

AUXILIOS PARLAMENTARIOS – Prohibición / CONTRATOS DE ENTIDADES PÚBLICAS CON ENTIDADES PRIVADAS SIN ANIMO DE LUCRO – Autorización para su celebración

El artículo 355 de la Constitución eliminó los llamados “auxilios parlamentarios”, y reguló la ayuda del Estado para asuntos de interés público, en la siguiente forma: “Artículo 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”. Como se aprecia, esta disposición suprimió ciertamente tales auxilios, pero otorgó la facultad a las entidades públicas de celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público, conforme a los planes de desarrollo, y le confirió al Gobierno nacional la potestad de reglamentar directamente dicha contratación. (...) En síntesis, el artículo 355 de la Carta prohíbe los auxilios o donaciones estatales a personas naturales o jurídicas privadas, pero establece la posibilidad para las entidades públicas de celebrar contratos con los siguientes requisitos: 1. Que se utilicen los recursos de los respectivos presupuestos. 2. Que se celebren con entidades privadas sin ánimo de lucro. 3. Que se realicen con la finalidad de impulsar programas y actividades de interés público. 4. Que tales programas y actividades estén acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA – ARTICULO 355

CONTRATOS DE ENTIDADES PÚBLICAS CON ENTIDADES PRIVADAS SIN ANÍMIMO DE LUCRO – Facultad del Gobierno Nacional para dictar un reglamento autónomo

Se pueden mencionar los siguientes postulados fundamentales: i) Existen reglamentos autónomos constitucionales que emanan de la competencia otorgada directamente por la Constitución a diversas autoridades, para regular una materia específica, generalmente de carácter técnico u operativo, en forma exclusiva, y que son, por tanto, impenetrables para la ley. ii) Los reglamentos autónomos constitucionales difieren de los reglamentos dictados en virtud de la potestad reglamentaria general otorgada al Presidente de la República por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, que se realiza respecto de las leyes para darles a estas operatividad efectiva en la práctica. iii) Debe haber criterios de especificidad para aclarar las “zonas grises” o de conflicto de las respectivas competencias del Gobierno o la autoridad administrativa reguladora y el Congreso, que se pudieran presentar entre los reglamentos autónomos y las leyes, como se explicó en la citada Sentencia C-1250 de 2001 de la Corte Constitucional. Tales criterios son el de la especificidad material en el sentido de que el Gobierno o la autoridad administrativa reguladora se ciña efectivamente a la materia específica mencionada en la Constitución, el criterio de control de cumplimiento de la regulación referente a que se cumpla efectivamente con el objeto de la regulación del reglamento autónomo, y el criterio de excepcionalidad que comprende la interpretación restrictiva de la competencia del Gobierno o la autoridad administrativa reguladora, para dictar el reglamento autónomo. iv) La facultad conferida al Gobierno Nacional por el artículo 355 de la Constitución, para dictar un reglamento autónomo, no puede desconocer la facultad general del Congreso de hacer las leyes, conforme al primer inciso del

artículo 150 de la Carta. La cláusula de competencia del Congreso para dictar las leyes, lo mismo que la competencia del último inciso del citado artículo 150, para expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, en su marco general, no puede desconocerse y resulta aplicable bajo el principio de jerarquía normativa. De otra parte, la especificidad del reglamento autónomo constitucional, que la doctrina denomina “el núcleo competencial propio y exclusivo de los reglamentos”, se refiere concretamente a la materia objeto del reglamento, la cual delimita la competencia del Gobierno para expedirlo, lo cual corresponde al principio de competencia, pero en los demás aspectos se debe seguir la regulación establecida por la legislación general, dictada por el Congreso. v) Se debe pues, compatibilizar el principio de competencia con el principio de jerarquía normativa: la competencia para dictar el reglamento autónomo radica exclusivamente en el Gobierno Nacional sobre la materia específica objeto del mismo, pero en los aspectos diferentes a esta, debe prevalecer la aplicación de la ley, como norma jerárquica superior. Como conclusiones de lo expuesto en este punto, la Sala deduce las siguientes: 1ª) El inciso segundo del artículo 355 de la Constitución colombiana de 1991 le otorga al Gobierno Nacional un espacio para dictar un reglamento autónomo, atendiendo el criterio de especificidad y con interpretación restrictiva, que regule todo lo concerniente a la modalidad contractual prevista en dicha norma, esto es, la celebración por parte de las entidades estatales, con recursos de los respectivos presupuestos, de “contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo”. El Gobierno Nacional ha ejercido la mencionada facultad mediante la expedición de los Decretos 777 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993, y más recientemente, el Decreto 92 de 2017, que constituyen entonces, una clase de estos reglamentos autónomos. 2ª) En los demás espacios no regulados expresamente por el mencionado reglamento autónomo de contratación, le corresponde la regulación al Congreso de la República, en virtud de su competencia general para “hacer las leyes”, y más concretamente, para “expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”, de conformidad con lo dispuesto por los incisos primero y último del artículo 150 de la Constitución.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA – ARTICULO 355

CONTRATOS DE APOYO – Reglamentación / CONTRATOS DE APOYO – Características

Los contratos estatales establecidos en el inciso segundo del artículo 355 del ordenamiento superior, se han considerado especiales por sus características y se han denominado comúnmente “contratos de apoyo a programas y actividades de interés público” o simplemente “contratos de apoyo”. El Gobierno Nacional ejerció la facultad conferida por el artículo 355 constitucional, de reglamentación directa de la contratación especial prevista en ese artículo y con base en ella, expidió el Decreto 777 del 16 de mayo de 1992, “Por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”, modificado después por los Decretos 1403 de 1992 y 2459 de 1993. El Decreto 777 de 1992 reguló entonces, los contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro para impulsar programas y actividades de interés público, o más sencillamente, los contratos de apoyo. El artículo 1º de este estableció los requisitos y formalidades generales de tales contratos. (...) La Sala se ha pronunciado en varias oportunidades, sobre la reglamentación de los contratos de apoyo, contenida en el Decreto 777 de 1992 y sus modificatorios. Así, por ejemplo, en el Concepto No. 1129 del 16 de septiembre de 1998 se refirió a la característica de que las

entidades públicas de los niveles nacional, departamental, distrital y municipal pueden celebrar dichos contratos “con recursos de los respectivos presupuestos” y deben tener como fin impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo. En el evento que impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, no constituyen contratos de apoyo, sino que se encuentran excluidos del régimen de estos, por disposición del numeral 1º del artículo 2º del citado decreto. (...) En síntesis, los organismos y entidades públicos de los niveles nacional, departamental, distrital y municipal pueden celebrar los contratos de apoyo de programas y actividades de interés público, establecidos por el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución y reglamentados por el Decreto 777 de 1992 con sus modificatorios, los cuales tienen las siguientes características generales: 1. Deben constar por escrito (art. 1º Decreto 777/92). 2. Se deben sujetar a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, y la normativa del citado decreto (art. 1º ib.). 3. Pueden incluir las cláusulas exorbitantes o mejor, excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias (art. 1º ib.). 4. Se deben celebrar con recursos de los respectivos presupuestos, y por tanto, deben contar con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal antes de la celebración del contrato, y después, con el Registro Presupuestal (arts. 7º y 14 ib.). 5. Se deben celebrar con entidades privadas sin ánimo de lucro, de reconocida idoneidad, entendida esta como “la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato” (art. 1º inciso tercero ib., modificado por el art. 1º Decreto 1403/92). Entidades constituidas por lo menos con seis (6) meses de antelación a la celebración del contrato, con su personería jurídica vigente y cuya duración no sea inferior al término del contrato y un (1) año más (arts. 12 y 13 ib.). 6. Se deben realizar con la finalidad de impulsar programas y actividades de interés público (art. 1º ib.). 7. Tales programas y actividades deben estar acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo (art. 355 Constitución). 8. Si el contrato es celebrado por una entidad descentralizada, debe contar con la autorización del representante legal de la entidad territorial respectiva o su delegatario en materia contractual (art. 4º ib., modificado por el art. 4º Decreto 1403/92). La misma autorización se requiere cuando una entidad fiduciaria deba celebrar el contrato por cuenta de una entidad pública (art. 5º Decreto 1403/92). 9. Se deben pactar garantías adecuadas de manejo y cumplimiento (art. 5º ib.). 10. Un interventor debe verificar la ejecución y cumplimiento del contrato (art. 6º ib.). 11. No hay vínculo laboral entre la entidad pública y el personal del contratista (art. 8º ib.). 12. En caso de incumplimiento del contratista, la entidad pública puede dar por terminado unilateralmente el contrato y exigir el pago de los perjuicios (art. 15 ib.).

FUENTE FORMAL: DECRETO 777 DE 1992 / DECRETO 1403 DE 1992 / DECRETO 2459 DE 1993

CONVENIOS DE ASOCIACION – Regulación

En el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, se prevé que los convenios de asociación se deben celebrar de acuerdo con el artículo 355 de la Constitución, y la Corte Constitucional en la sentencia citada, señala en qué consiste la referencia a la norma constitucional, para decir que no podrán consistir en auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado y se deberán celebrar con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo. Sin embargo, se advierte que en el primer inciso del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se fijaron legalmente dos variantes, consistentes en que la norma dice expresamente que se podrán celebrar convenios

de asociación “con personas jurídicas particulares”, lo cual significa que se refiere tanto a las personas jurídicas privadas con ánimo de lucro, vale decir, las sociedades comerciales, como a las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, y dispone que tales convenios se realizan “para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas (se alude a las entidades estatales) la ley”, de forma que el ámbito de aplicación legal de los mencionados convenios de asociación es más amplio que el establecido por el artículo 355 de la Constitución y reglamentado por el Decreto 777 de 1992 y sus decretos modificatorios. En una necesaria interpretación de la norma, habrá que entender que el segundo inciso cuando alude al artículo 355 de la Carta, está regulando los convenios de asociación celebrados con las entidades privadas sin ánimo de lucro, en los términos y con los requisitos descritos en ella. Por lo tanto, los convenios o contratos de asociación celebrados con otros contratistas diferentes a los previstos en la norma constitucional, se regularán, como regla general, por lo dispuesto en el primer inciso de este artículo 96, y por el Estatuto General de Contratación de la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, salvo norma legal especial en contrario. (...) El Decreto 92 de 2017 constituye una nueva reglamentación de los llamados contratos de apoyo, la cual se empezará a aplicar desde el 1º de junio del presente año, y desarrolla los ámbitos de autonomía atribuidos por la Constitución bajo una interpretación restrictiva, como lo ha señalado la Corte Constitucional. En cuanto a los demás aspectos, este reglamento estará sujeto al principio de jerarquía normativa, en este caso, a las normas legales del Estatuto de Contratación.

