de bienes muebles, empréstito y los que celebraban las empresas industriales y comerciales del Estado y sus asimiladas, cuando no fueran de obras públicas o empréstito (2005, p.32).

Esta subclasificación expone un panorama según el cual la naturaleza de los contratos administrativos regula a los contratos de derecho privado de la administración, pues permite identificar que el Estado, en pro de establecer unos límites o de dotar de formalismos y cláusulas de control a lo privado, regula los actos jurídicos hasta el punto de generar mixturas normativas que se ven representadas en leyes especiales o excepciones dentro de la ley general. Dichos visos de regulación y coexistencia serían las bases para que en 1993 el legislador abandonara el tratamiento binario de los contratos para crear la nueva categoría de contratos estatales (Benavides, 2014).

Lo anterior no es accidental pues, tal como afirma Escobar Gil (1991), citado por Santaella, "El contrato estatal es esencialmente formalista, a diferencia del derecho privado donde impera la libertad de forma conforme al principio *solus consensus obligat*, en virtud del cual, con la mera aceptación de la oferta nace el contrato a la vida jurídica" (Santaella, 2011, p.143), ya que, al unir dichas diferencias, se crean regímenes que permiten nuevas clasificaciones dentro del ordenamiento jurídico.

Atendiendo a estos antecedentes, llama la atención que en la actualidad bajo el Estatuto General de Contratación no existe un consenso entre autores respecto de las diversas tipologías existentes, generando diferentes posturas que han desencadenado en heterogéneas agrupaciones bajo características que se consideran pertinentes al momento de clasificar los contratos[iii].

Lo anterior atiende al espíritu de la ley 80 de 1993, ya que esta se pensó como aquella que "pretende superar la discusión de la clasificación de los contratos de las entidades estatales" (Hitscherich,2005, p.34)) bajo la denominación de contrato estatal y agrupando en un mismo régimen elementos que permitían "esta clasificación, en especial, lo relativo a la jurisdicción del contrato" (ibidem), sin percatarse de que dicha agrupación generaría conflicto con el anterior contrato administrativo, pues el contrato estatal, a diferencia de su antecesor, que se centraba en la facultad de poseer cláusulas exorbitantes, se centra en el "vínculo del objeto con una obra o servicio público, o bien con la explotación de un bien o monopolio público(ley 80 /33, art.14.2)"(Benavides, 2014, p.104) .

Por lo tanto, es importarte señalar que las disimilitudes entre el estatuto vigente y el anterior eran radicales desde la esencia, pero resultaron inocuas en la práctica, pues el Estatuto General de Contratación resultó admitiendo regímenes accesorios o especiales que atendían al derecho privado, dicha inclusión justificada por la naturaleza o el objeto del contrato rompió con la lógica de universalidad que se le quería brindar al Estatuto General de Contratación. (Benavides, 2014).

De lo anterior se puede decir que estas posiciones establecen la existencia de un régimen general y uno especial que atiende al derecho privado. En atención a este paradigma, el Consejo de Estado ha señalado que, a pesar de que la ley de contratación englobó todos los

contratos que celebran los órganos de la administración pública en la categoría de contratos estatales, los mismos se pueden clasificar en dos grupos: los contratos estatales que se someten al estatuto general y los contratos estatales a los que se aplica un régimen de derecho privado (Cohecha León, 2015, p. 82) (Benavides, 2014, p.125).

Así mismo, hay que destacar que al hablar de los regímenes de contratación estatal se debe tener en cuenta que estos no pueden asumirse desde una perspectiva purista (como se señaló anteriormente) y el acuerdo de voluntades es relevante para los efectos de la contratación estatal. No obstante, analizando los preceptos del Consejo de Estado, el profesor Cohecha afirma la existencia de tres regímenes de contratación, pues señala que:

> pese a la formulación de un estatuto general (EGCAP), se encuentran, en abundancia, otras normas jurídicas que gobiernan esa actividad del Estado y de los particulares que participan como contratistas12, que -al sistematizarlas- determinan tres regímenes Contractuales (general, exceptuado y especial), los cuales en eventos concretos son ignorados por parte de la doctrina y algunas entidades públicas, incluidos entes de control (2015, págs. 8-9).

Dicha postura permite dar cabida a las aclaraciones necesarias para que en la presente construcción teórica no se llame a engaños al establecer que sólo existen dos distinciones en el régimen contractual colombiano, sino que ello depende del análisis que se haga en cada caso.

Cabe aclarar, que aún con esta triple distinción, el autor es preciso en señalar que no hay una clara separación entre normas de derecho público y derecho privado que sean aplicables a cada uno de ellos, de allí que reafirme la característica mixta de los tres regímenes de contratación (Cohecha León, 2015). En ese sentido, es posible afirmar que no es correcto aseverar que la distinción de los regímenes se origina en las normas que los conforman, el tipo de derecho

aplicable o los principios de la contratación, sino en la aplicabilidad de cada uno de ellos[11]. En todo caso otra característica fundamental de los tres regímenes de contratación se encuentra en su complejidad, la cual genera complicaciones interpretativas y problemas para lograr delimitar o establecer una frontera entre regímenes y sus elementos, llegando a ser más práctico para el Consejo de Estado y la Agencia de Contratación Pública - Colombia Compra eficiente integrar los Contratos Estatales en dos grandes grupos[12].

Al respecto, es pertinente traer a colación la posición de Pizarro, Trujillo & Younes (2009), según la cual, en virtud de lo establecido en el artículo 13 de la ley 1150 de 2007[13], al no hacer distinción entre el régimen contractual especial y el excepcional, la norma termina equiparándolos, eliminando[14] las diferencias y delimitando los contratos Estatales a dos regímenes contractuales[iv]. Sin embargo, esta posición reduce la clasificación contractual bajo un fundamento normativo, pero no analiza las particularidades de los contratos, el tipo de derecho que los regula (privado o público), la condición de pactar o no cláusulas exorbitantes y el objeto del contrato.

---

[11] Lo anterior permite resaltar, lo que Lucas (2014). llama limite y cobertura del Estatuto General de la contratación pública, señalando tres situaciones particulares: 1. Asuntos de los contratos Estatales que se resuelven por disposiciones no contempladas en él (competencias, capacidad y delegación para contratar contenidas en el decreto 111 de 1996 y la Ley 489 de 1998) 2. Entidades y contratos Estatales excluidos del Estatuto (Como contratos nacidos en el Decreto 777 de 1992 y contratos en los que las universidades públicas operan como contratantes) 3. Asuntos de los contratos excluidos del estatuto que se resuelven por disposiciones contenidas en el Estatuto de Contratación (inhabilidades e incompatibilidades, artículo 13 de la ley 1150 del 2007) (p.1-2).

[12] Contratos estatales que atienden al régimen general y contratos especiales con régimen propio (Tribunal Superior De Bogotá, 2017)

[13] *Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.*

[14] Cabe resaltar que las autoras parten de establecer las diferencias entre régimen general(Ley 80 del 1993 y normas concordantes), régimen especial(se rige por un derecho propio) y exceptuado(excepción a la ley general), pero asumen esta postura por las disposiciones de la Ley 1150 de 2007.

Sin perjuicio de lo anterior, se resalta una posición más abarcadora y que atiende a dichos elementos, cuyos postulados son esgrimidos por la magistrada Marta Nubia Velásquez Rico, quien realiza una clasificación enfática en la que se expone que en el sector público colombiano existe:

> 1) un régimen general previsto en la Ley 80 de 1993; 2) un grupo de contratos regidos por el derecho privado, sin previsión legal de incluir en sus contratos cláusulas excepcionales; 3) otros, regidos por el derecho privado con autorización legal de pactar cláusulas exorbitantes; 4) algunos regímenes especiales sin autorización legal de incluir cláusulas excepcionales; y 5) regímenes especiales con cláusulas excepcionales (Velázquez, 2019, p.17)

Dicha sistematización contractual centra su análisis en la diferenciación existente entre contratos regulados bajo diferentes parámetros como el tipo de derecho aplicable y la posibilidad de pactar o no cláusulas excepcionales. En el primer grupo están los contratos estatales respecto de los cuales la ley señala su sujeción al régimen general de contratación, en el segundo grupo encontramos contratos estatales regidos por el derecho privado, en el cual está prohibido pactar cláusulas exorbitantes, como, por ejemplo, el contrato de arrendamiento.

El tercer grupo está comprendido por aquellos contratos estatales regidos por el derecho privado, pero en los que se pueden pactar cláusulas excepciones, como los contratos de las empresas sociales del Estado; en el cuarto grupo se tienen los contratos especiales en relación con los cuales la ley[15] no les permite incluir cláusulas exorbitantes, entre los que se destacan los contratos de concesión minera y el último está comprendido por el grupo conformado por aquellos

[15] Atiende a lo dispuesto en el parágrafo del articulo 14 de la Ley 80 de 1993, donde: "*En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales*".

regímenes especiales sobre los cuales la ley contempla la posibilidad legal de incluir cláusulas exorbitantes, como los contratos de apoyo de programas y actividades de interés público.

Otra clasificación similar pero que se efectuó exclusivamente a los contratos estatales regidos por Estatuto general de contratación, es la expuesta por Consejo de Estado mediante sentencia del trece (13) de febrero de dos mil trece (2013). Rad. 24996, consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, cuya clasificación se expone de la siguiente manera:

> Para el ejercicio de las facultades excepcionales, los contratos estatales pueden clasificarse en cuatro (4) grupos bien diferenciados: i) contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son obligatorias; ii) contratos estatales en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son facultativas; iii) contratos estatales en los cuales se encuentra prohibido incluir y, por tanto, ejercer cláusulas o estipulaciones excepcionales y iv) todos los demás contratos estatales no previstos ni contemplados en alguno de los grupos anteriormente individualizados. (Consejo de Estado,2013)

Esta clasificación establece un primer grupo donde las cláusulas exorbitantes son obligatorias y atienden a los contratos contemplados en el numeral 2 del artículo 14 de la ley 80 de 1993[16], el segundo grupo comprende aquellos en lo que la ley permite las cláusulas exorbitantes pero no impone, un ejemplo claro de esto son los contratos de prestación de servicios, el tercer grupo son aquellos que se señalan en el parágrafo del artículo 14 de la ley 80 de 1993[17] y el último grupo, todos los demás contratos no previstos ni contemplados en algunos de los grupos anteriores.

[16] Son los contratos de obra, los que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyen el monopolio estatal.

[17] "contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tienen por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no corresponden a las señaladas en el número 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo director de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales"

Lo anterior es resumido y detallado en la siguiente tabla:

**Ilustración 1. Tipos de contratos vs Clausulas Exorbitantes**

| TIPOS DE CONTRATOS VS CLAUSULAS EXORBITANTES (LEY 80/93) | |
|---|---|
| Contratos obligatorios en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son obligatorias. Es decir, tienen aplicación así no se han pactado en el proceso. | Obra, los que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que realizan monopolio estatal. |
| Contratos obligatorios en los cuales las cláusulas excepcionales al derecho común son facultativas. | Contratos de prestación de servicios y suministro. |
| Contratos periódicos en los cuales se encuentra prohibido incluir, y por tanto, ejercer cláusulas o estipulaciones excepcionales. Si se incluyen, habrá nulidad absoluta de la cláusula. | Contratos con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; interadministrativos, en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los que tienen por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades que no corresponden a las señaladas en el número 2 ° del artículo 14 de la Ley 80/93, o que tienen por objeto el desarrollo director de actividades científicas o tecnológicas, así como los contratos de seguro tomados por las entidades estadísticas. |
| Todos los demás contratos previos no previstos ni contemplados en algunos de los grupos anteriores individualizados, en los cuales tampoco hay lugar a la inclusión y menos al ejercicio de cuentos potestades excepcionales.<br><br>La jurisprudencia ha sentado su posición manifestando que en este grupo de contratos NO es posible la aplicación de estas cláusulas porque: 1: Este tipo de poderes requiere autorización legal para su inclusión y posterior utilización y 2. Porque el legislador es el único que puede competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de contratos administrativos. | Contrato de consultoría, comodato, leasing etc. |

Fuente: Tabla1. Tipos de contratos vs Clausulas Exorbitantes (Contratación en línea.co,20 de mayo de 2020).

En contraste, Benavides (2014) expone la las cláusulas exorbitantes no son características propias de los contratos Estales, pues:

> el contrato Estatal admite un régimen de ejecución así sin clausulas exorbitantes, propio del régimen comercial, por ello, siempre en la lógica de la ley 80/ 9, los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado quedaron sometidos al Estatuto general de contratación (p.107).

Con esto se resalta, que, a pesar del régimen comercial de estas entidades, este era compatible con el régimen general y la contratación dinámica y flexible estaba prevista bajo la

modalidad de contratación directa, con esto Benavides (2015)., desvirtúa las ideas erradas frente el alcance del regimen privado aplicable a los contratos de entidades públicas pues enuncia la ausencia de identificación entre las cláusulas exorbitantes y los contratos Estatales.

Atendiendo a lo anterior, se presentará una postura que parte de los planteamientos teóricos expuestos por el Profesor Cesar Antonio Cohecha León (2017). El cual realiza un esclarecimiento sobre el tema estableciendo que la gestión contractual está regulada por normas del Derecho público, otorgándole una naturaleza de este tipo, no obstante, debido a la multiplicidad de regímenes dentro de la contratación Estatal colombiana, existen unos con condiciones diferentes a las generales.

A continuación, se presentan los resultados del rastreo bibliográfico en bases de datos, repositorios institucionales, y otras fuentes, sobre las definiciones que existen en torno a los regímenes de contratación Estatal en Colombia, sus diferencias y semejanzas. El trabajo aborda las clasificaciones generales y hace mención a las clasificaciones que han añadido algunos autores.

