

## **OBSERVACIONES SOBRE EL PROYECTO DE DECRETO QUE MODIFICA LA CONTRATACIÓN CON ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 355 CONSTITUCIONAL.-**

### **I.- El cambio de naturaleza de los contratos y sus consecuencias de constitucionalidad.-**

La modalidad de contratación contemplada en el artículo 355 de la Constitución, corresponde a un régimen especial frente al que se deriva del inciso final del artículo 150 y, consecuentemente, al del Estatuto General de Contratación, según puede observarse del énfasis que, sobre los siguientes elementos, hace la primera disposición constitucional a saber:

- El del artículo 355, alude a un régimen en el cual la Administración Contratante está representada en el Gobierno de los niveles nacional, departamental, distrital y municipal. Nótese que la disposición no hace mención ni específica ni general a prototipo de entidades estatales, sino al concepto de "Gobierno", con lo cual quiere dar a entender que se trata de objetos de tal trascendencia que sean de aquellos directamente ejecutados por el Gobierno Nacional, departamental, municipal o distrital. Es decir que tal contratación, se radica en cabeza de los organismos principales de cada nivel, lo que se explica por el objeto de los contratos, referido a los programas de interés público concebidos en el Plan Nacional y en los respectivos planes departamentales, municipales o distritales.
- Son contratos que se sufragan con los recursos de los respectivos presupuestos, atribuidos a los niveles de Gobierno mencionados.
- No resulta caprichoso, por parte del constituyente de 1991, establecer como sujeto contratista de la Administración, en estos casos, a entidades privadas sin ánimo de lucro, si se considera que de lo que se trata es de vincular la iniciativa de los particulares a causas de interés público de modo que se pueda, con instrumentos de colaboración o concurrencia entre este tipo de entidades y los Gobiernos nacional y territoriales, unir esfuerzos en el cumplimiento de objetivos que resultan comunes, para ambas partes. Se trata, entonces, de contratos con el fin de impulsar programas y actividades de interés público de carácter benéfico, siempre que se ajusten a los planes nacionales y seccionales de desarrollo y a los reglamentos sobre la materia.
- Por otra parte, la ausencia de ánimo de lucro, viene a ser elemento esencial en el tratamiento de estos contratos, a diferencia de los contratos conmutativos o de intercambio que regula la Ley 80 de 1993 con sus reformas. En efecto, lo que busca la norma del 355 constitucional, no es el pago de un precio a cambio de un bien, obra o servicio, sino de conseguir el colaborador adecuado para que en esfuerzo concurrente de Administración y Particular, se logre el cometido también que resulta ser común para el Estado y para la institución sin ánimo de lucro.
- Tales entidades deben acreditar reconocida idoneidad. Exigencia que en su concepto natural y obvio se refiere a demostrar que con el desarrollo material de su objeto social, la entidad sin ánimo de lucro misma ha adquirido experiencia comprobada de éxito en el logro de proyectos y programas similares a los que serán objeto de este tipo de contratación. Como, por su objeto, van en la misma línea de beneficencia en que va el respectivo nivel de Gobierno, entonces, se requiere que la Administración se asegure que tiene un aliado y colaborador con experiencia en el logros de los objetivos que persiguen. Ese fue el sentido y finalidad de la norma constitucional bajo estudio.
- Todo lo anterior, finalmente se explica, por el motivo o causa determinante

de ese tipo de contratos, que según la norma del 355, es el de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo.

En el régimen jurídico colombiano es preciso reconocer la existencia de modalidades de convenios o contratos que celebra la Administración en dos escenarios: i) De colaboración funcional, para ejecutar el ejercicio de competencias concurrentes o para conseguir fines de interés general que les son comunes; ii) De intercambio de bienes y servicios, con las restricciones de especialidad y objeto misional, en el que una parte compra (la estatal) lo que la otra vende (el proveedor de la Administración).

El primer prototipo de actuación bilateral de la Administración, corresponde a convenios que no son de naturaleza conmutativa y por las características provenientes de las normas que los regulan, no pueden convertirse en contratos de intercambio, ni menos en instrumentos de elusión de los procedimientos selectivos que el Estatuto General de Contratación. Son modalidades distintas a las de la Ley 80 de 1993. Dentro de estas manifestaciones de colaboración funcional de interés general están, por ejemplo, los Convenios a que se refieren los artículos 14 y 96 de la Ley 489 de 1998, los Convenios de Asociación a que se refiere el artículo 88 de la Ley 715 de 2001 y, por supuesto, los contratos para impulsar programas de interés público con entidades sin ánimo de lucro, regulados a partir del artículo 355 Constitucional.

Se trata en todos los anteriores casos de contratos de colaboración, de concurrencia o cooperación, que las partes celebran para conseguir objetivos comunes.

En cambio, la otra modalidad de convenios o contratos, como los regulados en el Ley 80 de 1993, son los que, en general, celebran las entidades estatales de cualquier orden o naturaleza, para la adquisición de bienes, servicios y obras; que han de sujetarse integralmente a las reglas y principios del Estatuto General de Contratación, como contratos conmutativos y de intercambio; y, que por consiguiente, han de estar concebidos desde su estructuración en función de las reglas de competencia y de los precios del mercado.