FUENTE FORMAL: LEY 489 DE 1998 – ARTICULO 96

CONVENIOS DE ASOCIACION – Diferencias con los contratos de apoyo

La consulta pregunta acerca de la diferencia entre los contratos de apoyo reglamentados por el Decreto 777 de 1992 y los convenios de asociación. Se pueden establecer las siguientes diferencias: 1ª) Los contratos de apoyo se celebran con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro. Los contratos de asociación se celebran con personas jurídicas privadas con o sin ánimo de lucro. 2ª) Los contratos de apoyo se celebran para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo. Los contratos de asociación se pueden celebrar con esa finalidad, pero también para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones asignadas legalmente a las entidades estatales. 3ª) Los contratos de apoyo se celebran con cargo al respectivo presupuesto de la entidad pública. En los contratos de asociación se deben determinar, como señala el inciso segundo del citado artículo 96, los “aportes” tanto de la entidad pública como de la persona jurídica particular. Se trata de dos modalidades especiales de contratos estatales: los contratos de apoyo reglamentados por el Decreto 777 de 1992 y sus decretos modificatorios y los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, sin que la diferencia sea por el origen de sus normas, sino por sus características y elementos normativos, debiéndose entender que las exclusiones (que no prohibiciones, como dice la cuarta pregunta) mencionadas en los numerales 1º y 5º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, son para los contratos que este reglamenta: los contratos de apoyo.

CONTRATOS DE APOYO – Exclusión por existencia de contraprestación directa

La consulta indaga en qué consiste “la contraprestación directa” mencionada en el numeral 1 del artículo 2º del Decreto 777 de 1992. Esta norma establecía lo

siguiente: “Artículo 2º. Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto: 1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes. (...)”. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra “Contraprestación” como “Prestación que debe una parte contratante por razón de la que ha recibido o debe recibir de la otra” y “Prestación” como “Cosa o servicio que alguien recibe o debe recibir de otra persona en virtud de un contrato o de una obligación legal”, de manera que una contraprestación directa en este caso, es el bien, obra o servicio que recibe directamente la entidad pública por causa de un contrato celebrado con una persona privada sin ánimo de lucro, lo cual significa que dicho contrato se encuentra excluido del régimen de los contratos de apoyo establecido por el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución y reglamentado por el Decreto 777 de 1992 y sus decretos modificatorios. (...) Se pregunta en este punto si el cumplimiento de una meta del plan de desarrollo de una entidad pública, podría considerarse como una contraprestación directa. La respuesta es afirmativa en la medida en que se beneficia directamente la entidad pública con dicha prestación realizada por la entidad privada sin ánimo de lucro.

FUENTE FORMAL: DECRETO 777 DE 1992 – ARTICULO 2

CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Rubros presupuestales / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Objeto contractual

Bajo la vigencia del Decreto 777 de 1992 y la del Decreto 92 de 2017, los “contratos de apoyo” y los convenios de asociación que tienen su fundamento en el artículo 355 de la C.P., deben sujetarse a los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, por tratarse de contratos estatales y porque así lo ratifica el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 para estos últimos. Se indaga si se pueden realizar convenios de asociación cuyos rubros presupuestales estén determinados como de funcionamiento o si solo pueden hacerse bajo el rubro de inversión. Al efecto, se contesta que se deben celebrar con cargo a los rubros de inversión por los conceptos a los cuales están destinados: sea para impulsar programas del respectivo plan de desarrollo, sea para desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones de la entidad pública. Se pregunta qué tipo de objetos contractuales no serían viables jurídicamente realizar a través de convenios de asociación relacionados con el artículo 355 de la Constitución. Sobre el particular, se considera que las entidades públicas no pueden celebrar convenios de asociación cuyo objeto no esté relacionado con los programas del respectivo plan de desarrollo o con los cometidos y funciones legales de la entidad, y que no cumplan los demás requisitos establecidos en el artículo 355 de la Carta. Finalmente, se plantea el interrogante de si un ente nacional, departamental, distrital o municipal puede realizar un convenio de asociación con una organización privada sin ánimo de lucro para realizar actividades deportivas, o ejercicios pedagógicos de cultura ciudadana o actividades que servirán a la comunidad. La respuesta dependerá de si tales actividades se encuentran dentro de sus programas del respectivo plan de desarrollo o dentro de los cometidos y funciones legales de la entidad y además de si se cumplen los requisitos establecidos en la norma constitucional y en el reglamento de los convenios de asociación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: **ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ**

Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00221-00(2319)

Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR

El Ministro del Interior formula a la Sala una consulta acerca de *“la viabilidad jurídica de realizar convenios de asociación y contratos de apoyo e impulso de actividades de interés social”*, con base en lo preceptuado por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 para los primeros, y el Decreto 777 de 1992 para los segundos.

I. ANTECEDENTES

El Ministro del Interior expone los siguientes antecedentes y consideraciones sobre el asunto:

A. Antecedentes normativos

1. Antecedentes constitucionales

En primer lugar, el Ministro cita varias normas de la Constitución Política, como son los artículos 2º, sobre los fines esenciales del Estado, 127 referente a la prohibición a los servidores públicos de celebrar contratos con entidades públicas, salvo las excepciones legales, y 209 relativo a la función administrativa del Estado, la cual debe estar al servicio de los intereses generales y desarrollarse con sujeción a determinados principios, como los de igualdad, moralidad y eficacia, mediante los sistemas administrativos de la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Cita igualmente, el artículo 355 de la Carta que eliminó los llamados *“auxilios parlamentarios”* y las donaciones de cualquier entidad pública en favor de personas naturales o jurídicas privadas, pero no descartó la acción benéfica del Estado, ya que estableció una modalidad especial de contratación estatal con entidades privadas sin ánimo de lucro, para impulsar programas y actividades de interés público, acordes con los planes de desarrollo, la cual debía ser reglamentada directamente por el Gobierno Nacional, no por el Congreso.

2. Antecedentes legales y reglamentarios

El consultante indica a continuación, que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 ha previsto la constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con personas jurídicas particulares,

el cual cita, y menciona que el Decreto 777 de 1992, modificado por el Decreto 1403 del mismo año, estableció los parámetros para que las autoridades administrativas celebraran con entidades privadas sin ánimo de lucro, el tipo de contrato establecido en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución, y cita igualmente, el artículo 1º del Decreto 777 que lo regula y el 2º que excluye determinados contratos de ese régimen.

Luego de transcribir las normas mencionadas, el Ministerio presenta sus consideraciones que son las que dan origen a las preguntas de la consulta.

B. Consideraciones del Ministerio del Interior

El Ministerio del Interior hace las siguientes consideraciones sobre el tema de la consulta:

“En relación con los convenios de asociación y los contratos de apoyo, existen dos normas especiales y una general para las tipologías; como norma general tenemos lo consagrado dentro del artículo 355 de la Constitución Política, y como normas especiales la Ley 489 de 1998 para los convenios de asociación, y el Decreto 777 de 1992 para los contratos de apoyo.

*Los artículos 1 y 2 del Decreto 777 de 1992 se refieren a los ‘**contratos de apoyo**’, los cuales consisten básicamente en el fomento de una actividad propia ‘desarrollada de manera previa’ por una entidad sin ánimo de lucro, la cual se encuentra en concordancia con un programa previsto en el plan de desarrollo de la entidad estatal contratante, por lo que se infiere que es debido a ello que no puede configurarse una contraprestación o beneficio directo en favor de la entidad estatal, así como tampoco puede dar precisas instrucciones sobre la ejecución del mismo, dado que, como se dijo, lo que se pretende es apelar a la solidaridad o beneficencia, a fin de impulsar o fomentar una actividad de una entidad sin ánimo de lucro.*

*Por el contrario, del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se deduce que los ‘**convenios de asociación**’ se caracterizan, no por la búsqueda de fomentar una actividad propia de una entidad sin ánimo de lucro, ya que no existe transferencia de recursos públicos, porque se entiende que no se busca llevar a cabo tal impulso, sino que la entidad estatal busca un socio estratégico, vale decir, el particular que se une o asocia al Estado, aportando igualmente recursos económicos, de personal, conocimientos, etc., para, de esa forma, arribar a la obtención de los fines y funciones del ente estatal y no las suyas.*

Igualmente, de la normatividad precitada se concluye que el Gobierno, a través del Decreto 777 del 16 de mayo de 1992, reglamentó la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, mientras que el Congreso de la República creó una modalidad especial de contratación, a través de la Ley 489 de 1998 en su artículo 96.

*Además de lo anterior, es evidente que existe una diferenciación normativa y de tipología, ya que en los ‘**contratos de apoyo**’ solo hay transferencia de una sola vía, es decir, por parte del Estado hacia la entidad sin ánimo de lucro; por el contrario, en los ‘**convenios de asociación**’ debe hablarse, más que de transferencias, de aportes; clara diferencia que de una lectura atenta de ambas normativas puede derivarse. Aspecto que abiertamente desconoce el precedente sentado por la Procuraduría General de la Nación¹, veamos:*

¹ Nota de la consulta: Procuraduría General de la Nación, Sala Disciplinaria, radicación No.161-5689 (IUC-D-2010-878-488501, P.D.P. Juan Carlos Novoa Buendía).

‘En efecto, los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 podrán celebrarse entre entidades públicas y personas jurídicas para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley; mientras que los contratos del artículo 355 de la Constitución Política podrán celebrarse entre entidades públicas y entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo.

*Los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 **benefician a la entidad pública**, pues se trata de desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones de aquella, sin embargo, ese beneficio no es el resultado de una contraprestación directa que recibe la entidad pública a cambio de unos recursos que transfiere a la persona jurídica particular, sino de la unión verdadera de esfuerzos entre las partes contratantes para adelantar un proyecto de interés público (...)’ (Subrayado fuera del texto).*

Con base en lo anterior, existen diversas interpretaciones respecto a las normas citadas, utilizadas, en ocasiones, indistintamente, por las diferentes entidades estatales y territoriales, en especial las del Distrito Capital, como las alcaldías locales, que las aplican para desarrollar contratos y convenios estatales que han servido para apoyar las actividades de interés social de cada una de las comunidades que se benefician directa o indirectamente de ellos; es por ello que hoy surge la necesidad de esclarecer de manera directa estas tipologías contractuales, para que las entidades estatales adelanten de manera precisa los trámites contractuales y presupuestales”.

Con base en lo expuesto, el Ministro del Interior formula las siguientes

Preguntas:

“1. A sabiendas de que ambas figuras tienen el mismo postulado general del artículo 355 de la Constitución Política, ¿Existe diferencia legal y contractual entre los convenios de asociación (artículo 96 de la Ley 489 de 1998) y los contratos de apoyo e impulso a actividades de interés social (Decreto 777 de 1992)?

2. ¿El Decreto 777 de 1992 guarda relación con lo previsto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998? En caso afirmativo, debe considerarse un solo tipo de modalidad contractual especial y no dos, como lo establecen las normas?

3. En el entendido que el Decreto 777 de 1992 nace de la voluntad del ejecutivo, mientras que la Ley 489 de 1998 nace de la voluntad del legislador, ¿las modalidades contractuales contenidas en las normas son especiales o diferentes? Existe dependencia de una con la otra?

4. ¿Los postulados de prohibiciones de los contratos de apoyo e impulso a actividades de interés social, contenidos en el Decreto 777 de 1992 artículo 2, especialmente los numerales 1 y 5, son aplicables a los convenios de asociación?

*5. ¿En qué consiste la ‘**contraprestación directa**’, de que trata el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 777 de 1992? ¿El cumplimiento de una meta del plan de desarrollo de una entidad podría considerarse como una contraprestación directa? ¿El pago o remuneración de personal podría estimarse como contraprestación directa?*

6. ¿Los requisitos sobre idoneidad exigidos en el Decreto 777 de 1992 para los contratos de apoyo, son aplicables de manera integral a los convenios de asociación de la Ley 489 de 1998? En caso negativo ¿qué requisitos se aplican a los convenios de asociación y cuál es su fundamento legal? En lo no regulado por las normas citadas para los contratos de apoyo y convenios de asociación, ¿cuáles deben ser

los requisitos para la presentación de la propuesta por parte de la entidad sin ánimo de lucro? ¿Debe hacer la solicitud la entidad estatal?