### 1.2.1. Sobre el régimen de contratación general

Bahamón Jara (2018) realizó un gráfico con el marco normativo que regula la contratación pública en el país que resulta muy ilustrativo para la revisión que se plantea en el presente documento:

**Ilustración 2. Mapa conceptual sobre el Estatuto general de contratación pública colombiana**

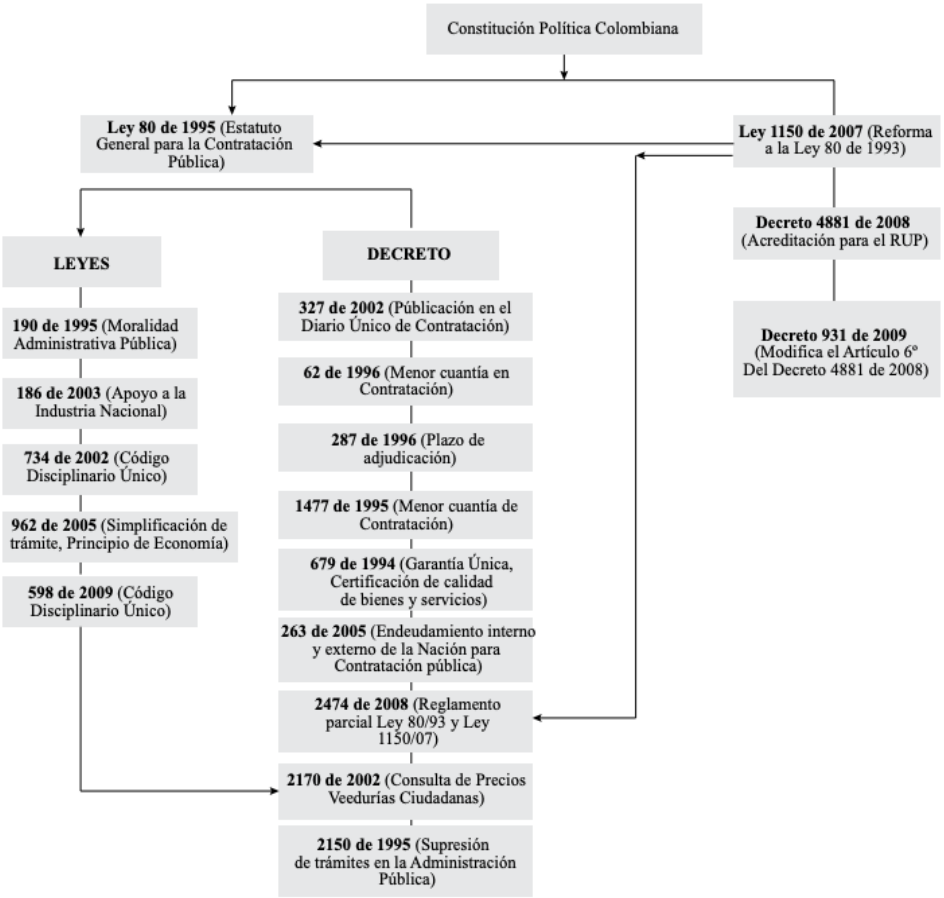


Ilustración 2. Mapa conceptual sobre el Estatuto general de contratación pública colombiana (Elementos y presupuestos de la contratación Estatal, 2018, pág. 243)

En ese sentido, es de anotar que las entidades del Estado están sometidas a lo establecido en la ley 80 de 1993, que da vida al Estatuto General de Contratación Pública, así como a las leyes que lo modifican (1150 de 2007, 1474 de 2011, 1882 de 2018), al igual que el Decreto Ley 019 de 2012, reglamentado con el Decreto 1082 de 2015, dando como resultado un marco normativo para la contratación pública en Colombia.

Este marco normativo desarrolla los preceptos del constituyente en relación a la importancia de regular la contratación Estatal para poder cumplir con los fines que la Constitución

otorga al Estado colombiano, dando prioridad al mandato para la creación de un Estatuto General para la Contratación Pública.

En ese sentido es pertinente precisar que el Congreso de Colombia procedió en el año 1993 a expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – también conocido como Ley 80 – en dicha disposición normativa se estableció que el fin teleológico de la norma sería el de establecer de forma expresa el conjunto de reglas y principios que rigen los Contratos de las Entidades Estatales asegurando una eficiente prestación de los servicios públicos (…) mediante el cumplimiento de los Derechos e intereses de los administrados que cooperan en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Igualmente, cuando los que colaboran con la consecución de dichos fines son particulares, siendo parte en un contrato o ejecutándolo, se ha establecido que se está ante una función de tipo social, por lo que se encuentran sujetos al conjunto de valores que materializan la vida en sociedad, al orden público y a las buenas costumbres. (Rodríguez Palacio, 2017, p. 11)

Como señala Bahamón Jara la ley 80 de 1993 "fue concebida como un instrumento fundamental para entender la nueva forma de emprender la gestión pública, en un marco más convencional que impositivo, contentivo de un conjunto de principios rectores que debe ser observado por la Administración y los particulares." (2008, P. 101). La concepción de la ley 80 de 1993 como un Estatuto General de Contratación Pública, no implicó un régimen único de contratación, pues como lo señala la misma autora "la Corte Constitucional avaló una regulación particular para cada ámbito; con ello resaltó el carácter de estatuto legal y no único" (Bahamón Jara, 2018, pág. 101). Así, la contratación pública en Colombia ha estado marcada de manera general por tres regímenes de contratación: el general, el exceptuado y el especial, cada uno de ellos con sus dificultades, ventajas y particularidades.

Así, el régimen general de la contratación pública cuenta con un elemento clave que es la potestad de fijar cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común para proteger el patrimonio y hacer cumplir los fines del Estado, esto le da al régimen la posibilidad de desarrollarse con plena seguridad jurídica y sin las limitaciones que implicaría para estas cláusulas una relación de Derecho privado (Grueso Rodríguez, 2014) (Bahamón Jara, 2018).

El régimen general no lo es simplemente porque aplique a las entidades que no cuentan con un régimen exceptuado o especial, sino principalmente, porque de este se desprenden los principios de la contratación pública y se establecen las reglas de la contratación. Lo anterior atiende a lo estipulado en el artículo 13 de la ley 1150 de 2007 y a los lineamientos que establece Colombia Compra Eficiente, donde se observa que los principios tienen una influencia muy fuerte en los regímenes especiales y exceptuados, al punto que parte de la doctrina jurídica se enfoca en el estudio de dichos principios.

Sin embargo, Estrada Sánchez (2009) reflexiona sobre los problemas de la ley 1150 de 2007, pues en sus palabras, “lo que ocurre es que el Congreso, una vez más, hizo una tarea pobre, dejó en manos de nuevos expertos la estructuración de la ley y le entregó al Ejecutivo, por la vía de la reglamentación, amplísimas facultades para ocuparse de los más diversos temas” (pág. 1). Sin duda la reflexión del autor deja ver que el carácter general del régimen establecido en las leyes 80/93 y 1150/07 puede quedar en incertidumbre, no obstante, es un tema de poca exploración y debate dentro de la información investigada.

La anterior posición es corroborada por Benavides (2014)., al señalar críticamente que ha sido fallida la integración de regímenes particulares bajo fundamentos de flexibilización o especialidad, cuando el régimen general podría haber regulado estos aspectos dentro de la misma

norma. Aquí bajo esta posición se presenta que el Estatuto general de contratación no cumple su finalidad al no lograr unificar la normatividad, no es único, no es aclaratorio y sobre todo no es organizado.

Por otro lado, autores como Palacios Oviedo (2016), Rodríguez Palacio (2017) y Acevedo Vargas (2018), dejan entrever que el estudio de los regímenes se ha centrado en los principios, en casos particulares o en ejercicios comparativos, que si bien tienden a aterrizar los temas de la contratación pública para operacionalizar retos puntuales de la contratación, incluso problematizarlos, la visión sigue siendo bastante matizada al respecto del estudio de los regímenes de contratación, pues si bien es necesario que la ley defina los preceptos jurídicos que rigen las relaciones contractuales, en este caso, donde intervienen Entidades Estatales, es claro que un desarrollo teórico e investigativo más amplio permitiría que la doctrina y el mundo académico puedan realizar aportes más contundentes a los procesos normativos e institucionales del país.

Al respecto el profesor Cesar Cohecha dirá frente al estudio de regímenes existentes que "es viable observar tres regímenes concretos en esta materia contractual pública, a saber: (i) general, (ii) de excepción, y (iii) especial" (2017, Párr.2). No antes sin advertir las siguientes condiciones:

- No absolutos dentro del Derecho
- No pureza de los regímenes
- La mixtura de regímenes (derecho privado y público)
- Su contexto y determinación estará ajustado al acuerdo de voluntades.

Sin embargo, es fundamental afirmar que en virtud de “la figura de la remisión normativa, el principio de la autonomía de la voluntad y la ubicación en la función administrativa estos no son los únicos preceptos que conforman ese régimen general, debiendo integrarse con otros, inclusive civiles y comerciales” (2017, Párr.3). Dicha intromisión genera la mixtura dentro de diversas formas de Derechos, las cuales confluyen dependiendo de la naturaleza del contrato y el objeto a contratar.

### 1.2.2. Sobre el régimen especial en la contratación pública

El régimen especial adquiere una preponderancia sobre el general según lo establecido por la “Ley 57 de 1887, art. 5, reformado por la Ley 153 del mismo año” (2017, Párr.5). Dicha superioridad le permite establecer un régimen propio permitiéndole según el caso (asociar reglas del Derecho privado con el Derecho público en materia contractual y establecer parámetros o condiciones diferentes a las contempladas en el estatuto general).

Por lo tanto, el régimen especial en la Contratación Pública es aquel cuyo procedimiento y directrices contractuales se delimita en una ley especial que no remite directamente al Régimen General de Contratación Estatal, pues atiende a sus “propias normas internas o al derecho civil y comercial” (Pizarro, Trujillo & Younes,2009,p.14) El presente régimen de contratación se caracteriza por la especificidad de la labor y por la condición de que su gestión contractual, la cual remite a los principios y a los lineamientos generales que no están contemplados en la ley especial.

Así mismo, la existencia del régimen especial en la contratación permite a las entidades realizar sus procesos de contratación bajo reglas particulares, ventaja que permite la celeridad de

los procesos contractuales y genera una ejecución contractual optima para el cumplimiento de objetos que no están previstos en el régimen general por su naturaleza o campo de acción.

En lo anterior coincide la entidad descentralizada Colombia Compra Eficiente (2018) al señalar que la "Entidad Estatal que realiza sus Procesos de Contratación con un régimen distinto al previsto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007" (pág. 4), se encuentra inmersa y atiende a un régimen especial que responde a necesidades específicas que no fueron contempladas en la ley 80 de 1993 por ser actividades exclusivas y no generalizables para todas las entidades Estatales.

Otra posición es la planteada por Hitscherich, al decir que si bien es cierto no se ha logrado la intención original del legislador de establecer un régimen unificado de contratación, por las múltiples leyes que se encuentran fuera del régimen general, es importante reconocer que estas normas son idóneas para:

> aquellas actividades "liberalizadas", es decir, que constituyen los denominados servicios impropios, porque el nuevo régimen de los mismos constituye un cambio fundamental en la forma de organización del Estado, la definición de sus cometidos y la forma de acometerlos, como se desprende del artículo 365 de la constitución política, que permite la prestación de los servicios públicos por el Estado, las comunidades organizadas y los particulares, lo cual también está produciendo cambios radicales en las concepciones clásicas del Derecho administrativo.(2005, p.181).

Lo anterior, señala que para aquellas actividades de carácter público que ameriten un régimen de contratación flexible es necesario un régimen alterno que responda a un sistema que garantice de manera más efectiva la prestación de un servicio o suministro de un bien público en por de la satisfacción de la sociedad. Adicionalmente, el régimen especial de contratación posee una característica que lo hace único, esta es la señalada por el profesor Cohecha (2015)., donde se expone que la "normativa que rige a la Entidad en sentido orgánico en materia contractual referente

al giro ordinario de sus funciones es la de derecho común, aunque de sus controversias contractuales conoce la jurisdicción contencioso administrativa" (p.85).

Bajo esa aclaración, es pertinente traer a colación lo expresado por Herrera (2019) sobre la subdivisión del régimen especial en pro de identificar puntualmente los contratos que hacen parte de esta clasificación:

> De tal manera, que para exponer las normas que regulan los regímenes especiales de contratación estatales del País, debemos tener en cuenta que estos se encuentran divididos en dos, primero los relacionados con la naturaleza de las entidades estatales y segundo, respecto a la especie del objeto contractual que se pretende adelantar, en el caso que ocupa el presente trabajo de investigación se encuentra acorde con la naturaleza de la entidad estatal, tratándose de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (E.I.C.E.) que se encuentren en competencia con el sector privado(P.30).

Atendiendo a lo anterior, es posible agrupar los contratos especiales en dos grupos los cuales pueden ser organizados de la siguiente manera:

**Ilustración 3. Clasificación de los contratos de régimen especial**

| | |
|---|---|
| **Por la naturaleza de ciertas entidades Estatales:** | 1. Empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios<br>2. Universidades estatales u oficiales<br>3. Empresas sociales del estado<br>4. Entidades financieras de carácter estatal<br>5. Fondos de servicios educativos<br>6. Banco de la República<br>7. Ciertas Empresas Industriales y Comerciales del Estado y ciertas Sociedades de Economía Mixta<br>8. Entidades estatales que prestan el servicio de telecomunicaciones<br>9. Entidades exceptuadas en el sector defensa<br>10. Contratos del programa Colombia Humanitaria |
| **Por el objeto contractual** | 1. Contratación de la administración del subsidio de salud<br>2. Contratos y asociaciones con entidades sin ánimo de lucro<br>3. Contratos para el desarrollo de proyectos culturales<br>4. Contratación del servicio público educativo<br>5. Contrato de asociación para actividades científicas y tecnológicas<br>6. Contratación de la operación del monopolio de juegos de suerte y azar<br>7. Contrato de concesión minera<br>8. Fiducia sobre excedentes de tesorería<br>9. Contratación con organismos internacionales<br>10. Explotación de hidrocarburos<br>11. Contratos de recuperación y/o conservación de antigüedades y valores náufragos<br>12. Disposición por la DIAN de mercancías aprehendidas, decomisadas o abandonadas |

| | |
|---|---|
| | 13. Concesión de los servicios y de las actividades de telecomunicaciones<br>14. Enajenación de acciones del estado<br>15. Contratación para el ejercicio de funciones administrativas por particulares<br>16. Contratación de la operación del monopolio de licores<br>17. Concesión de servicios postales<br>18. Prestación del servicio de TV<br>19. El "contrato de aporte" del ICBF |

**Ilustración 3.** Clasificación de los contratos de régimen especial, información extraída del Navegador de la contratación Estatal colombiana: (Becerra Salazar, N.d)

Dicha organización significa que el régimen especial detenta una relación entre el campo de acción y lo orgánico, es decir, que el objeto de los contratos puede brindarle la especialidad o esta puede estar determinad por la naturaleza de una entidad, la cual al poseer funciones que sean del Derecho privado en materia contractual, esta deberá regularse de manera especial pero atendiendo a la jurisdicción contenciosa, lo anterior debido al vinculo Estatal existente y a la necesidad de regular mediante el Derecho administrativo los contratos singulares que no se contemplaron expresamente dentro del Régimen General.

A lo anterior, es importante agregar que la especialidad contractual no es sinónimo de excepcionalidad del régimen general de contratación, pues de los contratos presentados se resaltan 5 contratos que, a pesar de ser especiales, su normatividad interna dispone que se regulen por lo contemplado en el régimen general:

**Ilustración 4 Contratos que niegan la exclusión por normatividad propia**

| | Contrato | Norma | Tipo de especialidad |
|---|---|---|---|
| **Contratos que niegan la exclusión por normatividad propia** | Prestación del servicio de TV | LEY 182 1995, Articulo 5, literal K | Por el objeto contractual |
| | Enajenación de acciones del estado | LEY 226 DE 1995 | |
| | Contratación para el ejercicio de funciones administrativas por particulares | LEY 489 DE 1.998.- ARTÍCULO 112 | |
| | Concesión de servicios postales | LEY 80 DE 1.993.- ARTÍCULO 37. DEL RÉGIMEN DE CONCESIONES | |

| | | | |
|---|---|---|---|
| | | Y LICENCIAS DE LOS SERVICIOS POSTALES. Artículo 6° LEY 1369 DE 2.009 | |
| | El "contrato de aporte" del ICBF | Decreto 2388 de 1979, Artículo 123. | |

Ilustración 5. Contratos que niegan la exclusión por normatividad propia (creación propia)

De lo anterior, se puede señalar que la especialidad de los contratos anteriores se centra en la regulación externa, la cual remite a una ley, Estatuto, Manual o Decreto distinto al Régimen General, el Régimen aplicable de un contrato no determina el de su contratación generando confusión y desorganización entre los diversos procesos contractuales (Benavides. 2014, pág. 110)

Por último, estas subclasificaciones (naturaleza y objeto) señalan los límites y el desarrollo del contrato dentro del régimen especial permitiendo o no clausulas exorbitantes según lo que disponga la ley. Esto sin lugar a dudas genera confusión frente al denominado régimen excepcional, no obstante, es importante resaltar que, bajo la agrupación anterior, los contratos excepcionales serian una denominación transversal del régimen especial, dimensión que se explicara a continuación.