En la concepción de la jurisprudencia constitucional, no cabe duda que el contenido del artículo 355 bajo estudio, alude a un prototipo de contratos en los que el Estado siempre busca un medio de beneficencia, ajeno a los contratos conmutativos o de intercambio. Así, lo reconoce claramente la Corte Constitucional en sentencia C-254 de 1996, cuando alude a ese mecanismo como *“el único canal para la función benéfica que el Estado puede llevar a cabo con el concurso de los particulares”*

En la sentencia C-543 de 2001, la Corte reitera la naturaleza de los contratos del artículo 355, como contratos de común utilidad, al concluir que:

*“..... la norma constitucional, cuando en el segundo inciso alude a la celebración de contratos hace énfasis en que el objeto de los mismos es el desarrollo de actividades de interés público, acordes con los planes de desarrollo, y para asegurar que la acción de fomento (benéfica como la ha denominado la jurisprudencia de la Corporación) se cumpla adecuadamente exige que las instituciones privadas con las cuales se hayan de celebrar sean precisamente de aquellas que conforme a la ley tengan el carácter de instituciones sin ánimo o fin lucrativo ....que además tengan reconocida idoneidad en el ámbito donde conforme a sus respectivas reglas estatutarias desarrollan las actividades de beneficio común*

Finalmente es pertinente citar la sentencia C-712 de 2001, en la que la Corte Constitucional sostuvo sobre el tema lo siguiente:

*“la celebración de contratos para el cumplimiento de actividades de interés público, acordes con los planes de desarrollo, con personas jurídicas privadas, sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, es el de la acción benéfica del Estado, de las actividades de fomento que dentro de un Estado*

*Social de Derecho corresponden como función propia, insoslayable, a la organización estatal. Se trata de apoyar la acción de organizaciones de origen privado, que en ejercicio de la autonomía de iniciativa para el desarrollo de las más variadas actividades que las personas realizan en sociedad (Constitución Política, art. 38), buscan la satisfacción de finalidades no simplemente lucrativas”.*

Por lo expuesto, de este tipo de contratos están excluidos los negocios jurídicos de intercambio que generen contraprestación directa a la entidad estatal a cambio de un precio. El régimen del artículo 355 Constitucional corresponde a contratos que no generan dicha relación de conmutatividad, propia de los contratos de Ley 80 de 1993, sino que permiten al Estado conseguir el apoyo de entidades de beneficencia que persigan las mismas finalidades sociales y convertirlas en herramientas o instrumentos para tales objetivos de interés general.

La expresión “*impulsar programas de interés público*”, juega papel determinante en esa línea de pensamiento consagrada en el artículo 355 y que inscribe los tipos de contratos allí establecidos en modalidades de contratos o convenios de colaboración para el cumplimiento de fines comunes, es decir, para el desarrollo y logro de actividades que satisfacen tanto el objeto social del Estado, como el objeto propio de la entidad sin ánimo de lucro.

La asimilación de los contratos del artículo 355 de la Constitución a los contratos de intercambio de la ley 80 de 1993, puede configurar un quebranto de la referida norma constitucional.

## **II.- Observaciones sobre algunos de los artículos.-**

### **II.1.- Observaciones sobre el artículo 2º.-**

La asimilación que hace el citado artículo de los contratos previstos en el artículo 355 a típicos contratos de intercambio puede significar un cambio de naturaleza en esta modalidad que sólo puede ser regulada por norma de rango legal. En otras palabras, un Decreto Autónomo como el que es objeto de análisis, sólo puede regular los elementos de la norma constitucional que pretende reglamentar, sin extenderse a las materias de la contratación estatal ordinaria por ser materia propia del legislador. En efecto, el proyecto de decreto exige que las entidades públicas verifiquen primero si existen entidades sin ánimo de lucro que puedan proveer el bien, obra o servicio, en una regulación que no solo es contraria al tenor del artículo 355, que se refiere al impulso de programas de interés público, sino que quiebra el principio de igualdad de los agentes del mercado que pretende promover el Estatuto General de Contratación Pública, regulador de contratos de intercambio o conmutativos, de naturaleza muy diferente a los del artículo 355.

Por otra parte, la disposición hace referencia al concepto de “*optimización de recursos públicos*” para que las entidades estatales puedan prescindir de los procesos selectivos ordinarios de la Ley 80 de 1993, incursionado así en un campo que sólo puede regular el Legislador ordinario.

En tal sentido, es preferible mantener el contenido del artículo 2º del artículo 777 por estar más acorde con la norma constitucional.

El criterio para contratar entidades sin ánimo de lucro en el contexto del artículo 355 Constitucional, no debe ser el mismo de la contratación ordinaria, toda vez que, por la senda indicada en la norma, el criterio debe referirse a las actividades, áreas o sectores en los cuales desarrollan su objeto las entidades sin ánimo de lucro de modo que en cuanto coincidan con las líneas de acción del respectivo plan de desarrollo y luego de verificar la experiencia exitosa de tales entidades, se pueda celebrar contratos con estas. No para comprar bienes y servicios o ejecutar obras, que la entidad debe contratar con aplicación obligatoria del Estatuto General, sino para cumplir objetivos comunes de beneficencia, como lo ha concluido la Corte Constitucional en sus pronunciamientos sobre la materia.