7. ¿Es viable legalmente realizar convenios de asociación cuyos rubros presupuestales están determinados como funcionamiento? O tan solo podrán hacerse bajo el rubro de inversión? O podría realizarse sin análisis de dichos rubros?

8. ¿Qué tipo de objetos contractuales no serían viable jurídicamente realizar a través de convenios de asociación?

9. ¿Es viable que un ente nacional, departamental, distrital o municipal se asocie a través de convenio de asociación con una organización privada sin ánimo de lucro, para realizar actividades deportivas, o ejercicios pedagógicos de cultura ciudadana, o actividades que servirán a la comunidad?

II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a los interrogantes formulados por el Ministro del Interior, la Sala se ocupará de los siguientes puntos: i) una observación preliminar sobre la derogación del Decreto 777 de 1992 por el Decreto 92 de 2017 a partir del 1º de junio de 2017; ii) la prohibición de los auxilios parlamentarios y la autorización a las entidades públicas de celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro, establecidas por el artículo 355 de la Constitución; iii) la facultad conferida al Gobierno Nacional por el artículo 355 de la Constitución, para dictar un reglamento autónomo; iv) la reglamentación de los contratos de apoyo, establecida en el Decreto 777 de 1992, modificado por los Decretos 1403 de 1992 y 2459 de 1993; v) los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, Estatuto de la Administración Pública, y su diferencia con los contratos de apoyo; vi) la contraprestación directa establecida como exclusión del régimen de los contratos de apoyo; vii) algunos aspectos de los convenios de asociación objeto de la consulta; viii) el nuevo régimen de los contratos de apoyo, establecido por el Decreto 92 de 2017 a partir del 1º de junio de 2017.

A. Observación preliminar: La derogación del Decreto 777 de 1992 por el Decreto 92 de 2017 a partir del 1º de junio de 2017

La consulta se refiere al Decreto 777 de 1992 y el Decreto 1403 del mismo año, que lo modificó, sobre los contratos de apoyo, pero se debe observar que mientras se avanzaba en el correspondiente estudio, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 92 del 23 de enero de 2017, *“Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso 2º del artículo 355 de la Constitución Política”*, el cual, mediante su artículo 11, derogó a partir del 1º de junio de 2017, dichos decretos y el 2459 de 1993 que eliminó para dichos contratos, el requisito de aprobación del Consejo de Ministros.

Dice así esta norma del Decreto 92 de 2017:

“Artículo 11. Vigencia y derogatorias. El presente decreto empieza a regir el 1º de junio de 2017 y deroga el Decreto 777 de 1992, el Decreto 1403 de 1992 y el Decreto 2459 de 1993. Los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia del presente decreto continuarán ejecutándose de acuerdo con las normas vigentes en el momento en que fueron suscritos”.

En consecuencia, la Sala se referirá al final, sobre el nuevo régimen de los contratos de apoyo establecido por este decreto y en las respuestas en los puntos que sean pertinentes.

B. La prohibición de los auxilios parlamentarios y la autorización a las entidades públicas de celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro, establecidas por el artículo 355 de la Constitución

El artículo 355 de la Constitución eliminó los llamados “auxilios parlamentarios”, y reguló la ayuda del Estado para asuntos de interés público, en la siguiente forma:

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

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

Como se aprecia, esta disposición suprimió ciertamente tales auxilios, pero otorgó la facultad a las entidades públicas de celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público, conforme a los planes de desarrollo, y le confirió al Gobierno nacional la potestad de reglamentar directamente dicha contratación.

En varias ocasiones, la Sala se ha referido a la citada norma superior, como por ejemplo, en el Concepto No. 416 del 18 de diciembre de 1991, el mismo año de expedición de la Constitución, en el cual dijo lo siguiente:

“La segunda parte del artículo 355 de la Constitución regula un tipo especial de contratos, concebidos ante la prohibición de decretar auxilios o donaciones del tesoro público, establecida en la primera parte de dicho artículo y que comprende no solamente a las Fundaciones sino, en general, a las personas naturales y a las personas jurídicas de derecho privado. Mediante tales contratos, los gobiernos nacional, departamental, distrital y municipal pueden con recursos de los respectivos presupuestos, impulsar programas y actividades de interés público con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, según la reglamentación que expida el Gobierno nacional y con sujeción a los respectivos planes de desarrollo”.

Luego, la Sala, mediante el Concepto No. 504 del 22 de abril de 1993, cuando ya existía la reglamentación del Decreto 777 de 1992, expresó lo siguiente:

“Sin embargo, la política de fomento por parte del Estado a la actividad particular no desaparece sino que 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 art. 355 de la Constitución y al decreto 777 de 1992”.

En otra ocasión, para citar un último ejemplo, la Sala, en el Concepto No. 962 del 3 de abril de 1997, mencionó una serie de obligaciones constitucionales del Estado que constituían excepciones a la prohibición de dar ayudas o donaciones públicas a personas naturales o jurídicas de derecho privado. Manifestó la Sala lo siguiente:

“Las excepciones a la prohibición comentada (alude al artículo 355 inciso primero), a juicio de la Sala, están contenidas en la misma Constitución: en el inciso segundo del artículo 355 y en otras normas que consagran obligaciones ineludibles para el Estado en materia de asistencia, protección o estímulo (artículos 43, 44, 46, 50, 52, 69, 70, 71) o de subsidios (art. 368). De este modo, y sin incurrir en la prohibición del inciso primero del artículo 355, es posible:

Que la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, con recursos de sus respectivos presupuestos, celebren contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo (art. 355, inciso segundo).

(...)

Que se protejan y garanticen los derechos fundamentales de los niños, entre otros, a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, la educación y la cultura (art. 44).

(...)

Que el Estado fomente las actividades concernientes a la recreación, la práctica del deporte y el aprovechamiento del tiempo libre (art. 52).

(...)

Que el Estado cumpla con el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas sus etapas del proceso de creación de la identidad nacional (art. 70).

Que el Estado cree incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales; de igual modo, que ofrezca estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades (art. 71)”.

Resulta oportuno señalar que las excepciones a la prohibición aludida, se encuentran enumeradas a título enunciativo, no taxativo, en el artículo 42 del Decreto 111 del 15 de enero de 1996, *“Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto”*, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 42. *Las funciones públicas a que se refieren, entre otros, los artículos 13, 25, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 61, 64, 67, 68, 69, 70, 79, 366 y 368 de la Constitución Política, podrán realizarse directamente por los órganos del Estado o a través de contratos por organizaciones o entidades no gubernamentales de reconocida idoneidad. (Ley 179 de 1994, arts. 37, 55, inciso 3)”.*

Como se aprecia, las funciones públicas señaladas en dichos artículos, se pueden ejecutar por acción directa del Estado o vía contratos con organizaciones o entidades no gubernamentales de reconocida idoneidad.

En síntesis, el artículo 355 de la Carta prohíbe los auxilios o donaciones estatales a personas naturales o jurídicas privadas, pero establece la posibilidad para las entidades públicas de celebrar contratos con los siguientes requisitos:

1. Que se utilicen los recursos de los respectivos presupuestos.
2. Que se celebren con entidades privadas sin ánimo de lucro.
3. Que se realicen con la finalidad de impulsar programas y actividades de interés público.

4. Que tales programas y actividades estén acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo.

C. La facultad conferida al Gobierno Nacional por el artículo 355 de la Constitución, para dictar un reglamento autónomo

El inciso segundo del artículo 355 de la Constitución, luego de establecer que el Gobierno en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal puede celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo, dispuso que *“El Gobierno Nacional reglamentará la materia”*, con lo cual le confirió la facultad de dictar la reglamentación de la modalidad de contratación prevista en esa norma.

La disposición constitucional otorga la facultad de reglamentación directamente al Gobierno Nacional, de manera que no se requiere de una ley previa que desarrolle la modalidad contractual señalada en la norma superior, ni tampoco de una ley marco que fije los parámetros y los límites dentro de los cuales se ejerza la facultad mencionada.

No se trata aquí entonces, del ejercicio de la potestad reglamentaria general del Presidente de la República, establecida por el numeral 11 del artículo 189 de la Carta, *“para la cumplida ejecución de las leyes”*, la cual se debe ceñir al contenido y los alcances de la ley reglamentada. En el caso del artículo 355, la asignación constitucional de la facultad de reglamentar esa disposición superior, se hace en forma directa al Gobierno Nacional, quien es autónomo para expedir el reglamento respectivo.

En la Constitución anterior, la de 1886 con sus reformas, la jurisprudencia y la doctrina establecieron la noción de los llamados *“reglamentos autónomos constitucionales”*, principalmente derivados del artículo 120-14² de esa Carta.

En forma inicial, la Corte Constitucional en Sentencia C-021 del 28 de enero de 1993, al analizar una demanda contra la Ley 132 de 1985 referente a los préstamos a damnificados por el terremoto de Popayán de 1983, se refirió a los reglamentos autónomos, la no necesidad de una ley previa para su expedición, su no prevalencia sobre la ley, su distinción con la potestad reglamentaria general y la posibilidad de su modificación por la ley. La Corte Constitucional desarrolló estos temas en la siguiente forma:

“Para esta Corte la fórmula del artículo 120 numeral 14 consagra una atribución constitucional propia del Presidente de la República que da lugar a la expedición de reglamentos autónomos de desarrollo directo de la Carta, sin que sea necesaria la existencia de ley previa. Tales reglamentos pueden desarrollar, complementar e incluso suplir una ley. Pero, en ningún caso, excluyen la posibilidad de intervención del legislador en las materias a las que se refieren, ni pueden contradecir o derogar una ley de la República.

² Esta norma disponía: **“Artículo 120.-** *Corresponde al Presidente de la República como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:*

(...)

14) *Ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado;*

(...)” (Resalta la Sala).

La tesis de la prevalencia de la ley sobre cualquier tipo de reglamento (legal o constitucional) no puede ser desvirtuada simplemente por un análisis gramatical, descontextualizado y asistemático de una norma de la Constitución. Porque está en juego ni más ni menos que una de las garantías más importantes del Estado de derecho, que consiste en otorgar primacía indiscutible a la manifestación formal de la comunidad representada en el Congreso o parlamento.

Se trata, entonces, de una primacía formal que emerge de la propia fuente de la legitimidad del poder. En virtud de ello, el Congreso se le encomienda la regulación de todas las materias no atribuidas expresamente a otra rama del poder público. La rama administrativa, en desarrollo de la ley o directamente de la Constitución, tiene un amplio campo de acción, pero encuentra límites expresos en la ley a la que, en cualquier caso, debe respetar y no puede excluir. Se trata simplemente del cumplimiento de un principio cardinal del sistema jurídico: la jerarquía normativa.

El reglamento autónomo constitucional se diferencia entonces del reglamento que desarrolla una ley, simplemente en que aquél no requiere ley previa, pues la propia Constitución ha establecido un ámbito especial que puede ser desarrollado directamente por el Gobierno. Ahora bien, tal afirmación no permite deducir que los reglamentos tengan jerarquía legal, o que excluyan la posible intervención de la ley en las materias a ellos adscritas. La cláusula general de competencia propia del legislador, indica que no hay ningún ámbito que pertenezca en forma exclusiva y excluyente al reglamento. En consecuencia, el Congreso puede regular parcial o totalmente todos los aspectos que atañen a los reglamentos”.