### 1.2.3. Sobre el régimen exceptuado en la contratación pública

Tal como se señaló anteriormente, aparte del régimen general y especial, algunos autores han considerado la existencia de uno exceptuado, el cual se caracteriza por que su gestión contractual se rige bajo disposiciones distintas, generando una exclusión del Estatuto General de Contratación pública e endilgándole la característica de pertenecer al Derecho privado, sin que esto último signifique que se desvinculen de los principios de la función administrativa, así como otras normas de derecho público, como la relacionadas con el presupuesto, régimen de inhabilidades e incompatibilidades, aportes parafiscales, entre otras. (Cohecha, 2017).

Atendiendo a lo anterior, un régimen excepcional o una excepción a la ley general de la contratación (señalada expresamente por Estatuto general) se ha entendido como una especie de régimen mixto, en donde la entidad pública tiene ciertas particularidades en su proceso de selección, a pesar de que paradójicamente remita en ciertos aspectos a la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones; por lo que termina rigiéndose por ambas normas. (Pizarro Wagner, Trujillo Duran, & Younes Becerra, 2009, p. 14)

Bajo una revisión sistemática del Estado del Arte de los regímenes excepcionales, se encontró que el régimen exceptuado o excepcional hace referencia a los contratos que cuya regulación no esta supeditada al Régimen general, en dicha revisión se identifico que la excepcionalidad atiende a su etimología (Exceptus), haciendo referencia a la acción de tomar un Contrato Estatal para sacarlo de la norma a la que debería ajustarse, es decir una exclusión del Estatuto General de Contratación.

Bajo dicha revisión se verifico posturas que equiparan el termino especial con el excepcional, autores como

Dicha condición, se ha presentado como un régimen aparte y se le otorgado limites y alcances bajo un ejercicio hermenéutico de la ley, no obstante, el Consejo de Estado[18] y entidades como Colombia compra eficiente[19] no han implementado dicha clasificación sin remitir o exponer la existencia de un Régimen Especial, de ahí que los módulos del Secop I y II establezcan dentro

[18] Es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales: 1ª Contratos estatales, propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la Ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. (…) 2ª Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio (…) ” (Tribunal Superior De Bogotá, 2017) ,

[19] Según las directrices de la Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación

de los tipos de procesos, los contemplados por el régimen General y aquellos que hagan parte de la contratación especial(abarcando los exceptuados y los especiales en un mismo grupo).

Es aquí donde la exclusión del régimen general al ser una circunstancia que le brinda especialidad a los contratos Estatales se transforma en una característica que puede ser sistematizada bajo el tipo de exclusión al régimen general, por lo tanto, se propone la siguiente clasificación integrando características que permiten identificar lo anteriormente expuesto, teniendo en cuenta el tipo de exclusión, los diferentes contratos Estatales especiales, su normatividad y el tipo de especialidad:

**Ilustración 5. Tipo de exclusión al régimen general**

| Tipo de exclusión al Régimen General | Contrato Estatal | Norma | Tipo de Especialidad |
|---|---|---|---|
| **Exclusión impura[20] por normatividad propia** | Empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios | LEY 142 DE 1.994, articulo 31 | Por la naturaleza de ciertas entidades estatales |
| | Universidades estatales u oficiales | Ley propia, ley 30 de 1992, ARTÍCULO 94 | Por la naturaleza de ciertas entidades estatales |
| | Empresas sociales del estado | Ley 100 de 1993 | Por la naturaleza de ciertas entidades estatales |
| | Fondos de servicios educativos (contratos de cuantía inferior a veinte (20) salarios mínimos mensuales que hayan de vincularse a las cuentas de los Fondos.) | LEY 715 DE 2.001.- ARTÍCULO 13. | Por la naturaleza de ciertas entidades estatales |
| | Contratos del programa Colombia Humanitaria | DECRETO 919 DE 1989"Artículo 11. | Por la naturaleza de ciertas entidades estatales |
| | Contratación de la administración del subsidio de salud | Ley 100 de 1993, articulo 214-215 | Por el objeto contractual |
| | Contratación del servicio público educativo | DECRETO 2355 DE 2009 Artículo 23 | Por el objeto contractual |
| | Contratación de la operación del monopolio de juegos de suerte y azar | LEY 643 DE 2.001, articulo 5 | Por el objeto contractual |

[20] Debido a la mixtura o remisión indirecta al régimen general

| | | | |
|---|---|---|---|
| | Contrato de concesión minera | LEY 685 DE 2.001.- ARTÍCULO 53 | Por el objeto contractual |
| | Fiducia sobre excedentes de tesorería | INCISO MODIFICADO POR LA LEY 1150 DE 2.007. ARTÍCULO 25 | Por el objeto contractual |
| | Explotación de hidrocarburos | ACUERDO 35 DE 2004, articulo 10 | Por el objeto contractual |
| | Contratos de recuperación y/o conservación de antigüedades y valores náufragos | DECRETO 734 DE 2.012 ARTÍCULO 8.1.5 | Por el objeto contractual |
| | Disposición por la DIAN de mercancías aprehendidas, decomisadas o abandonadas | DECRETO 2685 DE 1999.- ARTÍCULO 540. | Por el objeto contractual |
| | Contratación de la operación del monopolio de licores | LEY 14 DE 1983.- ARTÍCULO 63.- COMPILADO EN EL DECRETO 1222 DE 1986.- ARTÍCULO 123 | Por el objeto contractual |
| **Exclusión pura[21] o expresa por el Régimen general** | Contratación con organismos internacionales | LEY 1150 DE 2.007.- ARTÍCULO 20 | Por el objeto contractual |
| | Entidades financieras de carácter estatal | Excepción ley 1150 de 2007 articulo 15 | Por la naturaleza de ciertas entidades estatales |
| | Ciertas Empresas Industriales y Comerciales del Estado y ciertas Sociedades de Economía Mixta | Excepción ley 1150 de 2007 articulo 14 | Por la naturaleza de ciertas entidades estatales |
| | Entidades exceptuadas en el sector defensa | Excepción ley 1150 de 2007 articulo 16 | Por la naturaleza de ciertas entidades estatales |
| | Entidades estatales que prestan el servicio de telecomunicaciones | Especialidad otorgada por la LEY 80 DE 1.993.- ARTÍCULO 32 | Por la naturaleza de ciertas entidades estatales |
| | Concesión de los servicios y de las actividades de telecomunicaciones | Especialidad otorgada por la LEY 80 DE 1.993.- ARTÍCULO 33 | Por el objeto contractual |
| | Contratos para el desarrollo de proyectos culturales | LEY 397 DE 1.997 | Por el objeto contractual |
| | Contrato de asociación para actividades científicas y tecnológicas | Ley 80 de 1993 respecto de las modalidades de negocios jurídicos en ciencia y tecnología (artículos 2, 8, 9, 17 y 19) Decretos 393 y 591 de 1991 | Por el objeto contractual |
| **Exclusión vía constitucional** | Banco de la República | Régimen legal propio, establecido | Por la naturaleza de ciertas entidades estatales |

[21] Por estar excluidos explícitamente por la ley y mantener un régimen privado

| | | | |
|---|---|---|---|
| | | en los artículos 371 a 373 de la Constitución Política, la Ley 31 de 1992 y sus Estatutos - artículos 52 de la Ley 31 de 1992 y 68 de sus Estatutos | |
| | Contratos y asociaciones con entidades sin ánimo de lucro | CONSTITUCIÓN POLÍTICA. - ARTÍCULO 355. LEY 489 DE 1.998.- ARTICULO 96. Decreto 92 de 2017. | Por el objeto contractual |

**Ilustración 5.** Tipo de exclusión al régimen general (Creación propia).

De la anterior clasificación se puede identificar que la excepción de algunos contratos Estatales al régimen general de contratación esta permeada por tres tipos de exclusión, una impura expresa por la normatividad propia de cada contrato, una pura señalada por Estatuto general y otra realizada vía constitucional (a la postre, se resalta que estos cuentan igualmente con normatividad propia).

Al respecto, se resalta que a la mayoría de los contratos a los que se les denomina del régimen exceptuado, son aquellos que pertenecen al tipo de exclusión pura señalada por Estatuto General, explícitamente en la ley 1150 de 2007 y aquellos que por vía constitucional se le otorga esta facultad, no obstante, los contratos que señalan su exclusión impropia y régimen privado por normatividad propia tampoco remiten directamente al Régimen general, por lo tanto seria inequívoco desarticularlos de dicha condición[v].

De esta sistematización se resalta finalmente que el régimen especial de estos contratos atiende a un tipo de especialidad (Por la naturaleza de ciertas entidades estatales o por el objeto contractual), respecto a esto último, el tipo de especialidad puede variar entre los tipos de

exclusión, aunque conserva una generalidad y es la intromisión del derecho privado. Ya que los contratos Estales que se excluyen del régimen general, atienden a una normatividad que varia entre el Derecho privado y mixturas, generando que no estén determinados por el tipo de Derecho sino por lo estipulado en la normatividad propia.

## 2. Sobre los contratos para impulsar programas de interés público y convenios de asociación.

El presente capítulo abordará las características, semejanzas y diferencias existentes entre el contrato para impulsar programas de interés público contemplado en el inciso 2 del artículo 355 de la constitución política de Colombia y el convenio de asociación regulado en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Cabe resaltar que el primero nace como una excepción a la prohibición de las ramas del poder público de otorgar donaciones "en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado" y busca impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo y el segundo se presenta como una herramienta en pro de cumplir la gestión del Estado respecto de sus fines y funciones, logrando la colaboración entre entidades y particulares para la materialización de los objetivos institucionales.

A manera de introducción es importante exponer que el Constituyente de 1991, con el fin de abolir los llamados auxilios parlamentarios, creo la figura de la asociación con particulares para apoyar el cumplimiento de los fines del Estado, garantizando el apoyo estatal a las actividades benéficas. Al respecto, la contratación de las entidades sin ánimo de lucro con entidades públicas no se rige por la Ley 80 de 1993, a pesar de ser un contrato estatal, ya que tiene su propia regulación, que deriva del artículo 355 de la Constitución Política de 1991, pasando por su reglamentación en el Decreto 092 de 2017, que derogó los Decretos 777 de 1992, 1403 de 1992 y 2459 de 1993.

Esta modalidad de contratación especial que se determina por una serie de factores: contratante, contratistas y finalidad e igualmente contiene un régimen propio que permite a la entidad escoger a su contratista, incluyendo a los particulares, sin la necesidad de agotar las etapas previas de la contratación expuestas en el estatuto contractual general (Fonseca, 2012).

Por otro lado, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 dispone que las entidades públicas puedan suscribir convenios de asociación con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley y que se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política.

En consecuencia, la Corte Constitucional dispone en sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999 que:

> no podrá, en ningún caso pretextarse la celebración de los mismo para otorgar o decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, de una parte; y de otra, el acatamiento a la disposición constitucional mencionada, impone la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad, pero con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo, tal cual lo ordena el citado artículo 355 de la Carta Política" (C-679, 1999).

Por consiguiente, las entidades públicas en todos sus niveles están autorizadas para celebrar contratos con el fin de impulsar programas y actividades de interés público de carácter benéfico, siempre que se ajusten a los planes nacionales y seccionales de desarrollo y a los reglamentos sobre la materia (Concepto 1626, 2005).

Atendiendo a lo anterior, se señala que cuando la administración decide celebrar un contrato determinado, debe escoger la persona natural o jurídica con la cual celebrará dicho negocio jurídico. Según lo estipulado, si existe un registro previo de proponentes, el contratista será escogido entre las personas inscritas y clasificadas, en los demás casos, éste podrá ser escogido con mayor libertad por la administración (Rodríguez, 2015, pág. 585). Por consiguiente, la escogencia del contratista deberá estar regida por la selección objetiva siempre y cuando existan varios oferentes

Así las cosas, el contrato para impulsar programas de interés se presenta como el medio contractual para que entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad tengan la oportunidad de celebrar negocios jurídicos, a través de acuerdos de voluntades a través de los cuales las entidades sin ánimo de lucro y el Estado se proponen obtener un resultado jurídico en pro del interés público.

A diferencia de lo anterior, los convenios de asociación se ciñen a la funcionalidad que la Ley asigna a las entidades estatales, lo cual significa que, atendiendo a los términos establecidos en la Ley 909 de 2004, dichas asociaciones buscarán el cumplimiento de la función administrativa, atendiendo los lineamientos expuestos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Es decir, que los convenios de asociación[22] son aquellos acuerdos de voluntades suscritos por instituciones públicas con una entidad sin ánimo de lucro reconocida, que reúne las condiciones necesarias para un fin determinado. Dicho acuerdo centra su objeto en la asociación

[22] Características de los convenios de asociación: Estos se celebran con cualquier entidad estatal, El contratista será una entidad sin ánimo de lucro reconocida e idónea, El objeto del convenio de asociación es el desarrollo funciones públicas propias de las entidades estatales y no puede haber remuneración sino aportes de los asociados

para el desarrollo de un cumulo de actividades o programas de interés público que atiendan a los procesos misionales de la entidad los cuales se complementan con los respectivos planes de desarrollo.

De lo anterior, surge una situación que es de consideración, pues dicho artículo establece una vinculación entre convenios de asociación y contratos que impulsan programas de interés, pues la norma remite primero al artículo 355 de la constitución, prestándose para que tanto funcionarios como entes de control e individuos hagan interpretaciones equívocas que no atienden a la naturaleza, el objeto y el contexto de estos instrumentos (Colombia compra eficiente, 2017).

Por consiguiente, la naturaleza que impone el artículo 355 de la constitución política y su desarrollo normativo, establece:

> grises y vacíos que han impedido su aplicación adecuada a los fines que le dieron origen y, dada la remisión que hace el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, muchas de las críticas, interpretaciones y cuestionamientos que sobre él se hagan afectan, sin lugar a dudas, los convenios del citado artículo 96 de la Ley 489 de 1998(Acosta,2016, p.9).

Esta posición nos presenta una problemática tangible en el hacer práctico y que atiende a la no comprensión del régimen aplicable y sus características, pues el reconocer verdaderamente la esencia, las condiciones y los lineamientos de estos contratos permite ver los cuestionamientos reales de la norma, ya que las figuras jurídicas, al ser confundidas o analizadas bajo un régimen erróneo genera una confusión conceptual en la interpretación del sentido de su objeto.

Igualmente, es importe decir que, debido a la posibilidad interpretativa del contrato y el convenio hablado, el uso de estos se ha dado bajo un panorama descontrolado, generando que la especialidad del régimen sea usada constantemente bajo figuras no idóneas y que en el peor de los

casos se confunda con postulados propios del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, causando que los entes de control, al analizar la aplicación del régimen, asuman que este ha sido usado para evadir las directrices de la contratación general, sin hacer un verdadero análisis respaldado bajo postulados teóricos y prácticos(Acosta,2016).