Si de lo que se trata es de adquirir bienes, obras o servicios a cambio de un precio, debe tenerse en claro que ese no es el objeto del artículo 355 Constitucional y que para tales propósitos la Administración debe imperativamente acudir al régimen de contratación ordinario mediante procesos competitivos de selección.

Finalmente, debe formularse interrogante sobre la posibilidad de asignar a entidades públicas descentralizadas, la capacidad de contratar entidades sin ánimo de lucro los objetos del artículo 355 de la Constitución, cuando la misma norma constitucional refiere dicha capacidad a los respectivos gobiernos nacional y territoriales, justamente por tratarse de planes de desarrollos de los que éstos son los directos responsables.

## **II.2.- En relación con el artículo 3º.-**

La expresión “reconocida idoneidad” utilizada por la norma constitucional del 355, alude, como lo señalábamos anteriormente, a una trayectoria de la entidad sin ánimo de lucro que permita acreditar experiencia con resultados exitosos o medidos como satisfactorios, en el desarrollo de su objeto.

De tal manera que no solo basta con exigir, adecuación de la actividad de la entidad, al objeto del contrato, como de modo insuficiente hace el artículo 3º del proyecto. Bastaría con la simple comprobación de la existencia de la entidad y la verificación formal de su objeto para hacer el juicio de adecuación, con desconocimiento de lo establecido en la norma constitucional que hace referencia a los conceptos de reconocimiento y de idoneidad.

Dicho en otras palabras, el examen de simple adecuación entre actividad y objeto contractual, es insuficiente y no responde a la exigencia que se infiere de la norma constitucional del artículo 355 que exige contratar con entidades de reconocida idoneidad. El reconocimiento implica exteriorización pública de resultados de su accionar y valoración por parte de terceros, sobre el eficiente logro de resultados en el desarrollo de su objeto. La idoneidad implica la valoración de la eficacia y la eficiencia de la entidad para el logro de sus cometidos.

Estos son los factores que deberían ser objeto de precisión y punto de referencia de evaluación de estas entidades, frente a los planes y programas que se pretenden impulsar.

## **II.3.- En relación con el artículo 4º.-**

El Consejo de Estado, en sentencia de 4 de abril de 2010, exp. 2008-00101-00(36054), se pronunció sobre la incapacidad jurídica que tienen las entidades estatales para crear y/o regular procedimientos administrativos en material contractual. Sin embargo, el proyecto de decreto le está confiriendo competencia a las entidades estatales para adelantar un proceso administrativo orientado a seleccionar la entidad cuando de la etapa de planeación se observe la existencia de más de una entidad sin ánimo de lucro con capacidad de celebrar el contrato respectivo.

No es concebible que el Decreto omita incluir la regulación correspondiente y la atribución que hace en abstracto para que las entidades estatales adelanten el proceso selectivo que consideren. En efecto, la norma del Decreto Autónomo debe consagrar expresamente el proceso de selección, en consideración y plena concordancia con el contenido del artículo 355 Constitucional, lo que impone que debe concebir un trámite o proceso que sea adecuado a la celebración de contratos de colaboración y no de intercambio, y con base exclusivamente en la reconocida idoneidad, bajo la premisa, adicional, de que, como se anotó, el Decreto no puede regular aspectos propios del Estatuto General de Contratación que son del resorte del legislador ordinario.

Desde la perspectiva material de la norma que se reglamenta, el Decreto no podría hacer una remisión pura y simple a los procedimientos del Estatuto General de Contratación, primero porque estos están concebidos para contratos de intercambio y, segundo, porque lo que se tiene que verificar y calificar es lo

relativo a la reconocida idoneidad, según lo previsto en la referida norma constitucional.

#### **II.4.- En relación con el artículo 6º.-**

La referencia que se hace a los principios generales de la contratación, resulta ambiguo y generará controversia en su aplicación práctica. Se traen a colación algunos dilemas que la norma plantea:

¿Si se menciona la expresión “de la contratación”, se trata de los principios generales del derecho común de los contratos?

¿Si se trata de los principios rectores de la contratación estatal, acaso no se estaría sujetando un régimen que por norma general debe ser especial, al régimen general de la Ley 80 de 1993, incluidas sus reformas?

¿Cuáles son, entonces, los requisitos de publicidad de la actividad contractual que “son de obligatorio cumplimiento”?

Es preferible que en esta materia, establecer claramente cuáles son las reglas de estructuración, escogencia, publicidad y ejecución, o establecer con toda precisión cuales son las remisiones expresas y concretas que se hacen a otras normativas, sobre la base de que en ausencia de norma especial, regirán las normas civiles y comerciales, puesto que, cabe insistir, se trata constitucionalmente de un sistema diferente al del Estatuto General de Contratación.