En diversas ocasiones, la Corte Constitucional se ha referido sobre la potestad reglamentaria para el ejercicio de una función específica, que la Constitución le ha otorgado a algunas autoridades, como el Consejo Superior de la Judicatura, las máximas autoridades jurisdiccionales, el Contralor General de la República, la antigua Comisión Nacional de Televisión, las autoridades territoriales a nivel departamental y municipal, el Contador General de la Nación, la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Consejo Nacional Electoral y muy especialmente, el Banco de la República y su Junta Directiva³.

En el punto que nos interesa, referente a la facultad concedida al Gobierno Nacional, por la misma Constitución, en el artículo 355, de dictar un decreto o reglamento autónomo, la Corte Constitucional hizo un importante pronunciamiento en la Sentencia C-1250 de 28 de noviembre de 2001, relacionada con unas objeciones presidenciales a un proyecto de ley sobre el Hospital San Juan de Dios y el Instituto Materno Infantil. Expresó la Corte en la parte pertinente lo siguiente:

“El artículo 355 faculta al Gobierno para reglamentar de manera directa, sin necesidad de ley previa, la Constitución en esta materia específica. Por eso, establece la posibilidad de que sea expedido un decreto autónomo constitucional. Se trata aquí de un caso excepcional, ya que el Constituyente de 1991 decidió, en general, abolir los reglamentos autónomos constitucionales y dar más importancia al principio democrático mediante el fortalecimiento de las competencias legislativas del Congreso. Se exceptuó la materia de la contratación estatal con entidades privadas sin ánimo de lucro para la ejecución de actividades y programas de interés público, tema éste asociado con los llamados “auxilios parlamentarios”. Se buscó entonces sustraer de la órbita del Congreso la potestad de reglamentación del postulado constitucional establecido en el artículo 355, radicándola en el Gobierno, en los distintos niveles territoriales, de conformidad con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo. Esta decisión constituyente se basó en la necesidad de impedir que el giro de recursos económicos por parte del Estado a particulares

³ Así, por ejemplo, en las Sentencias C-497 de 1995; C-570 de 1997; C-372 de 1999; C-832 y C-955 de 2000; C-827 de 2001; C-290 y C-917 de 2002; C-384 de 2003; C-719 y C-1153 de 2004; C-1081 de 2005; C-238, C-354 y C-532 de 2006; C-1001 de 2007; C-403 y C-570 de 2010, etc.

dependiera del vaivén de las fuerzas políticas y pudiera devenir en el fomento del clientelismo y la corrupción, como en el pasado. Como es bien sabido, este fue uno de los propósitos políticos del proceso constituyente que concluyó en 1991.

Si bien lo anterior es cierto, también lo es que el artículo 355 de la Constitución al establecer competencias gubernamentales en materia de regulación de asuntos relativos a la contratación por parte de entidades públicas debe ser interpretado de forma que se respeten las competencias genéricas del legislativo en materias afines o conexas, como por ejemplo la facultad de expedir leyes llamadas a regir la prestación de los servicios públicos (art. 150 num. 23 C.P.) o la facultad de expedir el estatuto general de contratación de la administración pública (art. 150 num. 25 C.P.). Es por ello necesario que la Corte entra a precisar el alcance de la mencionada norma constitucional mediante la formulación de criterios que permitan resolver los posibles conflictos que puedan presentarse en el ejercicio de competencias entre el Ejecutivo y el Legislativo en la materia.

Ante todo es de observar que la competencia general en materia de régimen de contratación administrativa está en cabeza del Legislador (art. 150 inciso final C.P.). Lo mismo es predicable de la facultad legislativa relativa a la autorización al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales (art. 150 inc. 1 num. 9 C.P.). Lo anterior no obsta para que cuando lo que está en juego es la relación del Gobierno con una entidad sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para efectos de la realización de programas y actividades de interés público acordes con la ley del plan y las leyes sectoriales de desarrollo, deba respetarse la competencia específica que la Constitución ha otorgado al Gobierno Nacional para reglamentar autónomamente la contratación en desarrollo del artículo 355 de la Constitución.

No escapa a la Corte que en el ejercicio de las competencias en materia de contratación atribuidas al Legislador y al Ejecutivo pueden presentarse “zonas grises” o de conflicto. Para la resolución de los problemas competenciales que pueden surgir en esta materia, es necesario tener en cuenta los criterios de especificidad material, control del cumplimiento contractual y excepcionalidad.

El criterio de especificidad material refiere a que la regulación de los contratos verse sobre los temas expresamente enunciados en el artículo 355, es decir, sobre los programas y actividades desarrollados por las entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para fines de interés público y concordantes con la Ley del Plan y los planes sectoriales de desarrollo. Cualquier regulación que exceda estos límites materiales cae bajo la órbita de competencia general del Legislador.

En relación con el criterio de control de cumplimiento contractual se tiene que la entidad receptora de los recursos estatales tiene que cumplir con los términos del contrato celebrado con el gobierno, en los distintos niveles, para lo cual dichas obligaciones deben estar claramente definidas previamente. En este sentido, los reglamentos autónomos constitucionales que dicta el Gobierno Nacional en la materia han de regular las condiciones de la contratación de forma que los dineros públicos se destinen y gasten de conformidad con el contrato y los fines constitucionales. Ello ofrece un segundo criterio básico para establecer qué está incluido en la esfera de competencia del Ejecutivo en desarrollo del artículo 355 Superior, y qué pertenece a la competencia general en materia de contratación en cabeza del Congreso.

Finalmente el criterio de excepcionalidad lleva implícita la interpretación restrictiva de la competencia del Gobierno respecto de los reglamentos autónomos constitucionales, dado el lugar privilegiado que la competencia legislativa del Congreso tiene en un régimen político democrático y participativo.

Aplicados los criterios de especificidad material, excepcionalidad y control del cumplimiento de la contratación basada en el artículo 355 al desarrollo legal del artículo 4º (del proyecto de ley), se tiene que el contenido de la norma objetada no

cae en la esfera de competencias gubernamentales por vía del reglamento autónomo constitucional, sino que al contrario es desarrollo legítimo de las competencias genéricas del Legislador.

En efecto, afirmar, como lo hace el Gobierno, que al Legislador le está vedado regular la temática de la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en desarrollo del inciso segundo del artículo 355, significa desconocer la cláusula general de competencia que la Carta le ha asignado al Congreso en materia de contratación administrativa, según lo prescrito en el inciso final del artículo 150 Superior. (...)" (Los subrayados son de la Sala).

Resulta oportuno mencionar que en **España**, las autoridades autónomas independientes de origen constitucional, ejercen potestad reglamentaria en determinadas materias y funciones asignadas por la Constitución, y es esta la que define tal potestad como reglamentos autónomos o como normas secundarias subordinadas a las leyes en general.

En el caso de las Cámaras legislativas españolas, la Constitución les confiere autonomía organizativa, esto es, la potestad de darse sus propias normas de organización y funcionamiento, lo cual difiere de la Constitución colombiana que prevé en el artículo 151, que los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras deben ser adoptados mediante leyes orgánicas. No obstante, nuestra Carta consagra la facultad de “*darse su propio reglamento*” a los máximos tribunales de justicia (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Corte Constitucional)⁴.

Sobre el tema en España, el tratadista Santiago Muñoz Machado expresa:

“Todos los reglamentos de los órganos constitucionales son normas especiales, no generales, en cuanto que su función normadora se constriñe a la regulación de una materia específica, determinada por la Constitución o por la ley. La delimitación de este ámbito material está hecha de diferente manera según los reglamentos que se consideren. Sólo los Reglamentos de las Cámaras legislativas tienen confiada la misión de regular una materia que la Constitución reserva exclusivamente a los mismos. Por tanto, el ámbito material reservado es impenetrable para la ley. El resto de los reglamentos de órganos constitucionales no gozan de la misma posición constitucional. Al menos en relación con las leyes que regulan primariamente cada uno de esos órganos. Frente a las mismas no existe reserva alguna a favor del reglamento⁵” (El subrayado es de la Sala).

Conviene precisar que en España cuando los órganos autónomos independientes, en los reglamentos que expiden, se refieren al núcleo propio y exclusivo de la competencia conferida por la Constitución, pueden regular la materia con plena autonomía sin injerencia de ninguna otra autoridad, es decir, que prevalece el principio de la competencia, pero cuando se refieren a la regulación de aspectos **no** específicos de esa competencia, se deben sujetar a las leyes generales, pues en ese evento se sigue el principio de jerarquía normativa⁶.

⁴ C.P. arts. 235, numeral 6; 237 numeral 6 y 241 numeral 11.

⁵ Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo II. El Ordenamiento Jurídico. Iustel Portal Derecho S.A., Madrid, 2006, pág. 989.

⁶ El tratadista español Juan Alfonso Santamaría Pastor explica así el principio de competencia: “Las normas de un subsistema (normalmente, las de superior rango) pueden otorgar potestades regulatorias específicas a un órgano o entidad pública a la que pertenece dicho subsistema, de tal manera que dicha potestad deberá ser ejercida por el órgano o ente designado, y por ningún otro”, y el principio de jerarquía: “La primera y más elemental forma de resolver los conflictos entre normas consiste en otorgar a algunos tipos de ellas un valor o fuerza de obligar superior al de otras: esto es, clasificando las normas en una escala de rangos en la que cada norma puede disponer plenamente sobre las de nivel inferior, en tanto que éstas han de respetar estrictamente el contenido de las de

A este respecto, el tratadista español Santiago Muñoz Machado explica:

“Puede decirse, en conclusión, que, así como las relaciones entre los Reglamentos de las Cámaras y las leyes se disciplinan conforme al principio de competencia (...), las mismas relaciones cuando conciernen a los reglamentos de otros órganos constitucionales están regidas habitualmente por el principio de jerarquía, aunque en ocasiones la aplicación del mismo se excluye para primar la regulación reglamentaria cuando concierne a materias exclusivamente de organización interna y funcionamiento. Habría que distinguir, para aplicar claramente uno u otro principio, entre el núcleo competencial propio y exclusivo de los reglamentos, que sólo puede ser delimitado por las normas que regulan los órganos constitucionales, y las demás materias incluidas en el mismo, que están también en el dominio de la legislación general. En el primer dominio jugaría esencialmente el principio de competencia, de manera que las demás leyes no podrían usurpar la regulación confiada al órgano constitucional. En el segundo ámbito, operaría el principio de jerarquía. Una aplicación de este criterio en la STC (Sentencia del Tribunal Constitucional) 105/2000 de 13 de abril” (El subrayado es de la Sala).

Recapitulando, se pueden mencionar los siguientes postulados fundamentales:

i) Existen reglamentos autónomos constitucionales que emanan de la competencia otorgada directamente por la Constitución a diversas autoridades, para regular una materia específica, generalmente de carácter técnico u operativo, en forma exclusiva, y que son, por tanto, impenetrables para la ley.

ii) Los reglamentos autónomos constitucionales difieren de los reglamentos dictados en virtud de la potestad reglamentaria general otorgada al Presidente de la República por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, que se realiza respecto de las leyes para darles a estas operatividad efectiva en la práctica.

iii) Debe haber criterios de especificidad para aclarar las “zonas grises” o de conflicto de las respectivas competencias del Gobierno o la autoridad administrativa reguladora y el Congreso, que se pudieran presentar entre los reglamentos autónomos y las leyes, como se explicó en la citada Sentencia C-1250 de 2001 de la Corte Constitucional.