Lo anterior demanda que exista una claridad teórica, que será desarrollada en el presente capítulo respecto de la diferencia entre estos tipos de contratos, para impulsar programas de interés público y convenios de asociación para el cumplimento de funciones y objetivos de las entidades estatales, atendiendo a su régimen especial, de forma tal forma que permita comprender que porqué se da tal asignación.

A continuación, se efectuarán algunas consideraciones teóricas y conceptuales acerca de los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia y los convenios de asociación regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Antes de desarrollar los contratos para impulsar programas de interés público y los convenios de asociación, respectivamente, es menester resaltar los postulados conceptuales y teóricos que acompañan estas figuras jurídicas, analizando los antecedentes del artículo 355, el cual se originó tomando como base la desaparecida política de fomento, en donde esta:

> adquiere un nuevo sentido y tiene una nueva dimensión. En efecto, sin acudir propiamente a auxilios ni donaciones, actos de mera liberalidad y que sólo en ocasiones suelen cumplir los objetivos que mediante ellos se propuso la entidad pública, el Estado puede celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar

> programas y actividades de interés público, con sujeción al inciso segundo del artículo 355 de la Constitución (Consejo de Estado.1993).

Bajo esta información se señala que la base de los contratos para impulsar programas de interés se sustenta en el desarrollo de acciones económicas gubernamentales que a través de apoyos, busca la ejecución de programas que busquen el progreso en términos de bienestar de la población civil (Olarte & Quintero, 2004).

Igualmente, sucede frente a los convenios de asociación contemplados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, pues la actividad de fomento debe ser desarrollada bajo los lineamientos que establezca el artículo 355, en los cuales los particulares "asumen un rol activo y destacado en el emprendimiento, el desarrollo y la gestión de asuntos comunes a todos, es decir, de interés general" (Acosta.2016, p.18). Esta posición se desarrolla gracias a la necesidad del individuo o entidad potenciada con un fin social que trasciende el mero acto individual, pues contribuye al desarrollo del bienestar de la sociedad colombiana.

Lo anterior, deja en evidencia que persiste dentro del Estado Social de Derecho una desconfianza por parte del legislador hacia el manejo de los recursos públicos y además se ha omitido la necesidad de una regulación profunda que aproveche y potencie la capacidad existente entre la relación de beneficio que puede surgir entre el Estado y los particulares, donde, si bien es cierto que el gobierno expidió el Decreto 92 de 2017, este ha sido suspendido parcialmente, dejando, tal como se desarrollará más adelante, mayores inconsistencia en su desarrollo.

Respecto de esto último, es importante visualizar las bondades del fomento para entender cuál es la verdadera finalidad de estos contratos estatales. Aquí se expone que el fomento es la capacidad que tiene un gobierno para impulsar y promover el interés general, traducido como el espíritu del particular para desarrollar una actividad que contribuya al conglomerado y genere un

beneficio que no necesariamente es de carácter económico, pues el fin último es el desarrollo social (Gómez, Martínez & Arzuza, 2006).

Finalmente, es menester puntualizar que dichas acciones son aplicables a los siguientes sectores (Gómez, Martínez & Arzuza, 2006):

- Sector económico (competitividad y desarrollo productivo)
- cultura del emprendimiento
- Sector ciencia y tecnología
- Sector solidario
- Bienestar y desarrollo institucional
- Política de fomento al espíritu empresarial
- Política de ánimo y protección al emprendedor
- Creación de nuevas empresas
- Mipyme

Desde luego, dichos campos de acción no se generalizan entre convenios y contratos, y dependen tanto de la finalidad de la figura jurídica como de la parte contratada, que será estudiada a continuación, haciendo énfasis en estas como entidades sin ánimo de lucro.

### 2.1.1. Actores dentro de las figuras jurídicas analizadas

A pesar de la amplia posibilidad que brindan los convenios respecto de los actores vinculados a la asociación, este y el contrato para impulsar programas de interés hacen especial énfasis en las entidades sin ánimo de lucro, las cuales son conocidas en el ordenamiento jurídico colombiano como personas jurídicas sujetas al derecho privado con fines no lucrativos y con un interés social; su sustento jurídico se encuentra específicamente en el código civil colombiano que

las categoriza como entes titulares de derechos y con la capacidad de contraer obligaciones; son entidades con autonomía jurídica e independencia económica; tienen un reconocimiento constitucional con rango privado desde el artículo 38, con el cual se garantiza el libre derecho de asociación.

El tratadista Arturo Valencia Zea (1940) citado por Torrente Bayona & Bustamante (2001, p.23). expone que "la corporación es un grupo humano que persigue determinados beneficios que se reparten entre los miembros que la integran; las fundaciones son un capital afectado de manera permanente a servicio de la comunidad" En la corporación hay asociación de personas; en las fundaciones, predestinación de bienes a fines sociales.

La Dirección Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá define las entidades sin ánimo de lucro como organizaciones cuyo objeto social principal y recursos están destinados a actividades de salud, deporte, educación formal, cultural, investigación científica o tecnológica, ecológica, protección ambiental, o a programas de desarrollo social, entre otras, cuyas actividades son de interés general y sus excedentes son invertidos totalmente en la actividad contemplada en su objeto social; están constituidas por una o más personas con fines altruistas del orden social, cultural y deportivo (Secretaría General Alcaldía Mayor de Bogotá, 2009, pág. 12).

Arturo Valencia Zea expone que respecto de las fundaciones se ha dicho que son independientes de todo grupo de personas físicas, en el sentido de que las personas encargadas de la dirección de una fundación no son en la mayoría de los casos las que crearon esa persona moral, los beneficios que se obtengan no van a ser repartidos entre ellas, la existencia de la fundación es independiente de los miembros que la dirigen; en la mayoría de los casos ha sido fundada por una

persona distinta que quiso perpetuar su memoria en obras imperecederas de caridad o beneficencia (GÓMEZ, 2012).

Existen diferentes tipos de entidades sin ánimo de lucro: las fundaciones, las corporaciones y las asociaciones; aunque el principal factor que las diferencia radica en su constitución, su característica en común es que son entidades de derecho privado con compromisos sociales; desde la Constitución de 1991 se les da un reconocimiento especial y se establece que estarán sujetas a inspección, vigilancia y control por parte de entes autorizados por el presidente de la República en disposición legal.

Es de resaltar que el motivo que acerca a estas entidades a los fines del Estado es la satisfacción de intereses públicos y realizar sus actividades sin ningún ánimo de lucro y por esta razón es el mismo Estado quien ejerce ese control sobre estas entidades, con el fin de garantizar un adecuado cumplimiento de esos fines que se asemejan a los suyos y se haga un cabal uso de sus recursos.

Por otro lado, si bien no ejercen sus actividades para obtener un lucro, requieren de alguna manera generar ingresos para su propio funcionamiento, esto implica que generar algunos excedentes no está prohibido, solo que se debe tener claridad cerca del destino de los mismos, conteniendo una prohibición implícita en cuanto a impedir la distribución de estos excedentes de forma individual entre sus integrantes, lo que causaría una deslegitimación en su objeto de constitución.

Dicho esto, vale la pena aclarar que estas entidades no son aplicables a todos los contextos y dependen de la finalidad del convenio a partir de las figuras jurídicas estudiadas, por lo tanto, en este análisis es de suma importancia estudiar los lineamientos que fija la norma, pues tanto el

contrato como el convenio en cuestión deben desarrollarse según las características y especificidades de cada uno, por lo que a continuación, se abordará cada figura jurídica o instrumento contractual, exponiendo sus diferencias y semejanzas.

## 2.1. Los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia.

La Constitución de 1886 contenía una figura de auxilios parlamentarios, la cual permitía que los congresistas dispusieran con alto grado de libertad de importantes sumas de dinero, destinándolas al apoyo de actividades de interés general y que normalmente se canalizaban a través de instituciones sin ánimo de lucro, muchas de las cuales pertenecían a ellos mismos, lo que traía como consecuencia que los auxilios terminaran enriqueciendo bolsillos particulares sin lograr la finalidad para la cual estaban instituidos.

En su reemplazo, la Constitución de 1991 creó una forma especial de contratación contenida en el artículo 355, destinada a apoyar actividades de interés general realizadas por los particulares a través de entidades sin ánimo de lucro. La reglamentación de estos contratos se le encomendó al Gobierno, habiéndose expedido en el año de 1992 el decreto 777, que fue reformado por el decreto 1403 de 1992 y por el 2459 de 1993 y en la actualidad derogados por el decreto 092 de 2017[23] que le dio un vuelco a esta modalidad de contratación. Cabe resaltar que este Decreto

[23] Decreto suspendido provisionalmente por el Fallo 00113 de 2019 Consejo de Estado - Sección Tercera**:** se suspende el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 92 de 2017, los literales "a" y "c" del artículo 2 del Decreto 92 de 2017, así como el inciso quinto de la misma norma, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído, el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 92 de 2017, según se indicó en la parte motiva y el inciso final del artículo 4 del Decreto 92 de 2017.

crea una forma especial de contratación regida por el derecho privado, frente a lo no regulado, lo que implica que la selección del contratista se hace de manera directa[24]si no existen varios competidores.

Respecto de lo anterior, es importante mencionar que este contrato hace parte de los tipos contractuales pertenecientes al régimen de contratos *especiales*; el contrato de interés público contenido en el artículo 355 inciso 2º de la Constitución política de Colombia estableció un régimen propio y autónomo, regido actualmente por el Decreto 092 de 2017.

Atendiendo estas características, es menester señalar que actualmente este tipo de contrato no cuenta con un verdadero desarrollo, pues la suspensión provisional producto del Fallo 00113 de 2019 Consejo de Estado - Sección Tercera, imposibilitó el uso de la mayoría de artículos que lo regulaban y de manera indirecta canceló la guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad expedida por Colombia Compra Eficiente, dejando a los contratos para impulsar programas de interés público en un limbo jurídico pues, tal como se mencionó anteriormente, los anteriores Decretos que establecían sus reglas fueron derogados por el artículo 11 del decreto 092 de 2017, el cual fue suspendido parcialmente, dejando como base el desarrollo jurisprudencial.

A pesar de dicha suspensión, existe un desarrollo doctrinal que deja clara la población a la que se dirige y que se ve representada por la siguiente tabla:

[24] Nota aclaratoria: No confundir con la contratación directa contemplada en el régimen general de contratación, directa hace relación a la libertad del régimen y su practicidad como instrumento dentro de las etapas procesales.

**Ilustración 6. Población objeto de los contratos para impulsar programas de interés público**

| Población-objeto del convenio de interés público | Ejemplos a la luz de la jurisprudencia constitucional | |
|---|---|---|
| Personas en situación de debilidad manifiesta | • Población en situación de desplazamiento<br>• Población carcelaria<br>• Personas de la tercera edad<br>• Enfermos catastróficos<br>• Niñas, niños y adolescentes<br>• Discapacitados físicos o psíquicos<br>• Víctimas del conflicto<br>• Defensores de derechos humanos<br>• Entre otros | |
| Personas en situación de indefensión | La indefensión se ha definido como "una circunstancia empírica, no normativa, que coloca a la persona en la imposibilidad real de ejercer sus derechos fundamentales por motivos ajenos a su voluntad. Pese a que, *in abstracto*, el ordenamiento jurídico dispone de medios de defensa judicial para la protección de los derechos e intereses, en la práctica, diversos factores de hecho, entre ellos la inacción de las autoridades públicas, pueden dar lugar a la desprotección y consecuente indefensión de una persona frente al poder o a la supremacía de otro particular" (sentencia T- 210 de 1994). | |
| Minorías | • Étnicas: indígenas, afrocolombianos, raizales, rom.<br>• Políticas: parlamentarias, en oposición.<br>• "Discretas u ocultas": discapacidad en habla, oído o visión.<br>• Sexuales. | |
| Derecho a la educación | Dimensiones:<br>• Preescolar<br>• Básica<br>• Primaria<br>• Secundaria<br>• Superior<br>• Etnoeducación<br>• Especial (deficiencia y capacidades extraordinarias)<br>• Sexual | Factores:<br>• Acceso<br>• Permanencia<br>• Calidad<br>• Disponibilidad |
| Derecho a la paz | Cumplimiento de los puntos del Acuerdo Final de Paz:<br>• Hacia un Nuevo Campo Colombiano: Reforma Rural Integral.<br>• Participación política: Apertura Democrática para Construir la Paz.<br>• Fin del conflicto: Acuerdo sobre el Cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo y Dejación de Armas.<br>• Solución al problema de las drogas Ilícitas.<br>• Acuerdo sobre las víctimas del conflicto: Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.<br>• Implementación, verificación y refrendación. | |
| Manifestaciones artísticas, deportivas y culturales | • Arte: se ha definido como "cualquier actividad o producto realizado por el ser humano con una finalidad estética o comunicativa, a través del cual se expresan ideas, emociones o, en general, una visión del mundo, mediante diversos recursos, como los plásticos, lingüísticos, sonoros, o mixtos" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 2 de diciembre de 2013, exp. 41719).<br>• Deporte: se ha definido como el desarrollo de toda actividad física, pudiendo comprender las dimensiones de "una forma de realización personal, un espectáculo, una actividad laboral y una empresa" (sentencia T-212 de 2016). | |

| Población-objeto del convenio de interés público | Ejemplos a la luz de la jurisprudencia constitucional |
|---|---|
| | • Cultura: se ha definido como "el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos, que identifican a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias" (sentencia C-111 de 2017). |
| Promoción de la diversidad étnica | Debe recaer en las siguientes poblaciones:<br>• Indígenas<br>• Afrocolombianos<br>• Raizales<br>• Rom |

**Ilustración 6**. Población objetivo de los convenios de interés público, (Gómez & Díaz, 2019, p.304).

Por otro lado, es importante percibir que las figuras jurídicas contempladas en el artículo 355 de la constitución Política de Colombia establecen una relación contractual entre la entidad sin ánimo de lucro y la administración, por medio de la celebración de un contrato, el cual es reglamentado por la Ley atendiendo a su régimen especial y no se diferencia normativamente a los convenios, pues la Ley no genera un contraste entre estos, siendo tomados como semejantes en el hacer contractual.

Dicha consideración difiere de lo señalado por la doctrina, pues teóricamente si existen diferencias entre estas dos figuras. La Autora Móreo (2010), por ejemplo, establece algunos criterios que hacen que los contratos para impulsar programas puedan diferenciarse a los convenios y que deben tenerse en cuenta, pues son características de suma importancia, estos son:

- Existe un juego de intereses, pues las partes buscan de manera individual su propio beneficio.
- Consiste en ejecutar una acción en particular bajo condiciones delimitadas y especificas dentro del contrato.
- Existe interés patrimonial.
- Existe un debido proceso de selección en concordancia con el principio de selección objetiva.
- No hay igualdad entre las obligaciones pactadas.

Por otro lado, frente a la posibilidad de considerar este contrato bajo la modalidad del régimen exceptuado, es importante señalar que, a pesar de que varios autores lo consideran dentro

de esta categoría, su exclusión, aunque está señalada por vía constitucional, mediante su normativa se remite al régimen general (generando mixtura entre lo privado y lo público); además, su clasificación atiende a una especialidad que está determinada por el objeto contractual y que lo ubica como un contrato estatal especial.