Tales criterios son el de la especificidad material en el sentido de que el Gobierno o la autoridad administrativa reguladora se ciña efectivamente a la materia específica mencionada en la Constitución, el criterio de control de cumplimiento de la regulación referente a que se cumpla efectivamente con el objeto de la regulación del reglamento autónomo, y el criterio de excepcionalidad que comprende la interpretación restrictiva de la competencia del Gobierno o la autoridad administrativa reguladora, para dictar el reglamento autónomo.

iv) La facultad conferida al Gobierno Nacional por el artículo 355 de la Constitución, para dictar un reglamento autónomo, no puede desconocer la facultad general del Congreso de hacer las leyes, conforme al primer inciso del artículo 150 de la Carta⁸.

nivel superior. Es esta posición relativa de superioridad de unas normas sobre otras lo que se conoce con el nombre de principio de jerarquía”. Principios de Derecho Administrativo General. Volumen Primero. Segunda edición, Iustel Portal Derecho S.A., Madrid, 2009, páginas 149 y 146, respectivamente).

⁷ Ob. Cit. pág. 990.

⁸ Sobre el tema de los ámbitos de autonomía atribuidos por la Constitución o por la ley a algunas autoridades de regulación, se pronunció el Magistrado Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, en su Aclaración de Voto a la Sentencia C-805 del 1º de agosto de 2001 de la Corte Constitucional, en la cual expresó lo siguiente: “Considero que la Constitución reconoce ámbitos de autonomía, no sólo a

La cláusula de competencia del Congreso para dictar las leyes, lo mismo que la competencia del último inciso del citado artículo 150, para expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, en su marco general, no puede desconocerse y resulta aplicable bajo el principio de jerarquía normativa.

De otra parte, la especificidad del reglamento autónomo constitucional, que la doctrina denomina “*el núcleo competencial propio y exclusivo de los reglamentos*”⁹, se refiere concretamente a la materia objeto del reglamento, la cual delimita la competencia del Gobierno para expedirlo, lo cual corresponde al principio de competencia, pero en los demás aspectos se debe seguir la regulación establecida por la legislación general, dictada por el Congreso.

v) Se debe pues, compatibilizar el principio de competencia con el principio de jerarquía normativa: la competencia para dictar el reglamento autónomo radica exclusivamente en el Gobierno Nacional sobre la materia específica objeto del mismo, pero en los aspectos diferentes a esta, debe prevalecer la aplicación de la ley, como norma jerárquica superior.

Como conclusiones de lo expuesto en este punto, la Sala deduce las siguientes:

1ª) El inciso segundo del artículo 355 de la Constitución colombiana de 1991 le otorga al Gobierno Nacional un espacio para dictar un reglamento autónomo, atendiendo el criterio de especificidad y con interpretación restrictiva, que regule todo lo concerniente a la modalidad contractual prevista en dicha norma, esto es, la celebración por parte de las entidades estatales, con recursos de los respectivos presupuestos, de “*contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo*”.

El Gobierno Nacional ha ejercido la mencionada facultad mediante la expedición de los Decretos 777 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993, y más recientemente, el Decreto 92 de 2017, que constituyen entonces, una clase de estos reglamentos autónomos.

2ª) En los demás espacios no regulados expresamente por el mencionado reglamento autónomo de contratación, le corresponde la regulación al Congreso de la República, en virtud de su competencia general para “*hacer las leyes*”, y más concretamente, para “*expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional*”, de conformidad con lo dispuesto por los incisos primero y último del artículo 150 de la Constitución.

D. La reglamentación de los contratos de apoyo establecida en el Decreto 777 de 1992, modificado por los Decretos 1403 de 1992 y 2459 de 1993

órganos nacionales de regulación con estatus constitucional como algunos de los citados en la misma sentencia (se refiere al Consejo Superior de la Judicatura, el Consejo Nacional Electoral, el Contralor General de la República, el Contador General de la Nación y la Junta Directiva del Banco de la República), sino también a órganos departamentales con estatus constitucional como las corporaciones públicas de elección popular departamentales y municipales, por citar tan solo un ejemplo. También permite que la ley reconozca espacios de autonomía a órganos creados por el legislador con el propósito de desarrollar una concepción de Estado Regulador claramente compatible con numerosas disposiciones constitucionales sobre las cuales no es necesario detenerse en esta aclaración”.

⁹ Santiago Muñoz Machado. Ob. Cit., pág. 990.

Conviene precisar que los contratos estatales establecidos en el inciso segundo del artículo 355 del ordenamiento superior, se han considerado especiales por sus características y se han denominado comúnmente “*contratos de apoyo a programas y actividades de interés público*” o simplemente “*contratos de apoyo*”.

El Gobierno Nacional ejerció la facultad conferida por el artículo 355 constitucional, de reglamentación directa de la contratación especial prevista en ese artículo y con base en ella, expidió el Decreto 777 del 16 de mayo de 1992, “*Por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política*”, modificado después por los Decretos 1403 de 1992 y 2459 de 1993.

El Decreto 777 de 1992 reguló entonces, los contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro para impulsar programas y actividades de interés público, o más sencillamente, los contratos de apoyo. El artículo 1º de este estableció los requisitos y formalidades generales de tales contratos, en la siguiente forma:

“Artículo 1º. Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983.

<Inciso subrogado por el inciso 1o. del artículo 1o. del Decreto 1403 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:> *Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a cien salarios mínimos mensuales deberán publicarse en el Diario Oficial o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial. Adicionalmente, deberán someterse a la aprobación del Consejo de Ministros¹⁰ aquellos contratos que celebren la Nación, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas, cuando dichas entidades descentralizadas pertenezcan al orden nacional, y la cuantía del contrato sea igual o superior a cinco mil salarios mínimos mensuales.*

<Inciso subrogado por el inciso 2o. del artículo 1o. del Decreto 1403 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:> *Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado”.*

Sin embargo, hay una serie de contratos excluidos del campo de aplicación del Decreto 777 de 1992, conforme lo dispuso su artículo 2º en los siguientes términos:

“Artículo 2º. Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto:

1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes.

¹⁰ El artículo 2º del Decreto 2459 de 1993, “*Por el cual se adoptan disposiciones en relación con los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política*”, estableció: **“Artículo 2º. Los contratos a que se refiere este Decreto que celebren la Nación o los establecimientos públicos nacionales no requerirán de la aprobación del Consejo de Ministros”.**

2. Las transferencias que se realizan con los recursos de los Presupuestos Nacional, Departamental, Distrital y Municipal a personas de derecho privado para que, en cumplimiento de un mandato legal, desarrollen funciones públicas o suministren servicios públicos cuya prestación esté a cargo del Estado de acuerdo con la Constitución Política y las normas que la desarrollan.

3. <Numeral subrogado por el artículo 2o. del Decreto 1403 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:> Las apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas, como son las cooperativas públicas, o de corporaciones y fundaciones de participación mixta en cuyos órganos directivos estén representadas entidades públicas en forma proporcional a sus aportes, de acuerdo con las disposiciones estatutarias de la corporación o fundación.

4. Las transferencias que realiza el Estado a personas naturales en cumplimiento de las obligaciones de asistencia o subsidio previstas expresamente en la Constitución y especialmente de aquellas consagradas en los artículos 43, 44, 46, 51, 368, 13 transitorio y 46 transitorio de la misma.

5. <Numeral adicionado por el artículo 3o. del Decreto 1403 de 1992. El texto es el siguiente:> Los contratos que de acuerdo con la ley celebre la entidad pública con otras personas jurídicas, con el fin de que las mismas desarrollen un proyecto específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con las precisas instrucciones que esta última les imparta.

Parágrafo. <Parágrafo adicionado por el artículo 3o. del Decreto 1403 de 1992. El texto es el siguiente:> Para efectos del presente Decreto se consideran entidades públicas, además de las otras previstas por la Constitución y la ley, a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas”.

Los artículos 1º y 2º del Decreto 777 de 1992 fueron demandados en acción de nulidad ante el Consejo de Estado, el cual denegó las pretensiones de la demanda en Sentencia de la Sección Primera, del 26 de febrero de 1993, Rad. No. 2073.

Los accionantes consideraban que el artículo 1º violaba el artículo 13 de la Carta, pues consagraba un beneficio a favor de los entes sin ánimo de lucro, desconociendo, según la demanda, que el privilegio es permitido únicamente para los “grupos discriminados o marginados” y aquellos no lo son, a lo cual la sentencia manifestó:

“Debe observarse, pues, que la igualdad frente a la ley es un principio que tiene como premisa la igualdad fáctica de sus destinatarios que es la que se ignora en los supuestos presentados por los impugnantes, porque al dar a las personas jurídicas de derecho privado carentes de ánimo lucrativo el trato consignado en el artículo 1º del Decreto 777 de 1992, sólo está elaborando la distinción trazada por el constituyente, según la cual los contratos podrán celebrarse con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Y, desde luego que, cuando se señala en él que se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, no se está insertando elemento alguno que irrespete o afecte los principios contenidos en el canon 13 de la Carta, como lo creen equivocadamente los actores, ni se altera ni coarta el derecho de libre asociación garantizado en el artículo 38 ibídem, para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.

En este orden de ideas, resulta infundada la acusación en el sentido de que con el artículo 1º del Decreto 777 se crea un privilegio en favor de las mencionadas personas, menos cuando para celebrar los referidos contratos a las mencionadas entidades se les exigen requisitos que el mismo decreto establece, tales como el

otorgamiento de garantías (art. 5) y se les impone los controles y la vigilancia que implica la interventoría (art. 6), a fin de acatar lo dispuesto en el artículo 11 que dice:

'Con los recursos públicos que reciba la entidad sin ánimo de lucro, en razón del respectivo contrato, se efectuarán gastos únicamente para el cumplimiento del objeto del mismo'."

Los demandantes consideraron que el aludido decreto violaba el artículo 355 de la Constitución, pues según ellos, no podía haber compromisos estatales de carácter benéfico con entes privados sin ánimo de lucro, y que estos no podían recibir dineros del erario sino a título oneroso o conmutativo, respecto de lo cual la sentencia hizo el siguiente análisis:

"No cabe duda de que el artículo 355 de la Carta regula dos situaciones diferentes: en el primer inciso se consagra la prohibición absoluta para las ramas y órganos del poder público de decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, es decir, que se transfieren, sin contraprestación alguna, en forma gratuita a personas de derecho privado de cualquier naturaleza. En el segundo, se autoriza al Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, a celebrar contratos utilizando recursos públicos, con entidades privadas sin ánimo de lucro, pero con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acorde con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo, lo cual excluye el carácter de gratuito de los mismos, pues el contratista que debe ser de reconocida idoneidad, asume la obligación de impulsar los referidos programas en una especie de colaboración con la gestión de las actividades estatales que se contengan en los aludidos planes.

El artículo 1º del Decreto 777 de 1992 lo que hace es reglamentar aquella previsión constitucional al establecer que los contratos que así se llevan a cabo deben constar por escrito y sujetarse a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, pero salvo lo previsto en el mismo decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983, sin que pueda pensarse válidamente que por establecerse estas condiciones desaparezca la consistente en que los contratos a más de tener como meta el impulsar programas y actividades de interés público, como así lo reitera la disposición demandada, éstos deben estar acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo, como lo exige el citado texto constitucional, así esta última circunstancia no la contemple el estatuto reglamentario, pero sin que tal omisión pueda considerarse como que quebranta la norma superior.

En relación con la exclusión del régimen de los contratos de apoyo de los contratos que implican una contraprestación directa a favor de la entidad pública, contemplada en el numeral 1º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, la Sección Primera expresó lo siguiente:

"Finalmente queda por señalar que los contratos a que se refiere el inciso 1º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992 son los que implican una conducta de parte del contratista directamente en beneficio de la entidad contratante (entidades administrativas territoriales), distintos de los que las entidades públicas pueden celebrar con personas privadas sin ánimo de lucro, sin que ello implique una prestación en favor de la Nación, el departamento, el distrito o municipio respectivo, sino que tienen por objeto beneficiar a la comunidad, pues deben estar enderezados a impulsar programas y actividades de interés público, acordes con el Plan Nacional o los Planes Seccionales de Desarrollo, de allí que aquéllos sean excluidos por el mismo artículo 2º acusado de la aplicación del decreto del cual hace parte dicha disposición".

La Sala se ha pronunciado en varias oportunidades, sobre la reglamentación de los contratos de apoyo, contenida en el Decreto 777 de 1992 y sus modificatorios. Así, por ejemplo, en el Concepto No. 1129 del 16 de septiembre de 1998 se refirió a la característica de que las entidades públicas de los niveles nacional, departamental, distrital y municipal pueden celebrar dichos contratos “con recursos de los respectivos presupuestos” y deben tener como fin impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo. En el evento que impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, no constituyen contratos de apoyo, sino que se encuentran excluidos del régimen de estos, por disposición del numeral 1º del artículo 2º del citado decreto.

Sostuvo la Sala en el Concepto No. 1129 de 1998:

“El término recursos, de que trata la norma constitucional del artículo 355, no tiene un sentido restrictivo sino que concuerda con el concepto de bien público que, como tal, es el que se daría mediante contrato de comodato a una entidad privada sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para impulsar programas de interés. El Diccionario de la Lengua Española señala como acepciones de dicho término: ‘5.pl. Bienes, medios de subsistencia. 6. Conjunto de elementos disponibles para resolver una necesidad o llevar a cabo una empresa ...’ Y Manuel Ossorio en su ‘Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales’, luego de advertir que la voz pluralizada recursos adquiere otros significados, le da a ella el de: Bienes de toda índole.

Hecha la anterior precisión acerca de la concordancia existente entre los conceptos de recurso y bien público, conviene sintetizar lo hasta aquí expuesto con el fin de armonizarlo con el caso que se consulta. El artículo constitucional 355 - inciso 2º faculta a los gobiernos nacional, departamental, distrital y municipal para que con recursos propios de sus presupuestos celebren contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público. El decreto 777 de 1992, al reglamentar la norma mencionada, dispone en su artículo 1o. que los contratos realizados con base en el citado precepto (C.N. art. 355 - inc.2o.) deberán constar por escrito, sujetarse a los requisitos y formalidades previstos por la ley para la contratación entre particulares y que a esos contratos podrán incluirse las cláusulas ‘exorbitantes previstas en el decreto 222 de 1983’, hoy en día cláusulas excepcionales al tenor de la ley 80 de 1993.

A su vez, en el artículo 2o. el referido decreto 777 de 1992 establece algunas excepciones, dentro de las cuales contempló en el numeral 1o. los suscritos entre las entidades públicas y personas privadas sin ánimo de lucro que impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, caso que se daría en el evento en que la Nación, un departamento, un distrito o un municipio decidan entregar un bien en comodato a una Sociedad de Mejoras Públicas. La contraprestación que ésta garantiza será el uso y el manejo del bien dentro de las condiciones especiales que se le exijan y, además, las utilidades o beneficios que perciba ‘... sólo podrán invertirse en la realización de aquellos fines para que fueron creadas y que se encuentran expresados en la ley o en los estatutos’ (ley 58 de 1945 artículo 3o parágrafo)”.

En síntesis, los organismos y entidades públicos de los niveles nacional, departamental, distrital y municipal pueden celebrar los contratos de apoyo de programas y actividades de interés público, establecidos por el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución y reglamentados por el Decreto 777 de 1992 con sus modificatorios, los cuales tienen las siguientes características generales:

1. Deben constar por escrito (art. 1º Decreto 777/92).

2. Se deben sujetar a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, y la normativa del citado decreto (art. 1º ib.).

3. Pueden incluir las cláusulas exorbitantes o mejor, excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias (art. 1º ib.).

4. Se deben celebrar con recursos de los respectivos presupuestos, y por tanto, deben contar con el Certificado de Disponibilidad Presupuestal antes de la celebración del contrato, y después, con el Registro Presupuestal (arts. 7º y 14 ib.).

5. Se deben celebrar con entidades privadas sin ánimo de lucro, de reconocida idoneidad, entendida esta como *“la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato”* (art. 1º inciso tercero ib., modificado por el art. 1º Decreto 1403/92). Entidades constituidas por lo menos con seis (6) meses de antelación a la celebración del contrato, con su personería jurídica vigente y cuya duración no sea inferior al término del contrato y un (1) año más (arts. 12 y 13 ib.).

6. Se deben realizar con la finalidad de impulsar programas y actividades de interés público (art. 1º ib.).

7. Tales programas y actividades deben estar acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo (art. 355 Constitución).

8. Si el contrato es celebrado por una entidad descentralizada, debe contar con la autorización del representante legal de la entidad territorial respectiva o su delegatario en materia contractual (art. 4º ib., modificado por el art. 4º Decreto 1403/92). La misma autorización se requiere cuando una entidad fiduciaria deba celebrar el contrato por cuenta de una entidad pública (art. 5º Decreto 1403/92).

9. Se deben pactar garantías adecuadas de manejo y cumplimiento (art. 5º ib.).

10. Un interventor debe verificar la ejecución y cumplimiento del contrato (art. 6º ib.).

11. No hay vínculo laboral entre la entidad pública y el personal del contratista (art. 8º ib.).

12. En caso de incumplimiento del contratista, la entidad pública puede dar por terminado unilateralmente el contrato y exigir el pago de los perjuicios (art. 15 ib.).

E. Los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, Estatuto de la Administración Pública, y su diferencia con los contratos de apoyo

La consulta se refiere a los convenios de asociación previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*, llamada comúnmente el Estatuto de la Administración Pública, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el

artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

Como se observa, esta norma faculta a las entidades estatales en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, siguiendo los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución, para asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignados a las entidades públicas.

La consulta se refiere a los convenios de asociación contemplados en el citado artículo 96, no a la creación de personas jurídicas, de modo que la Sala se refiere específicamente a tales convenios, respecto de los cuales el inciso segundo de esa norma dispone que se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución, y que en ellos se determinará con precisión, su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

Resulta oportuno mencionar que la Corte Constitucional, en Sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999, declaró exequible el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, con base en la siguiente argumentación

“(…) se observa por la Corte que la autorización que en su inciso primero se otorga a entidades estatales para que con observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución pueden (sic) 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, no vulnera en nada la Carta

Política, por cuanto se trata simplemente de un instrumento que el legislador autoriza utilizar para el beneficio colectivo, es decir, en interés general y, en todo caso, con acatamiento a los principios que rigen la actividad administrativa del Estado.

(...) De la misma manera, si el legislador autoriza la asociación de entidades estatales con personas jurídicas particulares con las finalidades ya mencionadas, estableció, en defensa de la transparencia del manejo de los dineros públicos, que los convenios de asociación a que se hace referencia serán celebrados 'de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política', lo que significa que no podrá, en ningún caso pretextarse la celebración de los mismos 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 de 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".

Como se observa, en el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, se prevé que los convenios de asociación se deben celebrar de acuerdo con el artículo 355 de la Constitución, y la Corte Constitucional en la sentencia citada, señala en qué consiste la referencia a la norma constitucional, para decir que no podrán consistir en auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado y se deberán celebrar con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo.

Sin embargo, se advierte que en el primer inciso del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se fijaron legalmente dos variantes, consistentes en que la norma dice expresamente que se podrán celebrar convenios de asociación "con personas jurídicas particulares", lo cual significa que se refiere tanto a las personas jurídicas privadas con ánimo de lucro, vale decir, las sociedades comerciales, como a las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, y dispone que tales convenios se realizan "para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas (se alude a las entidades estatales) la ley", de forma que el ámbito de aplicación legal de los mencionados convenios de asociación es más amplio que el establecido por el artículo 355 de la Constitución y reglamentado por el Decreto 777 de 1992 y sus decretos modificatorios.

En una necesaria interpretación de la norma, habrá que entender que el segundo inciso cuando alude al artículo 355 de la Carta, está regulando los convenios de asociación celebrados con las entidades privadas sin ánimo de lucro, en los términos y con los requisitos descritos en ella. Por lo tanto, los convenios o contratos de asociación celebrados con otros contratistas diferentes a los previstos en la norma constitucional se regularán, como regla general, por lo dispuesto en el primer inciso de este artículo 96, y por el Estatuto General de Contratación de la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, salvo norma legal especial en contrario.

No hay que olvidar que según los artículos 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, esta regula todos los contratos estatales, típicos, atípicos, nominados o innominados, que surjan de la autonomía de la voluntad, salvo que tengan un régimen especial consagrado en la Constitución o en la ley.

Los elementos de los convenios de asociación que son objeto de consulta, son fijados por las partes, de acuerdo con lo establecido por el inciso segundo del citado artículo 96, pues este señala que "en ellos se determinará con precisión su objeto,

término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”.

La consulta pregunta acerca de la diferencia entre los contratos de apoyo reglamentados por el Decreto 777 de 1992 y los convenios de asociación. Se pueden establecer las siguientes diferencias:

1ª) Los contratos de apoyo se celebran con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro. Los contratos de asociación se celebran con personas jurídicas privadas con o sin ánimo de lucro.

2ª) Los contratos de apoyo se celebran para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo. Los contratos de asociación se pueden celebrar con esa finalidad, pero también para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones asignadas legalmente a las entidades estatales.

3ª) Los contratos de apoyo se celebran con cargo al respectivo presupuesto de la entidad pública. En los contratos de asociación se deben determinar, como señala el inciso segundo del citado artículo 96, los “aportes” tanto de la entidad pública como de la persona jurídica particular.

Se trata de dos modalidades especiales de contratos estatales: los contratos de apoyo reglamentados por el Decreto 777 de 1992 y sus decretos modificatorios y los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, sin que la diferencia sea por el origen de sus normas, sino por sus características y elementos normativos, debiéndose entender que las exclusiones (que no prohibiciones, como dice la cuarta pregunta) mencionadas en los numerales 1º y 5º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, son para los contratos que este reglamenta: los contratos de apoyo.

En este punto conviene mencionar el Decreto 92 del 23 de enero de 2017, “*Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso 2º del artículo 355 de la Constitución Política*”, el cual, como se dijo, entrará a regir el 1º de junio de 2017 (art. 11).