Atendiendo a lo anterior y a la no exclusión total de dicho régimen por medio del estatuto general de contratación, se hace la precisión de que este contrato desde su propia regulación cuenta con una dimensión jurídica de carácter particular que se desarrollará a posteriori.

### 2.1.1. Sobre el carácter privado de la actividad de interés público

Mediante el desarrollo doctrinal del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia es importante mencionar, que:

> El propósito es permitir que ciertos sujetos de derecho privado que desarrollan actividades beneméritas en el campo científico, cultural, educativo o de solidaridad social y humana, puedan recibir apoyo estatal, pero sometidos a mecanismos de verificación del destino dado a los recursos y a las modalidades de su ejecución, inherentes a la contratación pública, evitando así que desvirtúe su función hasta convertirse en una herramienta de proselitismo político, de beneficio individual o de despilfarro de dineros públicos como aconteció en años anteriores (Lleras, Arenas, Hernández & Charry, 1992).

Lo expuesto por los autores brinda claridad respecto de la necesidad de incluir actores privados para el desarrollo de programas de interés público, bajo un control riguroso, pero consciente de los recursos a ejecutar; dicha actividad de carácter privado se ejecuta bajo esta dimensión, debido a que las donaciones y auxilios se otorgan contractualmente bajo lineamientos específicos a personas naturales o jurídicas de derecho privado

Respecto de esta cualidad, el contrato para impulsar programas de interés público asume que la entidad sin ánimo de lucro y los particulares son regulados internamente por las normas que les asigna la ley, y establece que la competencia que tiene la administración delimita el campo de acción en concordancia con los particulares. Lo anterior significa que debe existir una claridad respecto del objeto misional de las entidades sin ánimo de lucro, pues dichas labores estarán en concordancia con la actividad que será impulsada.

Finalmente, la ESAL se constituye según el programa a impulsar y el requisito principal que la administración solicita a la entidad es la idoneidad y experiencia en la ejecución de sus labores. Lo anterior conlleva a que esta entidad debe mantener sus acciones de manera constante y deben ser sostenibles en el tiempo, pues solo de esta forma cumple con la experiencia solicitada (Colombia Compra Eficiente, 2017).

Estas características serán puestas en contraste más adelante frente los convenios de asociación; sin embargo, es necesario abordar este convenio asumiendo sus postulados normativos y antecedentes.

## 2.2.Los convenios de asociación regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998

Los convenios de asociación, según la Ley 489 de 1998, son aquellos acuerdos de voluntades que según los dispuesto por el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, se suscriben entre una entidad pública con persona jurídica particular, “para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley” (Ley 489,1998, art. 96).

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-671 de 1999, expuso frente a estas actividades que las entidades:

> Pueden celebrar convenios de asociación con personas jurídicas de derecho privado o participen en la creación de personas jurídicas de este carácter para desarrollar actividades propias de ‘los cometidos y funciones ‘que la ley asigna a las entidades estatales, esto no vulnera en nada la Carta Política. (Corte Constitucional, C-671,1999)

Ya que estos contratos son un instrumento que la Constitución autoriza para el fin común, pues busca favorecer el interés general, desde luego siempre acatando los principios contractuales y los fines esenciales del Estado. Por último, se resalta que el Decreto 92 de 2017 dispuso en su artículo 5 el objeto de estos convenios, los cuales buscan el cumplimiento de actividades propias de las entidades estatales. En dicho artículo se establece la diferencia entre los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, destacando una reglamentación distinta[25] que hasta fecha sigue vigente en el Decreto 092 de 2017.

Así mismo, es importante vislumbrar que los convenios contemplados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 generan un vínculo entre el Estado y el particular por medio de la celebración de un convenio, el cual asume las cualidades de contrato, pues el sistema jurídico colombiano no genera una distinción entre estos, siendo tomados como sinónimos en la gestión contractual.

Dicha situación no ocurre igual en el campo de la doctrina jurídica, pues diversos autores establecen diferencias contundentes entre el contrato y el convenio. Uno de estos, es la profesora Móreo (2010), que establece ciertos criterios diferenciadores que hacen de los convenios de asociación únicos y que deben tenerse en cuenta y que serán abordados más adelante, dichos razonamientos son:

[25] Los convenios de asociación según el decreto están regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y los artículos 5o, 6o, 7o y 8o del presente decreto.

- Su finalidad no se gesta bajo una contraposición de intereses, ya que atiende a la creación de un acuerdo de colaboración institucional que busca consecuentemente realizar una o varias actuaciones en respuesta de metas comunes.

- Ninguna de las partes tiene un interés patrimonial, la finalidad es el objeto y no el lucro.

- Por lo general, los intereses de las partes son públicos.

- El beneficiario siempre será la sociedad en la medida en que se cumplan los fines estatales.

- "Generalmente, no van precedidos de proceso de selección porque se trata de priorizar necesidades para destinar recursos comunes en orden a un fin público" (Marroig, 2010, p.80).

- Las prestaciones son equivalentes y se desarrollan en partes iguales.

Por último, al igual que el contrato para impulsar programas de interés, el convenio de asociación pertenece al régimen especial, pues no se encuentra excluido por el régimen general y además posee una regulación propia, permitiéndole establecer parámetros o condiciones diferentes a los contempladas en el estatuto general de contratación.

### 2.2.1. Sobre el derecho público en los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la ley 489 de 1998

A diferencia del contrato para impulsar programas de interés público contenido en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, atiende a una óptica privada sin dejar de lado la lógica contenida en la ejecución de actividades de los planes de desarrollo, la actividad del

convenio de asociación contemplado en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se ejecuta por medio de un ámbito o campo de lo público.

Atendiendo a lo anterior, es importante indicar que las actividades que se fomentan en el campo de los convenios de asociación se realizan en pro del actuar administrativo, esto es diferente al campo trazado para los contratos para impulsar programas de interés que se hacen en pro de estimular a los particulares, dicha diferencia, no pretende ubicar la gestión contractual en un plano meramente jurídico, sino orientando a las actividades a las dimensiones de lo público y lo privado, presentándose mixturas entre estas.

En otras palabras, se señala que los programas son de carácter privado porque su materialización se hace a través de privados, a pesar de que el plan de desarrollo orienta o focaliza dicha acción; igualmente, sigue manteniendo su esencia y el régimen especial que se aplica le permite dicha condición. Por otro lado, la otra figura jurídica es diferente, pues la ejecución del convenio de asociación se hace en cabeza del Estado y en pro de este, bajo esta posición se afirma que dicha acción es pública.

Una vez aclaradas estas cualidades, es significativo abordar puntualmente las diferencias entre los contratos y convenios estudiados, partiendo desde un análisis teórico de las respectivas figuras jurídicas y abordando puntualmente los contraste existentes entre los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia y los convenios de asociación regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

### 2.3. Sobre la diferenciación entre los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia y los convenios de asociación regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

En el siguiente apartado, se revisarán las características de los contratos y convenios y se estudiarán los contrastes conceptuales y jurídicos de estos, para comprender las diferencias existentes entre los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia y los convenios de asociación regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

### 2.3.1. Los contrastes existentes entre contratos y convenios

La doctrina contractual ha desarrollado diferencias tangenciales entre los convenios y contratos, una posición esclarecedora es la expuesta por el profesor Valencia Zea, el cual señala que a pesar de que todo contrato es una convención, no toda convención es un contrato y en ese sentido, el contrato y los convenios no son sinónimos, precisando que los contrato son aquellos cuya “finalidad consiste en crear obligaciones, mientras que son convenciones el cumplimiento de las obligaciones"(Chávez,2008, p.74).

Igualmente, el autor Oscar Javier Fonseca Gómez corroborara lo anterior, al decir que:

> El Art. 1495 del C.C, define como sinónimos sin serlo, los términos contrato convención, en el sentido de que se trata de un acto por el cual la parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Sin embargo, de antaño se ha admitido que esa definición corresponde solo a la noción de contrato, como una especie; y que convención es el género de los acuerdos de voluntades, porque este concepto incluye, además del contrato, a todo acuerdo de voluntades que tenga un objeto cualquiera, aunque no sea dar, hacer o no hacer alguna cosa (Fonseca, 2012, p.45)

Dicha visión permite confirmar lo anteriormente expuesto, pero agrega una componente más al análisis, y es el hecho de que el contrato crea obligaciones de dar, hacer y no hacer y el

convenio o convención es un acuerdo de voluntades que puede contener obligaciones contractuales o no, pues su finalidad es la de establecer un vínculo colaborativo para la ejecución de unas acciones concretas en pro de uno fines comunes.

Bajo estos aportes y teniendo en cuenta lo desarrollado por el profesor Chávez (2008), se presenta un esclarecimiento de suma importancia, pues permite identificar la finalidad y objetos de las dos figuras, sumado a las características que fueron abordadas anteriormente bajo los criterios de la profesora Marroig (2010), es posible establecer puntualmente la diferencias.

Por consiguiente, se plantea la siguiente gráfica:

**Ilustración 7. Diferencias conceptuales entre convenios y contratos**

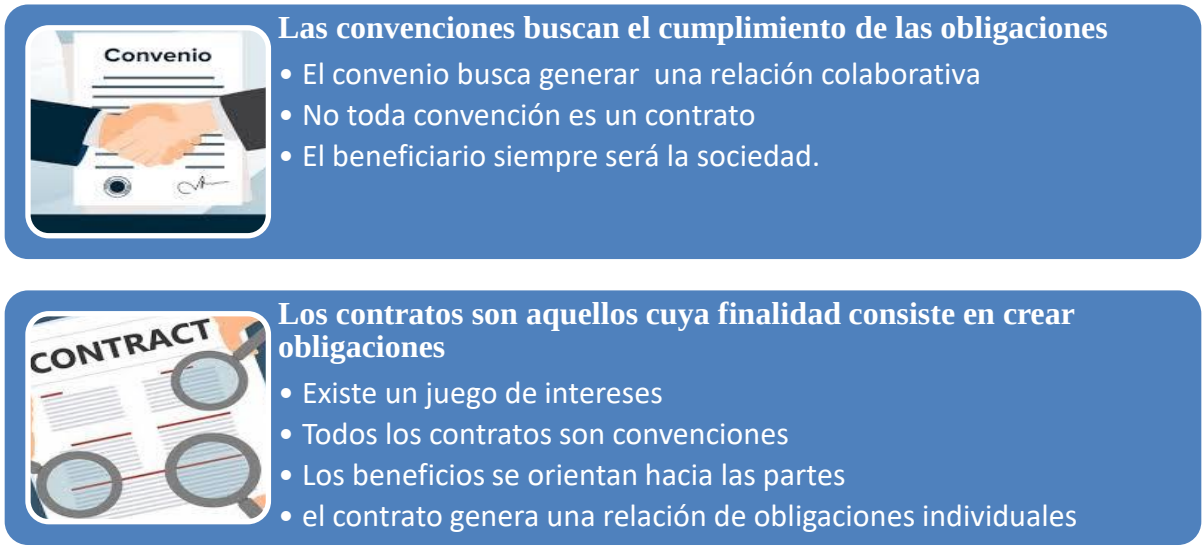


Ilustración 7. de autoría propia que describe las Diferencias conceptuales entre convenios y contratos, esto basado en los planteamientos expuestos por Teresa Marroig (2013), Oscar Fonseca y Augusto Chávez(2008).

A continuación, estos contrastes, se analizarán con mayor detenimiento, en el estudio de las diferencias existentes entre los contratos para impulsar programas contenido en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia y los convenios de asociación regulados por el artículo 96

de la Ley 489 de 1988, focalizándose en las posibles confusiones sustanciales y postulados normativos de estos.

### 2.3.2. Sobre las diferencias sustanciales entre las figuras jurídicas

Sobre las diferencias existentes entre los contratos para impulsar programas contenido en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia y los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1988, existen diferentes posiciones encontradas teóricamente hablando, pues algunos autores han puesto de presente que estas modalidades son exactamente lo mismo, al respecto Oscar Javier Fonseca, afirmara:

> El problema de la diferenciación entre contrato de apoyo y convenio de asociación, puede partir del uso del lenguaje, sin que se pueda perder de vista la esencia de la norma que regula tal tema, teniendo en cuenta que indistintamente de la forma como se llamen, los mismos son actos jurídicos celebrados con Entidades sin ánimo de lucro, con la aplicación de la misma normativa (…), no hay razón de peso suficiente que tenga el poder de diferenciarlos (2012,p.50).

Desde luego, dicho análisis no atiende a un contexto actual, pues el autor desconocía en su momento la normativa que permitió tener mayor claridad respecto de los alcances de estas dos figuras jurídicas; sin embargo, es fundamental comprender este tipo de planteamientos, para percibir el contexto de lo que se pensaba sobre los contratos para impulsar programas contenido en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia y los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1988.

Bajo el anterior antecedente, existen posiciones más arraigadas de algunos autores al hacer práctico, exponiendo características que definitivamente los hacen desemejantes; en este grupo, se encuentran Alejandro Gómez Velásquez y Cristian Andrés Díaz Díez, quienes afirman que, mientras estuvo vigente el Decreto 777 de 1991, la discusión de las diferencias entre estas figuras

jurídicas se presentó, por las semejanzas de los contratos para impulsar programas de interés público y los convenios de asociación, los cuales se remitían al artículo 355 de la Constitución política de Colombia, por los dos primeros incisos del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. (Gómez & Díaz, 2019).

Frente a dicha problemática, tanto la doctrina, como la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han establecido e interpretado sistemáticamente ambas figuras jurídicas, afirmando que compartían condicionamientos constitucionales, debido al criterio de supremacía constitucional, al respecto se afirmó en su momento que:

> no solo las condiciones del artículo 355 constitucional, sino también las de su reglamentación en el Decreto 777 de 1992, debían serles aplicables, toda vez que la figura prevista en el artículo 96 de la citada ley debía entenderse como una mera reiteración de la institución constitucional ya existente, es decir, la del convenio consagrado en el artículo 355 superior (Gómez & Díaz, 2019, p.293).

En contraposición, diferentes sectores institucionales establecieron una diferencia tangencial que parte del argumento de que los convenios se centralizan en un fin distinto al evocado en los contratos contemplados en el artículo 355 de la Constitución política de Colombia, pues el tipo contractual no tenía bases de diferenciación en su forma, pues jurídicamente se plantearon como contratos similares que atendían a otros nombres.

No obstante, fue hasta la creación del Decreto 092 de 2017, que el debate del cuestionamiento de la diferenciación quedó saldado, pues en este se hace perceptible la finalidad y la esencia de cada una de estas figuras jurídicas. El fundamento que sostiene la diferencia radica en la puntualidad que le daba el Decreto al objeto de los contratos para impulsar programas de interés público antes de su suspensión, pues se enfatizaba el campo de acción de este y se limitaba mediante los planes de desarrollo.

Lo anterior, les otorgó a los convenios de asociación un sentido propio desde sus características, pues al ser un convenio este podía materializarse como el medio para entablar alianzas colaborativas en pro de las funciones del Estado (para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos de la entidad) y el contrato para impulsar programas es la herramienta para establecer un acuerdo de voluntades con entidades sin ánimo de lucro.

Bajo estos criterios, Alejandro Gómez Velásquez y Cristian Andrés Díaz Díez establecen 6 dimensiones (finalidad, objeto, entidad contratante, aporte en dinero, autorización por parte del representante legal de la entidad estatal y procedimientos de selección) que permiten puntualmente clasificar las características de estas figuras, permitiendo comprender más claramente, dónde radican las oposiciones[26].

Al respecto, los autores realizaron una tabla que ilustra perfectamente las dimensiones y su desarrollo de manera oportuna:

**Ilustración 8. Diferencia entre convenios de asociación y contratos de interés público**

[26] Se hace la aclaración, que el uso de la terminología convenio responde, a que tal como se expuso anteriormente, todo contrato es un convenio y por lo mismo, los contrato que buscan impulsar programas de interés público pueden denominarse de igual forma.

| | Convenio de asociación | Convenio de interés público |
|---|---|---|
| Finalidad | No conmutativa | Benéfica o de auxilio |
| Objeto | Desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por la ley a las entidades estatales. | Ejecución de programas o actividades acordes con los planes nacional y seccionales de desarrollo, y que con ello se pretenda 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. |
| Entidad contratante | Entidad estatal, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo. | Exclusivamente entidades que pertenezcan a la rama ejecutiva del nivel nacional o descentralizado territorialmente y por servicios. |
| Aporte en dinero | Requerido por todas las partes contratantes. | Puede ser únicamente por la entidad contratante. |
| Autorización por parte del representante legal de la entidad estatal | No es requerida y, por tanto, su autorización se podrá delegar. | Es requerida y no se podrá delegar. |
| Procedimiento de selección | Por regla general, se debe surtir un procedimiento competitivo, salvo cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero en una proporción no inferior al 30 % del valor total del convenio o sea la única que pueda proveer dicha actividad o servicio. | Por regla general, se debe surtir un procedimiento competitivo, siempre y cuando no existan otras entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad que ofrezcan los bienes, obras o servicios requeridos. Sin embargo, el proceso competitivo no resultará obligatorio cuando el objeto del proceso "corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas". |

Tabla 3. Diferencias entre convenios de asociación y de interés público, (Gómez & Díaz, 2019, p.304).

Estas dimensiones, tal como se visualizan, exponen claras diferencias conceptuales y jurídicas que permiten al ordenador del gasto y a los entes de control comprender cuándo y cómo deben usarse las figuras en la gestión contractual; cabe resaltar que llama la atención que los autores han logrado sintetizar eficazmente la esencia de estos y las virtudes que el régimen especial les ha otorgado, donde se resume:

- Los convenios de asociación, a diferencia de los contratos de interés público, no buscan la igualdad entre lo que se da y lo que se recibe, por cuanto la asociación se realiza por intereses conjuntos o comunes, pero buscando beneficios para las partes, situación que no ocurre con los contratos de interés que se pactan como apoyos, auxilio o beneficios en pro

de fomentar actividades o programas que contribuyan al desarrollo o bienestar de la sociedad.

- En los convenios de asociación, la contratación puede ser adelantada por cualquier entidad del Estado (cualquier rama del poder público), desde que se contemplen los lieamiento establecidos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, situación distinta a los contrato de interés público que se focalizan solo y exclusivamente en entidades del poder ejecutivo. En dicho poder se encuentra en el nivel central (presidencia, vicepresidencia, ministerios, departamento administrativos, superintendencias y unidades administrativas sin personería jurídica ) y el nivel descentralizado (establecimientos públicos, gobernaciones, alcaldías, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado y las empresas, oficiales de servicios públicos domiciliarios, los institutos científicos y tecnológicos, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta).
- En los convenios de asociación, las partes aportan dinero, en el contrato de interés público los aportes en dinero solo se dan por la entidad que contrata.
- Es los convenios de asociación no se necesita la autorización del representante legal de la entidad estatal (esta puede ser delegada), pues se entiende que la relación es colaborativa, mientras que en el contrato de interés público sí es obligatoria la autorización, pues la gestión es controlada por la entidad contratante.
- Aunque las dos figuras deben surtir en la mayoría de los casos, procesos de elección competitivos cuando existe pluralidad de oferentes, la diferencia tangencial radica en que los convenios de asociación, la ESAL, si es aportante de recursos del 30%, podrá hacerse

la contratación directamente o sea la única que pueda generar las actividades contempladas en el convenio, a diferencia del contrato para impulsar programas de interés, en realidad no debe haber proceso de selección a menos que exista coexistencia de oferentes entre las ESALES.

Dicho esto, y entendiendo las diferencias existentes, es fundamental analizar y determinar cuáles son los regímenes aplicables a cada uno y exponer de manera crítica las dificultades que se han presentado cuando se confunde su esencia.

## 3. Análisis crítico del régimen aplicable a los contratos para impulsar programas de interés público y los convenios de asociación.

A continuación, se realizará un análisis crítico sobre el régimen aplicable a los contratos para impulsar programas de interés público y los convenios de asociación, partiendo de un contexto jurídico y tomando como soporte los postulados teóricos desarrollados en los dos capítulos anteriores.

Dicho esto, se enfatiza en que, en el país, el régimen contractual posee poca claridad jurídica y conceptual, lo anterior es verificable en la parte uno de este trabajo, pues en el estado del arte se expuso que la diversidad de postulados sobre la clasificación de regímenes contractuales es compleja y por lo mismo es necesario comprender estos axiomas para saber el régimen aplicable en cada tipología contractual existente.

Teniendo en cuenta lo anterior, dentro de la gestión contractual colombiana, el tipo de contrato Estatal no es suficiente para clasificarlo en un régimen de contratación, lo cual hace más dispendiosa la tarea del ordenador del gasto y genera confusiones a la hora de realizar seguimientos y evaluaciones a la gestión del contrato, a esto se adiciona que el régimen general en su fracaso de unificar los regímenes y abordar todas las tipologías, generó la posibilidad de la creación de múltiples regímenes especiales que se regulan propiamente y que atienden a una normativa distinta(Benavides, 2014).

En consecuencia, la presente investigación se plantea, en este capítulo, la misión de edificar lineamientos jurídicos y teóricos para que los entes de control y los ordenadores del gasto no incurran en una indebida aplicación del régimen de los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la constitución política de Colombia y los convenios de asociación regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Respecto de lo anterior, es pertinente decir que la afirmación expuesta sobre la existencia de una indebida interpretación en los entes de control a la hora de auditar los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la constitución política de Colombia y los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 es parcialmente cierta.

Pues, si bien se pensaba que la interpretación solo recaía en la normativa del régimen especial, tras realizar una revisión y análisis de los formatos usados por los entes control, estos permiten identificar que dentro de los procesos de auditoría existe la tendencia a generalizar los

regímenes especiales. Al respecto, no existe normativa[27] que regule esta acción, pues el tema parte más del entendimiento que tiene la entidad sobre los regímenes especiales (La orientación de sus guías, manuales y formatos).

Respecto de la interpretación de la norma, el fallo del Consejo de Estado generó mayor confusión, pues la guía de Colombia compra eficiente que le daba desarrollo al Decreto 092 de 2017 quedó inhabilitada mientras se resuelva la medida cautelar de suspensión. Si bien la suscripción de estos contratos procede cuando exista concordancia entre el objeto a contratar y el Plan de Desarrollo y cuando no exista conmutatividad entre la entidad y la ESAL, desde el componente técnico no es claro cómo serán los nuevos criterios para determinación de la reconocida idoneidad de la ESAL y el proceso de contratación (etapas de selección, ejecución, ejecución y liquidación).

Frente a los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la constitución política de Colombia, se resalta que estos están supeditados a la interpretación subjetiva y su uso se da de manera precavida por temor a la imputación del delito de celebración indebida de contratos, circunstancia que se genera por la falta de reglamentación del Decreto.

Cabe recordar que el motivo por el cual se acude a las ESAL es que estas son reconocidas dentro del ordenamiento jurídico colombiano como personas jurídicas que no tienen una finalidad lucrativa, sino, por el contrario, un interés social. Es por ello que se pueden contraer obligaciones con la ESAL, tal como aparece en el artículo 38 de la Constitución, pues son entidades de derecho

[27] Nota aclaratoria: puede que la expedición de reglamento, manual o guía sobre estos regímenes especiales permita a la entidad tener más claridad sobre estos regímenes especiales

privado con compromisos sociales y, sin embargo, están sujetas a inspección, vigilancia y control por parte de entes autorizados por el Presidente de la República en disposición legal.

Ahora bien, la normativa que rige la contratación y trata de evitar la vulneración de términos o criterios pasa por la aplicación de los principios de la función administrativa, tales como: el de transparencia, el de objetividad, el de economía, el de la publicidad, el de libre concurrencia, entre otros, contemplados para asuntos contractuales.

En consecuencia, es de agregar que la alusión presentada de los principios no es superflua, ya que estos son el fundamento deontológico, es decir, son el deber-ser que sirve como soporte sobre el cual se decreta y se ordena. Por tal motivo, son los principios una orientación hermenéutica para la interpretación de la ley. Así pues, puede ocurrir que no exista claridad y concreción en alguna norma, pero bajo el presupuesto del principio se supondría que habría una buena interpretación de la misma. A su vez, se parte del conocimiento de los funcionarios públicos sobre los principios que rigen la contratación y la buena fe al obrar con base en estos.

Lo anterior, desde luego determina el seguimiento que realizan los entes de control a la contratación pública en las entidades estatales, específicamente, del ¿cómo hacen el seguimiento a los Convenios de Asociación suscritos entre entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro? A causa de esto se halló que, este contrato se encuentra bajo una regulación especial que por ningún motivo debe ser evaluada por parámetros que no estén señalados en la ley.

### 3.1. Sobre la no aplicación del régimen general de la contratación pública en los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia y los convenios de asociación regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998

La contratación pública está compuesta por un vasto acervo normativo, lo cual conlleva a que existan diferentes regímenes aplicables a los contratos públicos; por regla general, se resalta lo previsto en la Ley 80 de 1993 y sus reformas principales contenidas en las Leyes 1150 de 2007, 1474 de 2011 y 1882 de 2018.

Lo anterior se muestra jurisprudencialmente por el Consejo de Estado[28], que clasifica los contratos Estatales en dos categorías, diferenciadas tangencialmente por los regímenes aplicables. En un primer momento, tal como se mencionó al comienzo de este párrafo, se tiene a los contratos regulados por el régimen general y por otro lado se establecen los contratos especiales, los cuales poseen un régimen propio[29].

Debido al régimen propio de los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia y los convenios de asociación regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, estos pertenecen a regímenes especiales que los desvinculan del régimen general de contracción.

---

[28] La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Al respecto en auto 8 feb. 2001, radicación 16.661; sent. 1º ago. 2002, radicación 21.041; auto 20 abr. 2005, radicación 14.519; sent. 4 dic. 2006, radicación 28.309; sent. 21 mar. 2007, radicación 32.841; auto 30 ene. 2008, radicación 32.867; sent. 4 jun. 2008, radicación 14.169; sent. 22 abr. 2009, radicación 14.667; sent. 23 sept. 2009, radicación 24.639; sent. 10 mar. 2010, radicación 36.838 y sent. 11 Abr. 2012, radicación 17.851.

[29] El régimen exceptuado o la excepción del régimen general se entenderá como una condición transversal a varios contratos especiales.

Respecto de los convenios, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia de 23 de mayo de 2012, radicación 25000-23-26-000-1998-01471-01(22828), ha determinado que, entre los diferentes contratos especiales se hallan los Convenios de asociación definidos como aquellos que:

> Se celebran entre una entidad pública con una persona jurídica particular con o sin ánimo de lucro; para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley (Consejo de Estado, Sección Tercera, 25000-23-26-000-1998-01471-01,2012).

Estos son diferentes a los contratos para impulsar programas de interés público, los cuales según el inciso primero del artículo 1 del decreto 092 de 2017[30] consisten en que el "Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo (Decreto 092, 2017). Lo anterior en concordancia con el artículo constitucional 355, el cual determina los términos para su aplicación y le brinda un carácter especial.

## 3.2.Explicación sobre los criterios que soportan la suscripción de contratos para impulsar programas de interés público

Para explicar los criterios que soportan la suscripción de convenios de asociación que disminuyen significativamente el riesgo de una indebida justificación es fundamental establecer que el Decreto 092 de 2017 establece lineamientos dentro de la contratación pública que permiten

[30] Nota aclaratoria, el Decreto 092 de 2017 se encuentra suspendido parcialmente por el Fallo 00113 de 2019 Consejo de Estado - Sección Tercera (El inciso citado se encuentra vigente)

la mitigación y la regulación de problemáticas sociales, logrando una verdadera gestión contractual frente a los fines estatales del Estado Social de Derecho.

Lo anterior, en observancia del artículo 355 de la Constitución Política, el cual establece la materialización de proyectos de interés general, bajo una colaboración social en cumplimento del plan nacional y demás planes de desarrollo a nivel territorial. Bajo la aplicación sistemática de dicha figura se deben distinguir las diferencias habidas entre el contrato para impulsar programas de interés público y el convenio de asociación, el primero funciona como un acuerdo entre una ESAL y una organización pública de cualquier nivel territorial, en pro de la implementación de programas previstos en el plan de desarrollo con recursos públicos.

Situación contraria a la prevista en los convenios de asociación, ya que al poseer la misma relación (organización- ESAL), el fin se centra, principalmente, en el desarrollo cooperativo de una o varias actividades al fin misional o funciones de la entidad. Cabe resaltar que dentro de los parámetros jurídicos el Decreto 092 de 2017 se promueve el principio de competencia en el artículo 4 del mismo, estableciendo la idoneidad como criterio de selección para desarrollar el programa necesitado.

Atendiendo a lo anterior, se resalta que las entidades públicas que deseen contratar con ESAL para programas de carácter artístico, cultural, deportivo y de promoción de la diversidad étnica no podrán excepcionar el criterio de competencia cuando las actividades solo puedan ser desarrolladas por determinadas personas naturales y jurídicas.

Por otro lado, para los convenios de asociación, a manera beneficiosa de la gestión y el interés público, la normatividad vigente comprende que, si la entidad sin ánimo de lucro aporta en dinero en efectivo el 30% del valor del proyecto, no es necesaria la competencia, permitiendo la

agilización del proceso y la disminución de la carga a nivel administrativo, atendiendo desde luego al evento de que no haya pluralidad de aportantes.

Esta característica permite comprender que los convenios asociación, al poseer un régimen especial, no están condicionados a las mismas dinámicas contractuales y por lo tanto no se les deben aplicar los mismos razonamientos del Estatuto General de Contratación pues la licitación pública es la regla general de todos los procesos contractuales.

Frente a lo anterior, el Decreto 092 de 2017 fija la necesidad de que la administración realice un proceso en cumplimiento del principio de competencia; sin embargo, la normativa no prevé una especificación o condicionamientos respecto de la temporalidad, estableciendo la obligación de delimitar los plazos a la entidad.

Dichas disposiciones tampoco deben indicar que el Decreto 092 de 2017 sea siempre aplicable a nivel contractual entre ESAL y organizaciones públicas, puesto que tal como se señaló en capítulos anteriores, no aplica en relaciones de carácter conmutativo, pues se aplicará la normativa existente en el Estatuto General de la contratación.

Finalmente, es importante señalar que para el desarrollo adecuado de este criterio procesal se debe comprender que el representante legal de una entidad estatal debe autorizar la celebración de los convenios de colaboración sin posibilidad de delegar, debido a la particularidad que posee el cumplimiento de un programa del plan de desarrollo, situación que cabe aclarar no ocurre con los convenios de asociación.