El artículo 5º del Decreto 92 de 2017 establece lo siguiente:

“Artículo 5º. Asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir actividades propias de las Entidades Estatales. Los convenios de asociación que celebren entidades privadas **sin** ánimo de lucro de reconocida idoneidad y Entidades Estatales **para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la ley a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998**, no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional.

Si hay más de una entidad privada sin ánimo de lucro que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por ley a una Entidad Estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección.

Estos convenios de asociación son distintos a los contratos a los que hace referencia el artículo 2º y están regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y los artículos 5º, 6º, 7º y 8º del presente decreto” (Resalta la Sala).

Como se observa esta norma regula los contratos de asociación con las entidades privadas sin ánimo de lucro, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones de las entidades estatales, y los distingue de los contratos de apoyo, cuyo nuevo régimen se encuentra contemplado básicamente en el artículo 2º del mismo Decreto 92 de 2017.

F. La contraprestación directa establecida como exclusión del régimen de los contratos de apoyo

La consulta indaga en qué consiste “*la contraprestación directa*” mencionada en el numeral 1 del artículo 2º del Decreto 777 de 1992.

Esta norma establecía lo siguiente:

“Artículo 2º. Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto:

*1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes.
(...)”.*

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra “*Contraprestación*” como “*Prestación que debe una parte contratante por razón de la que ha recibido o debe recibir de la otra*” y “*Prestación*” como “*Cosa o servicio que alguien recibe o debe recibir de otra persona en virtud de un contrato o de una obligación legal*”, de manera que una contraprestación directa en este caso, es el bien, obra o servicio que recibe directamente la entidad pública por causa de un contrato celebrado con una persona privada sin ánimo de lucro, lo cual significa que dicho contrato se encuentra excluido del régimen de los contratos de apoyo establecido por el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución y reglamentado por el Decreto 777 de 1992 y sus decretos modificatorios.

La Sala se refirió en el mismo sentido de que la contraprestación directa a la cual aludía el numeral 1 del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, implica que la beneficiaria de la prestación a cargo de la entidad privada sin ánimo de lucro, sea la entidad pública y no la comunidad, cuando en el Concepto No. 1710 del 23 de febrero de 2006 expresó:

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

“ ... los contratos a que se refiere el inciso 1o. del artículo 2o. del Decreto 777 de 1992 son los que implican una conducta de parte del contratista directamente en beneficio de la entidad contratante (entidades administrativas territoriales), **distintos de los que las entidades públicas pueden celebrar con personas privadas sin ánimo de lucro, sin que ello implique una prestación en favor de la Nación, el departamento, el distrito o municipio respectivo, sino que tienen por objeto beneficiar a la comunidad, pues deben estar enderezados a impulsar programas y actividades de interés público, acordes con el Plan Nacional o los Planes Seccionales de Desarrollo, de allí que aquellos sean excluidos por el mismo artículo 2o. acusado de la aplicación del decreto del cual hace parte dicha disposición**”.¹¹ (Negrillas de la Sala).

Se pregunta en este punto si el cumplimiento de una meta del plan de desarrollo de una entidad pública podría considerarse como una contraprestación directa. La respuesta es afirmativa en la medida en que se beneficia directamente la entidad pública con dicha prestación realizada por la entidad privada sin ánimo de lucro.

Se formula el interrogante de si el pago o remuneración de personal podría estimarse como una contraprestación directa. La pregunta no aclara a qué personal se refiere. Para la Sala es claro que el objeto y característica de estos contratos no puede ser el de pagar el personal vinculado, en sus diferentes modalidades, a la entidad pública o a la entidad privada sin ánimo de lucro, sino los señalados en los apartes anteriores de este concepto. Por lo tanto, la respuesta es negativa.

G. Algunos aspectos de los convenios de asociación objeto de la consulta

La consulta formula varias preguntas acerca de los convenios de asociación.

Se inquiriere si los requisitos de idoneidad establecidos por el Decreto 777 de 1992 son aplicables a estos convenios, debiéndose contestar afirmativamente, en el evento de que se trate de un convenio de asociación con una entidad privada sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, pues así lo ordena la remisión que hace el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, al artículo 355 de la Carta. Este requisito aparece definido en el inciso tercero del artículo 1º del Decreto 777 de 1992, modificado por el artículo 1º del Decreto 1403 de 1992:

“Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado”.

Se pregunta sobre los vacíos de las normas citadas para la presentación de las propuestas por parte de las entidades privadas sin ánimo de lucro para los contratos de apoyo y los convenios de asociación. Al respecto debe señalarse que en aquellos espacios distintos a los otorgados por la Constitución al reglamento autónomo del Gobierno y también para vacíos en las normas que regulen estos contratos, se dará aplicación y prevalecerán las normas de superior jerarquía, en este caso, las establecidas en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y demás normas complementarias.

Es importante señalar que bajo la vigencia del Decreto 777 de 1992 y la del Decreto 92 de 2017, los “contratos de apoyo” y los convenios de asociación que tienen su

¹¹ Nota del Concepto No. 1710 de 2006: Sentencia de 26 de febrero de 1.993, radicación 2073, de la Sección Primera de la Corporación, que denegó las pretensiones de nulidad contra los artículos 1o. y 2o. del decreto 777.

fundamento en el artículo 355 de la C.P., deben sujetarse a los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, por tratarse de contratos estatales y porque así lo ratifica el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 para estos últimos.

Se indaga si se pueden realizar convenios de asociación cuyos rubros presupuestales estén determinados como de funcionamiento o si solo pueden hacerse bajo el rubro de inversión¹². Al efecto, se contesta que se deben celebrar con cargo a los rubros de inversión por los conceptos a los cuales están destinados: sea para impulsar programas del respectivo plan de desarrollo, sea para desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones de la entidad pública.

Se pregunta qué tipo de objetos contractuales no serían viables jurídicamente realizar a través de convenios de asociación relacionados con el artículo 355 de la Constitución. Sobre el particular, se considera que las entidades públicas no pueden celebrar convenios de asociación cuyo objeto no esté relacionado con los programas del respectivo plan de desarrollo o con los cometidos y funciones legales de la entidad, y que no cumplan los demás requisitos establecidos en el artículo 355 de la Carta.

Finalmente, se plantea el interrogante de si un ente nacional, departamental, distrital o municipal puede realizar un convenio de asociación con una organización privada sin ánimo de lucro para realizar actividades deportivas, o ejercicios pedagógicos de cultura ciudadana o actividades que servirán a la comunidad. La respuesta dependerá de si tales actividades se encuentran dentro de sus programas del respectivo plan de desarrollo o dentro de los cometidos y funciones legales de la entidad y además de si se cumplen los requisitos establecidos en la norma constitucional y en el reglamento de los convenios de asociación.

H. El nuevo régimen de los contratos de apoyo, establecido por el Decreto 92 de 2017 a partir del 1º de junio de 2017

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 92 del 23 de enero de 2017, *“Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso 2º del artículo 355 de la Constitución Política”*, el cual tuvo su origen en el Departamento Nacional de Planeación – DNP y, como se dijo, empezará a regir el 1º de junio de 2017 y deroga los Decretos 777 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993 (art. 11), estableciendo entonces, un nuevo régimen para los contratos de apoyo a programas y actividades de interés público.

Sin entrar a hacer un análisis de la nueva reglamentación, lo cual excedería el marco de la consulta formulada, se pueden destacar algunas de sus normas.

¹² El libro *“Aspectos Generales del Proceso Presupuestal Colombiano”*, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dirección General del Presupuesto Público Nacional. Bogotá D.C., 2011, presenta las siguientes definiciones sobre estos rubros presupuestales:

“Gastos de funcionamiento. Son aquellos que tienen por objeto atender las necesidades de los órganos para cumplir a cabalidad con las funciones asignadas en la Constitución y la ley.” (págs. 250 y 251).

“Gastos de inversión. Son aquellas erogaciones susceptibles de causar réditos o de ser de algún modo económicamente productivas, o que se materialicen en bienes de utilización perdurable, llamados también de capital por oposición a los de funcionamiento, que se hayan destinado por lo común a extinguirse con su empleo. Así mismo, se incluyen como gastos de inversión aquellos destinados a crear infraestructura social. La característica fundamental de este debe ser que su asignación permita acrecentar la capacidad de producción y la productividad en el campo de la estructura física, económica y social.” (pág. 261).

Así por ejemplo, el artículo 1º fija el objeto del nuevo decreto, en esta forma:

“Artículo 1º. Objeto. *El objeto del presente decreto es reglamentar la forma como 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, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política.*

Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– para la aplicación del presente decreto”.

El artículo 2º del Decreto 92 de 2017 establece las condiciones para la celebración de los nuevos contratos de apoyo en los siguientes términos:

“Artículo 2º. Procedencia de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. *Las Entidades Estatales del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal pueden contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en los términos del artículo 355 de la Constitución Política y del presente decreto, siempre que el Proceso de Contratación reúna las siguientes condiciones:*

a) Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previstos en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, de acuerdo con el nivel de la Entidad Estatal, con los cuales esta busque exclusivamente promover los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana;

b) Que el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato, y

c) Que no exista oferta en el mercado de los bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo. En los demás eventos, la Entidad Estatal deberá aplicar la Ley 80 de 1993, sus modificaciones y reglamentos.

La Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal que contrate bajo esta modalidad deberá indicar expresamente en los Documentos del Proceso, cómo el Proceso de Contratación cumple con las condiciones establecidas en el presente artículo y justificar la contratación con estas entidades en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo.

Estas Entidades Estatales pueden contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en los términos del presente decreto, previa autorización expresa de su representante legal para cada contrato en particular que la Entidad Estatal planea suscribir bajo esta modalidad. El representante legal de la Entidad Estatal no podrá delegar la función de otorgar esta autorización.

La Entidad Estatal deberá acreditar en los Documentos del Proceso la autorización Respectiva”.

El artículo 3º precisa el concepto de “reconocida idoneidad” de la persona jurídica sin ánimo de lucro, así:

“Artículo 3º. Reconocida idoneidad. La entidad sin ánimo de lucro es de reconocida idoneidad cuando es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación y cuenta con experiencia en el objeto a contratar. En consecuencia, el objeto estatutario de la entidad sin ánimo de lucro le deberá permitir a esta desarrollar el objeto del Proceso de Contratación que adelantará la Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal.

La Entidad Estatal debe definir en los Documentos del Proceso las características que debe acreditar la entidad sin ánimo de lucro. Para el efecto, deberá tomar en consideración las pautas y criterios establecidos en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, la cual deberá tener en cuenta las normas de transparencia y acceso a la información aplicable a las entidades privadas sin ánimo de lucro que contratan con cargo a recursos de origen público y las mejores prácticas en materia de prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés”.

El artículo 4º del Decreto 92 de 2017 establece el proceso de selección de la persona jurídica sin ánimo de lucro, de la siguiente forma:

“Artículo 4º. Proceso competitivo de selección cuando existe más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad. La Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal deberá adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista, cuando en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar es ofrecido por más de una Entidad sin ánimo de lucro.

En el proceso competitivo la Entidad Estatal deberá cumplir las siguientes fases: (i) definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas; (ii) definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la Entidad Estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad, y (iii) evaluación de las ofertas por parte de la Entidad Estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto.

Las Entidades Estatales no están obligadas a adelantar el proceso competitivo previsto en este artículo cuando el objeto del Proceso de Contratación corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos”.