### 3.3. Sobre el régimen aplicable a los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la constitución política de Colombia y los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Según lo establecido en el artículo 355 de la constitución política de Colombia, los contratos para impulsar programas de interés público se enmarcan en un régimen especial que está determinado por el objeto contractual y que se regula por medio el Decreto 092 de 2017, reglamentación que actualmente se encuentra parcialmente suspendida debido al fallo 00113 de 2019 del Consejo de Estado - Sección Tercera**.**

Este fallo suspende el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 92 de 2017, los literales “a” y “c” del artículo 2 del Decreto 92 de 2017, así como el inciso quinto de la misma norma, el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 92 de 2017 y el inciso final del artículo 4 del Decreto 92 de 2017.

Dicha separación normativa deja sin base al Decreto, pues genera una evidente inseguridad jurídica, ya que imposibilitó el uso de la mayoría de los artículos que lo regulaban, pues desvincula a los contratos para impulsar programas de los parámetros establecidos en la Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad creada por Colombia compra eficiente.

Respecto de los convenios de asociación, es importante mencionar que cuentan con un régimen especial, pero estos son diferentes al contrato anterior, puesto que está delimitado puntualmente por el artículo 96 de la Ley 489 de y los artículos 5o, 6o, 7o y 8o del Decreto 092 de 2017, los cuales no fueron suspendidos por el fallo 00113 de 2019 del Consejo de Estado.

Este contrato, al ser especial, adquiere la característica de brindar mayor libertad a las entidades públicas, pues contiene un régimen propio que permite seleccionar a un contratista bajo determinadas condiciones, sin necesidad de agotar las etapas previas de la contratación expuestas en el estatuto contractual contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, ya que estas no están obligadas a contratar bajo tal normativa (Gómez, 2012).

Sin embargo, es importante considerar que la cualidad resaltada anteriormente, propia del régimen especial, convierte al contrato y al convenio en figuras atractivas para rehuir otras modalidades contractuales, lo cual ha generado que se haya incrementado el uso de los instrumentos anteriormente referenciados.

Esto es analizado en el documento denominado “Diagnóstico sobre contratación con entidades sin ánimo de lucro (Decreto 092 de 2017)”. En este estudio, la entidad de control preventivo(Veeduría Distrital) expone que por lo menos en Bogotá, gran parte de las instituciones no justifican de manera acertada el uso de convenios de asociación y contratos para impulsar programas, recomendando la necesidad de “establecer una diferencia estandarizada entre los contratos realizados mediante la modalidad de contratación directa y los convenios de asociación derivados del cumplimiento del artículo 355 de la Constitución Política” (Veeduría Distrital, 2019,p.15).

.

# 4. Conclusiones

El trabajo desarrolla la problemática sobre si ¿los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la constitución política de Colombia y los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 corresponden a un régimen excepcional de contratación?, realizando en primera instancia, una revisión bibliográfica sobre los regímenes contractuales y se identificó la pluralidad de clasificaciones existentes.

Al respecto, se propuso una clasificación que buscaba conciliar diversas posturas doctrinales en procura de generar mayor claridad, situación que permitió el análisis de los regímenes existentes bajo una óptica crítica y propositiva; dicho estudio expuso la coexistencia de diversos planteamientos sobre la forma como debe ser clasificada la gestión contractual Colombia, resaltando que estos regímenes se han consolidado atendiendo a las características y tipos de figuras jurídicas contempladas en el sistema jurídico colombiano.

Atendiendo a lo anterior y bajo el estado de arte expuesto en el capítulo 1, se encontró que las diversas categorizaciones realizadas a los contratos y convenios colombianos se recogen en los postulados expuestos por el profesor Cohecha (2017). Donde se señala la existencia de tres regímenes fundamentales, estos son:

- Régimen General o Estatuto General de Contratación: comprende la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 1082 de 2015 y demás normas reglamentarias

- Régimen exceptuado: su gestión contractual se rige bajo disposiciones distintas, generando una exclusión del Estatuto General de Contratación pública y endilgándole la característica de pertenecer al derecho privado.

- Régimen especial: cuenta con un régimen propio que le permite, según el caso (asociar reglas del Derecho privado con el Derecho público en materia contractual y establecer parámetros o condiciones diferentes a las contempladas en el estatuto general).

Una vez establecidos los regímenes existentes, se abordó cada uno de ellos analizando sus características y peculiaridades, para comprender su funcionamiento y poder identificar qué tipos de contratos eran aplicables a cada uno. De lo anterior se realizó un estudio comparativo que organizó las diferentes tipologías contractuales del país, ubicándolas en el régimen que por sus características era el más indicado.

Bajo esta clasificación, se logró identificar la necesidad de atender los postulas señalados por el Consejo de Estado, agrupando los contratos Estatales en dos regímenes macro (régimen general y régimen especial), pero bajo una sistematización del régimen especial, señalando puntualmente el tipo de exclusión existente y analizando que el régimen exceptuado, más que un régimen propio es una condición aplicable a unos contratos especiales puntuales.

Se exploró, igualmente, el estado actual sobre contratos para impulsar programas de interés público y los convenios de asociaciones, encontrando una necesidad administrativa dentro de la gestión contractual para comprender cuál es la aplicación correcta del régimen para la eliminación de la asociación de estas figuras jurídicas con el estatuto general de contratación.

Al respecto, para comprensión de los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la constitución política de Colombia y los convenios de asociación regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en primera instancia se estudió las diferencias entre contratos y convenios, encontrando que, para la normativa colombiana, estos son entendidos como sinónimos, pero para la doctrina existen diferencias tangenciales de base.

Bajo la información recopilada, se estableció que, aunque existen relaciones íntimas entre las categorías, los convenios se presentan como los instrumentos para generar vínculos o relaciones que buscan ejecutar obligaciones en común y los contratos son convenios o acuerdos de voluntades que crean obligaciones puntuales.

Partiendo de los postulados expuestos anteriormente y teniendo en cuento lo señalado en el capítulo 1, se realizó una exploración tanto inductiva como deductiva sobre los contratos para impulsar programas de interés público contenidos en el artículo 355 de la constitución política de Colombia y los convenios de asociación regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, exponiendo sus particularidades y principales características.

Frente a esto, se concluye que el capítulo 2 demuestra la diferencias existentes entre estas dos figuras jurídicas y encuentra que la normativa colombiana no es precisa a la hora de abordar cada tipología, pues tanto la remisión directa que hace el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 al artículo 355 de la constitución política de Colombia como los lineamientos institucionales sobre las normas reguladoras de estos convenios son difusas, en la medida en que no cuentan o manejan un lenguaje unificado entre estos, generando que los entes de control y las entidades públicas confundan el régimen aplicable y por consiguiente la normativa propia de cada uno.

Dicho esto, se hace la precisión de que los convenios de asociación y los contratos de interés público son figuras distintas y con funcionalidades independientes, que atienden a la esencia de los mismos y que debido a la orientación constitucional, asumen posturas de corte social en pro de sus respectivos objetos.

En ese sentido, es correcto afirmar que, mientras el convenio de asociación establece una relación colaborativa para el desarrollo de una entidad en pro de un interés propio, el contrato que

impulsa programas de interés público busca la creación de una relación contractual para beneficiar o fomentar acciones de entidades sin ánimo de lucro, generando consecuentemente bienestar tanto en la sociedad como en los beneficiarios.

Por último, para contribuir o ayudar a la consecución de la problemática planteada en el presente trabajo de investigación, se establecieron postulados teóricos para compresión del ordenador del gasto, abordando las discrepancias teóricas y jurídicas entre los regímenes, analizando las diferencias entre los convenios de asociación y los contratos de interés público e identificando los regímenes aplicables a cada uno.

Esta identificación permitió establecer que cada figura cuenta con un régimen especial y que debido a esto pueden atender a normativas tanto del régimen general como la que los regula. Igualmente, se expuso que, al ser convenciones distintas, cada una cuenta con particularidades que los hace únicos, pero que no han sido excluidas del régimen general, pues estas deben acatar a los principios generales de la contratación pública colombiana.

Lo anterior no significa, desde luego, que estos hacen parte del estatuto de contratación, sino que, al ser un punto intermedio entre lo exceptuado y lo general, esta mixtura les brinda cualidades únicas y funcionales que deben ser delimitadas para un correcto funcionamiento. El no asumir estas peculiaridades con mesura, sin lugar a dudas, puede generar el uso inapropiado de las tipologías y generar una indebida ejecución de la normatividad que le es aplicable.

## Consideraciones finales

Finalmente, es importante precisar que los convenios expuestos en el artículo 355 de la Constitución política de Colombia son un instrumento valioso para llevar a cabo actividades que permitan el desarrollo social y el fomento en el Estado, entendiendo esta finalidad como uno de

los medios para romper la brechas de desigualdad y crear verdadero bienestar dentro de la sociedad, por lo mismo, se hace necesaria la crítica sobre lo difusa o poco clara que puede llegar a ser la normativa, respecto de los límites del fomento y el régimen aplicable, pues esto le ha quitado el potencial de que disponen dichas figuras jurídicas .

Cabe señalar, igualmente, que tanto el contrato como el convenio tratados en este documento final expusieron problemas de base de nuestra normatividad contractual, la cual sigue estando desorganizada, a pesar de los intentos de unificar las leyes y decretos mediante un estatuto general.

Igualmente, es fundamental concluir que el uso que se le ha dado al régimen especial, desde la óptica normativa, no ha podido otorgar la versatilidad y el potencial que este régimen brinda, pues su aplicación de alguna manera ha transformado el medio para que entidades hagan un uso inapropiado corrupto de las figuras (evadir el régimen general) y bajo dicho actuar se ha creado una estigmatización frente lo que jurídicamente es posible.

Donde finalmente se manifiesta que los convenios de asociación es en realidad la forma correcta para generar alianzas entre las entidades Estatales y privados para el cumplimiento de los objetivos de la administración, su actuar en realidad logra que estos nuevos actores de la gestión pública puedan contribuir a la sociedad y su función social acatando el mandato constitucional del sistema jurídico colombiano.

Podría afirmar que la contratación pública se ha visto a merced de los cambios políticos y sociales del país, por lo mismo, con el objetivo de cerrar la brecha del desconocimiento y la confusión en este tema, es importante buscar herramientas jurídicas que permitan el aumento del desarrollo económico, político y social en términos de bienestar general, lo cual es quizás la tarea más importante que tenemos los abogados. De ahí que el espíritu de esta investigación se oriente

al esclarecimiento de los nudos o vacíos que imperan el sistema jurídico colombiano respecto de estos regímenes contractuales, en pro de construir justicia bajo el razonamiento, la claridad teórica y análisis normativo.

## 5. Bibliografía


Acevedo Vargas, D. N. (2018). *Posibles divergencias e incongruencias funcionales en las entidades públicas, entre la normativa contractual y presupuestal en lo concerniente a la contratación pública colombiana.* Cajicá, Cundinamarca, Colombia: Universidad Nacional Abierta y A Distancia.

Acosta Risueño, Y. (2016). Régimen Jurídico aplicable a los Contratos Y Convenios del artículo355 de la Constitución Política y del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.Colombia: Universidad Santo Tomas de Aquino

Ahumada Cervantes, C., Sierra Fernández, T., & Sierra Teherán, L. (2016). *Límites a los contratos Estatales frente a los regímenes de contratación en Colombia. Estudios de casos: Empresas Sociales del Estado y Universidades.* Barranquilla, Colombia: Universidad Libre.

Alcaldes locales(13 de julio de 2016). Recuperado el 31 de marzo de 2017, de Alcaldes locales, al paredón por contratación: http://www.semana.com/nacion/articulo/alcaldes-locales-de-bogota-seran-investigado-por-contratacion/481723

Alcaldia Mayor de Bogotá. (2011). *Directiva 23.* Bogotá.

Bahamón Jara, M. L. (2018). *Elementos y presupuestos de la contratación Estatal.* Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Ballesteros Serpa, C. A. (2013). *El régimen contractual de las empresas sociales del Estado.* Bogotá, Colombia : Universidad del Rosario.

Becerra, S. (n.d) Navegador de la contratación estatal colombiana, extraído de: http://www.tesauro.com.co/REGIESPECIALES/MATRIZ-REG_1.htm

Benavides, J. L. (2014). Contratos públicos. Estudios (No. 5). U. Externado de Colombia.

Blanco, J.(2008). Los regímenes excepcionales a la ley 80 de 1993. Blog: Extraído de: http://contratacionestatal.blogspot.com/2008/08/los-regmenes-excepcionales-la-ley-80-de.html

Brewer Carias, A. R. (2002). *El Derecho Administrativo en Latinoamerica.* Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Cámara de Comercio (30 de abril de 2018.). Estatuto Tributario: Art. 19. Contribuyentes del régimen tributario especial. Recuperado de: https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3634_documento.pdf

CAMARA DE COMERCIO (2019). Art. 19. Contribuyentes del régimen tributario especial. Recuperado de: http://www.ccmpc.org.co/images/memorias/3_NORMOGRAMA.pdf

Castellano, E. &Santos, S. (2014). Análisis de la aplicación de las cláusulas exorbitantes en los regímenes especiales de contratación estatal – caso ley 142 de 1994. Universidad La Libre. En: http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/hipotesis/article/view/133/124

Cohecha, C. (29 de noviembre, 2017). Los regímenes jurídicos de la contratación Estatal. Recuperado de: conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/red-expertos/los-regimenes-juridicos-la-contratacion-estatal/

Cohecha León, C. A. (2015). *Declaración de sinisestros en la contratación pública colombiana: construcción dogmática de una regulación inconclusa.* Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid.

Corte Constitucional (09 de agosto de 2005). C -818

Corte Constitucional (9 de septiembre1999) C-671

Corte Constitucional (9 de septiembre de 1999). C-679

Chavez, A. (2008). *Los convenios de la administración: entre la gestión y la actividad contractual.* Bogotá: Universidad del Rosario.

Colombia Compra Eficiente. (25 de junio de 2018). *Guía para la Entidades con régimen especial de contratación.* Recuperado el abril de 2020, de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_regimen_especial.pdf

Colombia Compra Eficiente (2019). Principios de la contratación estatal. Recuperado de: https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/1-etapa-precontractual-principios-de-la-contrataci%C3%B3n-estatal

Colombia Compra Eficiente. (2017). Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Recuperado de:

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf

Colombia Compra Eficiente. (2017). Síntesis: LEY APLICABLE A CONVENIOS DE ASOCIACIÓN. Colombia. Extraído de: https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/ley-aplicable-convenios-de-asociaci%C3%B3n

Colombia Compra Eficiente. (2019). Concepto: 4201913000004536 - convenio y contrato interadministrativo. Colombia. Extraído de: https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/ficha/24728

Congreso de la Republica. (29 de diciembre de 1998).Ley 489 de 1998.

Congreso de la Republica ( 28 de octubre de 1993) Ley 80 de 1993

Consejo de Estado. (6 de agosto de 2019).Fallo 00113 de 2019.

Consejo de Estado. (23 de mayo de 2012). Radicado: 25000-23-26-000-1998-01471-01.

Consejo de Estado. (2014). Fallo 00113 de 2019. Bogotá, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano. Recuperado de: https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/concepto_procurador//1208_CNI-62003.pdf

Consejo de Estado (1993). Concepto 504 del 22 de abril de 1993. Colombia

Consejo de Estado. (1998). Auto de 20 de agosto de 1998, radicación 14.202. Colombia

Consejo de Estado (2005). Concepto 1626, del 24 de febrero de 2005. Colombia.

Consejo de Estado(2013). Sentencia del trece (13) de febrero de dos mil trece (2013). Rad. 24996, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, recuperado de: https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/-435044638

Contraloría de Bogotá. (2014). *Pronunciamiento N. 10000-11412.* Bogotá.

Contratación en línea.co. (20 de mayo de 2020). Tipos de contratos vs Clausulas Exorbitantes. Extraido de: http://www.contratacionenlinea.co/index.php?section=153&module=navigationmodule

Courtis, C. (2006). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica.* Madrid: Ed. Trotta.

Dalmacio, N. (1974). Lo público y lo privado. Revista de estudios políticos. Dialnet. N 194, Extraído de: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1708413

Diaz, L. (2007). Panorama de la contratación Estatal en Colombia. Tesis.Universidad de los andes: Colombia

Decreto 777 de 1992. (18 de mayo de 1992). Diario oficial No. 30.451, Bogotá.

Decreto 092 de 2017. (23 de enero de 2017). Bogotá, Colombia. Recuperado de: http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%2092%20DEL%2023%20ENERO%20DE%202017.pdf

Espectador, E. (14 de octubre de 2015). *Bienvenidas todas las investigaciones" por presunta corrupción en alcaldías locales de Bogotá.* Recuperado el 2017 de abril de 02, de

Bienvenidas todas las investigaciones” por presunta corrupción en alcaldías locales de Bogotá: http://www.elespectador.com/noticias/bogota/bienvenidas-todas-investigaciones-presunta-corrupcion-a-articulo-592596

Estrada Sanchez , J. (2009, enero-junio). Contratación Estatal ¿Reina la incertidumbre? *Revista Digital de Derecho Administrativo*(1), 1-3.

Herrera Cortés, P. A. (2019). La función pública y su aplicación en la contratación estatal de régimen especial (Doctoral dissertation, Universidad Santiago de Cali).

Fonseca Gómez, Ó. J. (2012). Los Convenios de Asociación: una mirada desde el Estatuto Contractual y el Distrito Capital (Master, Universidad Nacional de Colombia).

Gamboa, J. O. (2008). El carácter conmutativo y por regla general sinalagmáticodel contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimientode su equilibrio económico. Bogotá.

Gómez, Liyis y Martínez, Joselín y Arzuza B., María (2006). Política pública y creación de empresas en Colombia. Pensamiento & Gestión, (21), 1-25. [Fecha de consulta 19 de abril de 2020]. ISSN: 1657-6276. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=646/64602101

Gómez, I. (2011). Contratación Visible. En I. D. Lee, *Manual para un buen control de recursos en la contratación pública* (pág. 199). Bogotá: Auditoria General de la Republica en coedición con el Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Gómez, A., & Díaz, C. (2019). 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, septiembre-diciembre

Gordillo, A. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Tomo I. parte General.* Buenos Aires: Fundación de Derecho Adminsitrativo.

Guerrrero, C. E. (8 de mayo de 2014). Los convenios de la administración y los contratos estatales: conceptos diferentes con regímenes jurídicos distintos. *Trabajo de grado para optar por el título de Magister en Derecho Público para la Gestión*. Bogotá: Universidad de los Andes. facultad de derecho.

Grueso Rodríguez, M. E. (2014, Julio -Diciembre). Las particularidades de las entidades estatales de naturaleza única y régimen especial. *Revista Republicana*(12), 193-214.

Hitscherich, J. D. (2005). Elementos del Contrato Estatal. En J. D. Hitscherich, *Elementos del Contrato Estatal* (pág. 234). Bogotá: Fundación Universidad Jorge Tadeo Lozano.

Jara, M. L. (2008). *Contratación Pública. Derecho local, internacional y de la integración.* Lima : Editora y Librería Jurídica Grijley.

Lucas, C. P. (2014). Contratación pública: análisis normativo descripción de procedimientos. Ecoe Ediciones.

Lleras, C., Arenas, C., Hernández, A. & Charry, J. (1992) Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia. Páginas 586 y 587. Obra citada en la Sentencia C-324 de 2009 de 13 de mayo de 2009 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez.

Moreno, O. (19 de abril de 2018). *Entidades Sin Ánimo De Lucro.* [Archivo de vídeo]. Recuperado de: https://www.youtube.com/watch?v=AjVlxtIvEw0

Marroig, T. (2010). Los convenios. Distinción entre las tres figuras jurídicas: subvención, contrato, convenio. Auditoría Pública. Legalidad, N 50. Extraído de: http://asocex.es/wp-content/uploads/PDF/201004_50_75.pdf

Murillo Gonzalez, M. C., & Consegra Taham, F. A. (2015). *Manual de Contratación Administrativa.* Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. Segunda Edición.

Mutis, C. P. (17 de octubre de 1974). Sentencia. *Consejo de estado, Sección Tercera,salvamento de voto.* Bogotá.

Nieto, C. A. (2011). Modelo de Asociación pública - privada: Un enfoque de teoría de contratos. *Revista de Economía Institucional, vol. 13.*, 249 - 274.

Olarte, M. A., & Quintero, M. Y. (10 de octubre de 2004). *Concepto No. 32*. Bogotá.

Ortiz, J., Perdomo, S. & Romero, L. (2018). *Contratación estatal directa con entidades sin ánimo de lucro: revisión de las condiciones de selección a partir del decreto 092 de 2017.* (artículo de Especialización). Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia. Recuperado de: https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/15448/2018luisaromero.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Palacios Oviedo, M. (2016). Principios de la contratación Estatal aplicables a los reglamentos especiales de contratación de la agencia nacional de Hidrocarburos. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

Pizarro Wagner , M., Trujillo Duran , M., & Younes Becerra , D. (2009). *Los regímenes excepcionales de contratación previstos en la ley 80 de 1993.* Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.

Procuraduría General de la Nación. (2007) Instructivo - guía para la realización de auditoría al Proceso contractual. INS – EV – EI - 044. Recuperado en: procuraduria.gov.co/portal/media/file/modulo_calidad/mapa_proceso//440_INS-EV-EI-044%20(MA).pdf

Procuraduría General de la Nación. (2015)¿Cómo ejercer control sobre la gestión contractual del Estado. Recuperado de: https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/guia.pdf

Rodriguez, C. (2017). *El régimen de contratación Estatal colombiano en relación con las asociaciones público privadas y la infraestructura pública nacional.* Retrieved marzo 2020, from repository.ucatolica.edu.co: https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15101/1/Regimen%20de%20la%20Contratacion%20Estatal%20en%20Relacion%20con%20%20Las%20Asociaciones%20Publico%20Privada.pdf

Rico Puerta, L. A. (2019). Teoría general y práctica de la contratación estatal. Leyer.

Rodriguez, L. R. (2015). *Derecho Administrativo General y Colombiano.* Bogotá: Temis

Sala de Consulta y Servicio Civil, C. d. (2002). Concepto 1396.

Santaella, H. (2011). La forma del contrato estatal: algunas reflexiones sobre la incidencia del Estatuto Orgánico del Presupuesto sobre el perfeccionamiento de los contratos del Estado. Revista de Derecho Fiscal, (3).

Secretaría General Alcaldía Mayor de Bogotá. (2009). Guía de Orientación Contable para Entidades sin ánimo de Lucro. *Derechos, Obligaciones y Responsabilidades de las Entidades sin Ánimo de Lucro -ESAL-*, 59.

Semana, R. (13 de julio de 2016). *Alcaldes locales, al paredón por contratación* . Recuperado el 28 de marzo de 2017, de Alcaldes locales, al paredón por contratación : http://www.semana.com/nacion/articulo/alcaldes-locales-de-bogota-seran-investigado-por-contratacion/481723

Sentencia C-932/07. (2007). *Corte Constitucional.* Recuperado de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-932-07.htm

Sentencia , expediente 15.324 (Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 29 de agosto de 2007).

Sentencia, expediente 17.767 (Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera 31 de enero de 2011).

Torrente Bayona, C., & Bustamante, L. E. (2001). *Las entidades sin ánimo de lucro.* Bogotá: Editorial Cámara de Comercio de Bogotá.

Tribunal Superior De Bogotá., Sala. (28 de noviembre del 2017) Radicación. 11001600000049201304290-02, recuperada en:

http://derechopenalcolombia.blogspot.com/2018/02/fallo-absolutorio-en-caso-de-alcaldesa.html

Veeduría Distrital. (2013). *Infome de seguimiento circular 003.* Bogotá

Veeduría distrital(2019) Diagnóstico Sobre Contratación Con Entidades Sin Ánimo De Lucro (Decreto 092 De 2017). Bogotá. Extraído de: http://veeduriadistrital.gov.co/sites/default/files/files/Notificaciones%202019/Diagnostico%20contratacion%20entidades%20sin%20animo%20de%20lucro%20Decreo%20092%20de%202017%20VF%20(18%20ene%2019).pdf

Velázquez, N. (2019) Reflexiones sobre la contratación del sector público en Colombia. Universidad Nacional de Colombia.

Vélez, J. C. (2012 de Julio de 2012). Reflexiones Académicas en Derecho Disciplinario y Contratación Estatal. *Aspectos Disciplinariops de la Contratación Estatal*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

WRADIO. (5 de enero de 2019). DIAN encontró irregularidades en las ESAL que atienden programas escolares. Bogotá. Recuperado de: https://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/dian-encontro-irregularidades-en-las-esal-que-atienden-programas-escolares/20190205/nota/3859987.aspx

## Notas Finales

[i] La Ley 80 de 1993 lo define como un negocio jurídico donde una de las partes intervinientes es una entidad de carácter público.

[ii] Según el artículo 16 del Decreto 222 1983, Son contratos administrativos: 1. Los de concesión de servicios públicos, 2. Los de obras públicas,3. Los de prestación de servicios, 4. Los de suministros, 5. Los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos, 6. Los de explotación de bienes del Estado, 7. Los de empréstito, 8. Los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento cinematográfico -FOCINE, 9. Los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo y 10. Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales.

[iii] Discusión metodológica sobre el estado del arte analizado: En este apartado se va a mostrar una síntesis del rastreo realizado en relación a las metodologías utilizadas para investigar el tema que ocupa el presente estado del arte.
La totalidad de los trabajos se basa en revisiones documentales que van desde la descripción analítica hasta trabajos hermenéuticos a profundidad, en este último caso aunque no se hace expresa mención de la hermenéutica como método, es claro que, como en la mayoría de trabajos de corte exclusivamente jurídico, la interpretación para la formulación de posturas doctrinales y dogmáticas, es la intencionalidad última.

Tampoco se puede desconocer que la mayoría de los trabajos consultados tienden a realizar estudios de aspectos puntuales o particulares de los regímenes de contratación, con el fin de orientar las discusiones, quizás reconociendo que no es posible discutir a profundidad todo el panorama de la función administrativa y los regímenes de contratación. Es de anotar, que en algunos trabajos se hace mención a estudios de casos (Ahumada Cervantes, Sierra Fernández, & Sierra Teherán, 2016), en los cuales realizan una descripción teórica y analítica de las características, fundamentos desarrollos, principios y parámetros legales de la contratación estatal y la función administrativa, para luego realizar una revisión de algunos contratos celebrados por entidades del Estado para problematizar el estudio que les precede. Situación similar se ve en otros trabajos donde se toma una ley que regula un régimen especial para su análisis (Ballesteros Serpa, 2013). Sin embargo, es pertinente señalar que metodológicamente los trabajos estudiados no se ciñen en estricto sensu a una metodología de estudio de caso, toda vez que sus diseños metodológicos, sus técnicas de análisis, y el tratamiento de la información no concuerdan con lo que caracteriza a los estudios de caso, podría decirse que lo que realizan es la construcción de problemas jurídicos, no sobra decir interpretativos, que buscan problematizar y analizar partes concretas de los regímenes, es decir, se puede observar una delimitación de los objetos de investigación, pero no un estudio de caso en estricto sentido.

En todos los trabajos se observa que las fuentes principales para la revisión y discusión teórica se encuentran en la doctrina jurídica, la jurisprudencia de altas Cortes, y normatividad. Lo cual reafirma la característica teórica y descriptiva analítica de los estudios revisados. En algunos trabajos se hace referencia a la formulación de hipótesis de trabajo, que para el caso son hipótesis interpretativas que buscan sustentarse durante el desarrollo de los documentos de informe de investigación. En todo caso, ninguno hace mención a la forma como se construyeron dicha hipótesis, salvo algunas menciones y matices que las ubican en la experiencia jurídica o académica de quienes realizan las investigaciones.

En ese sentido, es plausible reconocer que en las investigaciones jurídicas existe una variedad de posibilidades por explorar que puedan dar un mayor sustento a los trabajos realizados, o que permitan una diversificación metodológica con el fin de enriquecer las miradas del Derecho. Bajo la anterior reflexión, el próximo capitulo abordara puntualmente, dos tipos de figuras jurídicas, que están inmersas en unos regímenes especiales y que, debido al poco desarrollo teórico, han sido interpretados bajo postulados de regímenes excepción y en el peor de los casos, del régimen general.

[iv] En relación a las particularidades de cada uno de esto regímenes es preciso señalar que la Ley 1150 de 2007 estableció en el artículo 13 una referencia expresa a la aplicabilidad de los principios constitucionales de función administrativa y control fiscal, y los principios establecidos en la Ley 80 de 1993, con lo cual se puede destacar que el régimen de contratación general es un punto de referencia y aplicación en los regímenes exceptuados o excepcionales y especiales. Haciendo referencia al régimen excepcional las autoras clasifican algunos tipos de contratos dentro de este, a saber: contratos celebrados por los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social; régimen de telecomunicaciones; los servicios de televisión; los servicios postales; régimen minero; régimen de hidrocarburos: construcción, operación y mantenimiento de un gasoducto de uso público; recursos naturales renovables: manejo de recursos de flora y fauna en general; operaciones de crédito público, las operaciones asimiladas a éstas y las operaciones propias del manejo de la deuda pública de la nación; empréstitos y donaciones: contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales. (Pizarro Wagner, Trujillo Duran , & Younes Becerra , 2009).

De igual manera, el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 también abre la posibilidad para que la distinción hecha por las autoras carezca de sentido, toda vez que en el mencionado artículo no existe referencia alguna a la diferencia que puedan tener estos dos tipos de regímenes, o a si se trata de regímenes distintos. Esto nos ubica en una problemática, donde es menester analizar la razón por la cual, la Ley 80 de 1993 en su intento de unificar la regulación aplicable a la contratación de la mayoría de organizaciones estatales, ha fracasado en las directrices y clasificación de los regímenes ajustables a diferentes tipos de contratos(Blanco,2008), generando una notable confusión que ha sido identificada en el presente estado del arte, pues diversos autores, consideran que los regímenes especiales y excepcionales son sinónimos.

[v] Se aclara que sin importar la denominación que se les otorgue a estos contratos (régimen especial o exceptuado) estos no estarán excluidos en su totalidad pues deben atender a lo dispuesto en el articulo 13 de la Ley 1150 del 2007, la cual establece: LEY 1150 DE 2.007.- ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen

contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.