Es pertinente la observación, sobre el ámbito de aplicación del régimen de los contratos del artículo 355 de la Constitución, para personas jurídicas sin ánimo de lucro, y por ende, no sería aplicable, ni por acción, ni por exclusión, a las personas naturales, a que se refiere el inciso tercero de la norma transcrita.

Cabe anotar que el Decreto 92 de 2017 en el artículo 5º, transcrito arriba, se refirió también a los convenios de asociación previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, los distinguió de los referidos en el artículo 2º y dispuso que estaban regidos por el citado artículo 96 y los artículos 5º a 8º del nuevo decreto.

El artículo 6º del Decreto 92 de 2017 señala el régimen de inhabilidades de esta contratación especial, así:

“Artículo 6°. Prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades. Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial, son aplicables a la contratación a la que hace referencia el presente decreto”.

El artículo 7° del mismo decreto dispone la aplicación de los principios de la contratación estatal, en especial el de publicidad, y de las normas presupuestales, en estos términos:

“Artículo 7°. Aplicación de los principios de la contratación estatal. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables. En consecuencia, las normas relativas a la publicidad son de obligatorio cumplimiento, por lo cual, la actividad contractual y los Documentos del Proceso de que trata el presente decreto deberán ser objeto de publicación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP). Adicionalmente, la entidad privada sin ánimo de lucro contratista deberá entregar a la Entidad Estatal, y esta publicar en el SECOP, la información relativa a los subcontratos que suscriba para desarrollar el programa o actividad de interés público previsto en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató y la información de pagos”.

El artículo 8° del Decreto 92 de 2017 dispone la aplicación a la contratación reglamentada por este, de las normas generales de la contratación estatal y de las establecidas en el decreto. Dice así:

“Artículo 8°. Aplicación de normas generales del sistema de contratación pública. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto”.

Como se observa, el Decreto 92 de 2017 constituye una nueva reglamentación de los llamados contratos de apoyo, la cual se empezará a aplicar desde el 1° de junio del presente año, y desarrolla los ámbitos de autonomía atribuidos por la Constitución bajo una interpretación restrictiva, como lo ha señalado la Corte Constitucional. En cuanto a los demás aspectos, este reglamento estará sujeto al principio de jerarquía normativa, en este caso, a las normas legales del Estatuto de Contratación.

III. LA SALA RESPONDE

“1. A sabiendas de que ambas figuras tienen el mismo postulado general del artículo 355 de la Constitución Política, ¿Existe diferencia legal y contractual entre los convenios de asociación (artículo 96 de la Ley 489 de 1998) y los contratos de apoyo e impulso a actividades de interés social (Decreto 777 de 1992)?”.

Existen diferencias entre los contratos de apoyo a programas y actividades de interés público, reglamentados por el Decreto 777 de 1992 y a partir del 1° de junio de 2017, por el Decreto 92 de 2017, y los convenios de asociación previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, como son las siguientes:

1ª) Los contratos de apoyo se celebran con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro. Los contratos de asociación se celebran con personas jurídicas privadas con o sin ánimo de lucro.

2ª) Los contratos de apoyo se celebran para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo. Los contratos de asociación se pueden celebrar con esa finalidad, pero también para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones asignadas legalmente a las entidades estatales y además, para la creación de personas jurídicas.

3ª) Los contratos de apoyo se celebran con cargo al respectivo presupuesto de la entidad pública. En los contratos de asociación se deben determinar, como señala el inciso segundo del citado artículo 96, los “aportes” tanto de la entidad pública como de la persona jurídica particular.

“2. ¿El Decreto 777 de 1992 guarda relación con lo previsto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998? En caso afirmativo, debe considerarse un solo tipo de modalidad contractual especial y no dos, como lo establecen las normas?”.

El Decreto 777 de 1992 no guarda relación con lo previsto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, porque el primero reglamenta los contratos de apoyo y la segunda norma regula los convenios de asociación, que constituyen dos modalidades distintas de la contratación estatal.

El Decreto 92 de 2017 sí guarda relación con el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, ya que en su artículo 5º reglamenta los convenios de asociación de que trata dicho artículo 96, en el caso específico de la celebración de estos con entidades privadas sin ánimo de lucro para el desarrollo conjunto de actividades propias de las entidades estatales.

“3. En el entendido que el Decreto 777 de 1992 nace de la voluntad del ejecutivo, mientras que la Ley 489 de 1998 nace de la voluntad del legislador, ¿las modalidades contractuales contenidas en las normas son especiales o diferentes? Existe dependencia de una con la otra?”.

Las modalidades contractuales establecidas por las normas mencionadas, se diferencian no solo por su origen, sino por sus características y elementos normativos. No existe dependencia de una norma con la otra.

En el caso del Decreto 92 de 2017, este contempla en el artículo 5º, los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, para el desarrollo conjunto de actividades propias de las entidades estatales, y dispone expresamente en el último inciso de dicho artículo que *“Estos convenios de asociación son distintos a los contratos a los que hace referencia el artículo 2º y están regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y los artículos 5º, 6º, 7º y 8º del presente decreto”.*

“4. ¿Los postulados de prohibiciones de los contratos de apoyo e impulso a actividades de interés social, contenidos en el Decreto 777 de 1992 artículo 2, especialmente los numerales 1 y 5, son aplicables a los convenios de asociación?”.

Las exclusiones (que no prohibiciones) mencionadas en el artículo 2º, especialmente en sus numerales 1 y 5, del Decreto 777 de 1992, se refieren únicamente a casos en los cuales no se tipifican los contratos de apoyo que este reglamenta y, por tanto, no son aplicables a los convenios de asociación.

El Decreto 92 de 2017 señala en el literal b) del artículo 2º, como condición del contrato de apoyo, que *“el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato”*.

“5. ¿En qué consiste la ‘contraprestación directa’, de que trata el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 777 de 1992? ¿El cumplimiento de una meta del plan de desarrollo de una entidad podría considerarse como una contraprestación directa? ¿El pago o remuneración de personal podría estimarse como contraprestación directa?”.

La contraprestación directa de que trata el numeral 1 del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, y también el literal b) del artículo 2º del Decreto 92 de 2017, consiste en el bien, obra o servicio que recibe directamente la entidad pública, por causa de un contrato celebrado con una persona privada sin ánimo de lucro, lo cual significa que dicho contrato se encuentra excluido del régimen de los contratos de apoyo, establecido por el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución y reglamentado por el Decreto 777 de 1992 y sus decretos modificatorios, y a partir del 1º de junio de 2017, por el Decreto 92 de 2017.

El cumplimiento de una meta del plan de desarrollo de una entidad pública, puede considerarse como una contraprestación directa, en la medida en que se beneficia directamente la entidad pública con dicha prestación realizada por la entidad privada sin ánimo de lucro.

En cuanto a si el pago o remuneración de personal podría estimarse como una contraprestación directa, se observa que la pregunta no aclara a qué personal se refiere. Para la Sala es claro que el objeto y característica de estos contratos no puede ser el de pagar el personal vinculado, en sus diferentes modalidades, a la entidad pública o a la entidad privada sin ánimo de lucro, sino los señalados en los apartes anteriores de este concepto. Por lo tanto, la respuesta es negativa.

“6. ¿Los requisitos sobre idoneidad exigidos en el Decreto 777 de 1992 para los contratos de apoyo, son aplicables de manera integral a los convenios de asociación de la Ley 489 de 1998? En caso negativo ¿qué requisitos se aplican a los convenios de asociación y cuál es su fundamento legal? En lo no regulado por las normas citadas para los contratos de apoyo y convenios de asociación, ¿cuáles deben ser los requisitos para la presentación de la propuesta por parte de la entidad sin ánimo de lucro? ¿Debe hacer la solicitud la entidad estatal?”.

El requisito de la calificación de *“reconocida idoneidad”* atribuida a la entidad privada sin ánimo de lucro, establecida para los contratos de apoyo en el inciso tercero del artículo 1º del Decreto 777 de 1992, modificado por el artículo 1º del Decreto 1403 de 1992, y a partir del 1º de junio de 2017 por el artículo 3º del Decreto 92 de 2017, es aplicable a los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, según las consideraciones expuestas.

En cuanto a los vacíos de las normas citadas para la presentación de las propuestas por parte de las entidades privadas sin ánimo de lucro para los contratos de apoyo y los convenios de asociación, debe señalarse que en aquellos espacios distintos a los otorgados por la Constitución al reglamento autónomo del Gobierno y también para vacíos en las normas que regulen estos contratos, se dará aplicación y prevalecerán las normas de superior jerarquía, en este caso, las establecidas en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y demás normas complementarias.

Es importante señalar que bajo la vigencia del Decreto 777 de 1992 y la del Decreto 92 de 2017, los “contratos de apoyo” y los convenios de asociación que tienen su fundamento en el artículo 355 de la C.P., deben sujetarse a los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, por tratarse de contratos estatales y porque así lo ratifica el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 para estos últimos.

A partir del 1º de junio de 2017, el Decreto 92 de 2017 establece en los artículos 6º, 7º y 8º, que las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal, los principios de esta y las normas generales del sistema de contratación pública, excepto en lo reglamentado en dicho decreto, son aplicables a los contratos de apoyo. Tales artículos son también aplicables a los convenios de asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro, para el desarrollo conjunto de actividades propias de las entidades estatales, por expresa remisión del artículo 5º del mismo decreto.

“7. ¿Es viable legalmente realizar convenios de asociación cuyos rubros presupuestales están determinados como funcionamiento? O tan solo podrán hacerse bajo el rubro de inversión? O podría realizarse sin análisis de dichos rubros?”.

Los convenios de asociación se deben celebrar con cargo a los rubros de inversión por los conceptos a los cuales están destinados: sea para impulsar programas del respectivo plan de desarrollo, sea para desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones de la entidad pública.

“8. ¿Qué tipo de objetos contractuales no serían viable (sic) jurídicamente realizar a través de convenios de asociación?”.

Las entidades públicas no pueden celebrar convenios de asociación cuyo objeto no esté relacionado con los programas del respectivo plan de desarrollo o con los cometidos y funciones legales de la entidad, y que no cumplan los demás requisitos establecidos en el artículo 355 de la Carta.

“9. ¿Es viable que un ente nacional, departamental, distrital o municipal se asocie a través de convenio de asociación con una organización privada sin ánimo de lucro, para realizar actividades deportivas, o ejercicios pedagógicos de cultura ciudadana, o actividades que servirán a la comunidad?”

En este caso, la respuesta es afirmativa si tales actividades se encuentran dentro de los programas del respectivo plan de desarrollo o dentro de los cometidos y funciones legales de la entidad y además de si se cumplen los requisitos establecidos en la norma constitucional y en el reglamento de los convenios de asociación.

Por último, la Sala desea destacar que, de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 92 del 23 de enero de 2017, “Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso 2º del artículo 355 de la Constitución Política”, este, conforme se explicó, empieza a regir el 1º de junio de 2017 y deroga los Decretos 777 de 1992, 1403 de 1992 y 2459 de 1993, pero se debe tener en cuenta que dicho artículo dispone expresamente que los contratos suscritos antes de la mencionada entrada en vigencia, “continuarán

ejecutándose de acuerdo con las normas vigentes en el momento en que fueron suscritos”.

Remítase al señor Ministro del Interior y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Presidente de la Sala

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala