



**VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL



**ESCUELA DE DOCTORADO 'STUDII SALAMANTINI'**

**PROGRAMA DE DOCTORADO**

**ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL**

**TESIS DOCTORAL**

**La contratación de interés público en el  
Estado Social: marco constitucional y  
rendimiento jurídico**

**JHON JAIVER JARAMILLO ZAPATA**

**Director:**

**PEDRO T. NEVADO-BATALLA MORENO**

**Prof. Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Salamanca**

**2020**



**VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL



**ESCUELA DE DOCTORADO 'STUDII SALAMANTINI'**

**PROGRAMA DE DOCTORADO**

**ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL**

**TESIS DOCTORAL**

**La contratación de interés público en el  
Estado Social: marco constitucional y  
rendimiento jurídico**

**JHON JAIVER JARAMILLO ZAPATA**

Tesis Doctoral presentada para obtener el grado de Doctor por la  
Universidad de Salamanca (España), dirigida por **PEDRO T.  
NEVADO-BATALLA MORENO** (Prof. Titular de Derecho  
Administrativo □ Universidad de Salamanca)

**2020**

## **Agradecimientos**

En muchas ocasiones, la labor investigativa inicia con la experiencia profesional; tal es el caso para la ciencia del derecho, que normalmente se relaciona con dificultades en el área sobre la cual es ejercida; así, ante la presencia de estas inquietudes, y la ausencia o insuficiencia de contenidos para sus respuestas, nos vemos avocados a buscarlas. En otras oportunidades, esta ardua labor es el resultado de trabajar sobre un tema que llama la atención y genera interés por obtener mayor conocimiento sobre el mismo. En mi caso, ambas situaciones confluyeron decididamente.

Ahora bien, la responsabilidad que supone la investigación no solo tiene como propósito o fundamentación obtener una respuesta, también debe trascender la sociedad y la comunidad académica para constituirse en un instrumento que pueda contribuir al campo de acción y alentar a otros investigadores a continuar la labor iniciada, ya sea para complementarla o controvertirla.

Y como no es suficiente interesarse por un tema específico, pues se requiere, para su consecución, orientación y la apertura de cambio de quien investiga, surge la importancia y necesidad de un tutor con vocación investigativa y familiarizado con la temática objeto de análisis.

Así, para empezar, quiero agradecer a la Universidad de Salamanca por haberme permitido ingresar al presente doctorado, acogerme en su campus, donde desde el inicio mi satisfacción ha sido total para con sus directivos, profesorado y personal asistencial.

De igual manera, debo agradecer la disposición y la buena actitud del excelente grupo de la coordinación de doctorado, quienes aclararon mis dudas administrativas durante estos años.

También agradezco a las personas que me acompañaron en la búsqueda de información, a mi editora, quien corrigió con paciencia mis errores gramaticales y me sugirió cambios junto con mi asistente.

Así mismo, no puedo dejar pasar por alto la presencia del profesor Nicolás Rodríguez García, quien desde el inicio estuvo muy presente guiando y orientando este proceso, para efectos de continuar con los aportes contra la corrupción, donde se resalta su compromiso y profesionalismo de amplio reconocimiento.

A la persona que más debo agradecer, indudablemente, es a mi tutor, el profesor Pedro Tomás Nevado Batalla Moreno, de quien resalto su humanidad y excelencia profesional; quien, a pesar de los compromisos académicos fue constante con sus orientaciones, dotadas de experiencia, dedicación y paciencia. Además de motivarme todo el tiempo para continuar y finalizar mi tesis doctoral, que espero contribuya a la academia y a los profesionales apasionados por los temas del Derecho Administrativo y Constitucional.

## **Dedicatoria**

“Considero más valiente al que conquista sus deseos que al que conquista a sus enemigos, ya que la victoria más dura es la victoria sobre uno mismo.”

Aristóteles.

Doy gracias al creador por darme el discernimiento, la paciencia y la disciplina para alcanzar este resultado. Dedico esta tesis a las personas que han compartido, no por voluntad, las largas ausencias y frustraciones vividas durante todos estos años, que se extienden desde la realización del proyecto hasta la culminación del presente escrito.

Indudablemente, me refiero mi amada esposa Liliana María y a mi extraordinaria hija Ana María, quienes siempre me alentaron con su amor, paciencia, consejos y disposición para culminar y cumplir este objetivo profesional y familiar.

Finalmente, dedico a mis amigos juristas este proyecto, quienes con su visión y discusiones complementaron muchas de los planteamientos que hoy se exponen.

## **Resumen**

En la presente investigación se aborda la necesidad de comprender los contratos de interés público, como una figura existente en la Constitución Política de Colombia que contribuye a beneficiar a un sector de la población que se encuentra en condiciones vulnerables o de inferioridad. Para ver el aporte de estos en la sociedad, se hará referencia al contexto histórico que explica sus orígenes y la diferenciación con otros medios convencionales, para continuar con un miramiento de la reglamentación de esta figura y análisis de los llamados decretos autónomos o constitucionales. Así mismo, se resalta la importancia de utilizar de manera correcta la modalidad especial del contrato de interés público, evitando con ello responsabilidades penales, fiscales y disciplinarias. Posteriormente, se efectúan algunas reflexiones sobre la reglamentación del artículo 355 de la Constitución Política Colombiana, finalizando con algunas conclusiones y propuestas principales en relación con la investigación. De este modo, se pretende acercar al lector a la sensibilización de la aplicación de esta Constitución Política Colombiana modalidad contractual que contribuye a mitigar las condiciones de inequidad, propendiendo en estas líneas por una mayor justicia social.

**Palabras clave:** Contrato interés público, Decreto 092 de 2017, Constitución Política de Colombia, auxilios parlamentarios, población vulnerable.

## **Abstract**

This research addresses the need to understand public interest contracts, as an existing figure in the Political Constitution of Colombia that provides a beneficiary to a sector of the population that is in vulnerable or inferior conditions. To see the contribution of these in society, reference will be made to the historical context that explains their origins and the differentiation with other specific media, to continue with a look at the regulation of this figure and analysis of autonomous or constitutional decrees. Likewise, the importance of correctly using the special modality of the contract of public interest is highlighted, avoiding with its penal, fiscal and disciplinary responsibilities. Subsequently, some reflections are made on the regulation of article 355 of the Colombian Political Constitution, ending with some conclusions and main proposals regarding the investigation. In order, to bring the reader closer in raising awareness of the application of this contractual modality that contributes to mitigate the conditions of inequity, looking in these lines for a greater social justice.

**Keywords:** Public interest contract, Decree 092 of 2017, Political Constitution of Colombia, parliamentary assistance, vulnerable population.

## Glosario

ESAL	Entidades sin ánimo de lucro
OCAD	El Órgano Colegiado de Administración y Decisión (OCAD) evalúa, viabiliza, aprueba y prioriza los programas y proyectos que serán financiados con recursos del FCT eI del Sistema General de Regalías
CP	Constitución de Colombia
SECOP	Servicio Electrónico de Contratación Pública
CCE	Colombia Compra Eficiente
OHSAS	Sistema de gestión de seguridad y salud ocupacional
COVID19	Enfermedad infecciosa o pandemia 2019 causada por el coronavirus
COCETA	Confederación Española de Cooperativas de Trabajo Asociado
EPM	Empresas Públicas de Medellín
LFcu	Leyes Orgánica y de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas,



## Contenido

Introducción.....	14
Capítulo 1. Los convenios de interés público en la Constitución Colombiana .....	21
1.1 Reseña histórica de las donaciones en Colombia.....	22
1.1.1 Derecho indiano .....	24
1.1.2 Constitucionalismo primigenio .....	28
1.1.3 Constitución de 1886.....	36
1.1.4 Constitución de 1991 .....	38
1.2 Interés general e interés público.....	47
1.2.1 El Estado social y democrático de derecho.....	48
1.2.2 Concepto de interés general e interés público .....	51
1.2.3 Toma de posición .....	57
1.2.4 La Constitución Política de Colombia como fundamento para los programas y actividades de interés público .....	59
1.2.5 El interés público en la Administración.....	62
1.3 Principio de Legalidad.....	66
1.3.1 Concepto y evolución del principio de legalidad en Colombia .....	79
1.3.2 Principio de legalidad en materia administrativa .....	86
1.3.3 Control judicial de los actos de la Administración.....	92
1.3.4 Decretos autónomos .....	93
1.4 Conclusiones .....	105
Capítulo 2. Actividad Negocial y Convencional del Estado .....	109
2.1 Marco General del Poder Negocial del Estado y su Carácter Restringido .....	110
2.1.1 Teoría del negocio jurídico y del contrato .....	113
2.1.2 Concepto y personalidad jurídica del Estado. El Estado contratante .....	117
2.2 La Relación Bilateral y el Poder Negocial de las Partes .....	122
2.2.1 Principios que orientan la contratación pública .....	124
2.2.2 Los poderes exorbitantes y unilaterales del Estado en materia contractual.....	137
2.2.3 Papel y derechos de los particulares contratistas .....	141
2.2.4 El poder negocial en España .....	148

2.2.5 Aspectos del poder negocial de las partes en los contratos del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia.....	154
2.2.6 Conclusiones sobre el poder negocial de las partes.....	176
2.2.7 El convenio interadministrativo y el poder negocial. ....	179
2.3 El Acto Complejo y El Acto Colectivo .....	184
2.4. Convenios de la Administración .....	186
2.4.1 Convenio administrativo .....	186
2.6 Conclusiones .....	192
Capítulo 3. Miramientos Jurídicos para la Celebración de los Contratos de Interés Público – Aproximación Comparada .....	197
3.1 Concepto de convenio/contrato de Interés Público en Colombia y España .....	198
3.2 Sobre las formas de Estado en Colombia y España .....	201
3.2.1 Particularidades específicas y diferenciaciones. ....	204
3.3 Entidades sin Ánimo de Lucro en Colombia y España .....	210
3.3.1 Nuevo régimen tributario para las ESAL .....	229
3.4 Las Entidades sin Ánimo de Lucro en España.....	231
3.5 Control a los Recursos entregados a las Entidades sin Ánimo de Lucro en Colombia y España .....	235
3.5.1 Vigilancia y control administrativo. Interventoría y supervisión.....	237
3.5.2 Intervención de la contraloría y tribunales de cuentas en los contratos de interés público .....	247
3.5.3 El control de las decisiones de la Contraloría y el Tribunal de Cuentas. Especial mención a las acciones de tutela y de amparo en Colombia y España.....	258
3.6 Conclusiones .....	270
Capítulo 4. Miramientos Jurídicos para la celebración de los Contratos de interés Público en Colombia .....	272
4.1 Regulación de los Contratos de Interés Público .....	273
4.1.1 La autonomía del Decreto autónomo 092 de 2017 .....	274
4.1.2 La ley 489 de 1998 .....	275
4.2. Análisis del Sector y Estudios Previos de la ESAL .....	280
4.2.1. Libre competencia en el contrato de interés público .....	284
4.2.2 La idoneidad.....	289

4.3 Etapas del Proceso de Contratación. Planeación, Selección, Ejecución y Liquidación .....	295
4.3.1 Etapa de planeación .....	297
4.3.2 Proceso Competitivo.....	299
4.3.3 La contratación directa con ESAL .....	301
4.4 El Poder de Dirección y Control como Potestad del Estado .....	303
4.4.1 Facultad de las Cláusulas Excepcionales .....	306
4.4.2 Características del proceso sancionatorio en los contratos de interés público..	306
4.4.3 Obligatoriedad de las garantías .....	310
4.4.4 Supervisión e interventoría .....	310
4.5. Modificación del Objeto Contractual y las Obligaciones Contractuales.....	312
4.6 Prohibiciones, Inhabilidades e Incompatibilidades .....	315
4.7 Problemas de Validez y Vigencia de la Norma .....	318
4.8 Conclusiones .....	320
Capítulo 5. Responsabilidad en los Contratos de Interés Público .....	322
5.1 El Poder Punitivo del Estado en la Historia.....	324
5.1.1 El poder punitivo en la Biblia .....	331
5.1.2 El derecho penal primitivo .....	337
5.1.3 El Antiguo Régimen, la Santa Inquisición y la importancia de la obra de Beccaria .....	339
5.1.4 La importancia de los Derechos Humanos .....	342
5.1.5 El derecho penal del enemigo .....	344
5.2 El Poder Punitivo del Estado en Colombia y España.....	346
5.3 Límites al Poder Punitivo .....	355
5.4 El <i>Ius Puniendi</i> en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	366
5.5 Mutatis Mutandi: el <i>Ius Puniendi</i> Disciplinario .....	375
5.6 Nuevas Tendencias Legislativas en Materia de <i>Ius Puniendi</i> .....	379
5.7 La Responsabilidad Penal en los Contratos de Interés Público .....	380
5.7.1 Anotaciones sobre la responsabilidad penal en Colombia.....	380
5.8 Tipos Penales .....	383
5.8.1 El bien jurídicamente tutelado.....	396
5.8.2 Tipos penales de sujeto activo calificado y coparticipación criminal. ....	397

5.9 La Responsabilidad de las Personas Jurídicas en España .....	398
5.9.1 El modelo de responsabilidad penal español en la reforma del año 2010. ....	398
5.9.2 El modelo de responsabilidad penal español en la reforma del año 2015. ....	402
5.10 La Responsabilidad Disciplinaria en los Contratos de Interés Público .....	405
5.11 La Responsabilidad Fiscal en los Contratos de Interés Público .....	409
6. Conclusiones y propuestas generales .....	411
Referencias .....	423

#### Lista de Tablas

Tabla 1. Normas de las comunidades autónomas .....	203
Tabla 2. Tipos Penales .....	383



## **Introducción**

Al abordar un tema que tiene que ver con la contratación, se piensa siempre en las normas generales que orientan la contratación entre el Estado y los particulares, como causa de la oferta y la demanda; así, se concibe un Estado que contrata grandes obras públicas y servicios, que generan el desarrollo económico del País, mediante un proceso de selección complejo y a partir de una ley expedida por el Congreso de la Republica de Colombia, que autoriza la competencia para ello. Sin embargo, tal visión resulta limitada y desconoce la evolución contractual, la cual trasciende, en algunas ocasiones, no al campo legislativo, sino al Constitucional.

El área Constitucional, precisamente, sirve como fundamento para hacer algunos miramientos jurídicos relacionados con la celebración de contratos con Entidades sin Ánimo de Lucro o ESAL de ahora en adelante, es decir, aquellas que tienen como propósito impulsar programas de interés público con cargos a los presupuestos públicos. Pero que, dada su naturaleza, constituyen un régimen especial e independiente.

Dicha especialidad contractual se encuentra consignada en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia [1991] o CP según texto alusivo, la cual, de manera textual, señala: “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” [República de Colombia, 1991].

Ahora bien, el desarrollo normativo del presente régimen constitucional está solo autorizado al gobierno y no al poder legislativo, mediante la utilización de la figura de los decretos denominados autónomos o constitucionales.

En este sentido, ha existido un abismal desconocimiento, confusión e insuficiente regulación normativa con esta modalidad contractual, lo que genera desconfianza respecto a su aplicación, por cuanto, si bien el esfuerzo del Constituyente fue loable al proscribir los denominados auxilios parlamentarios y consagrar un régimen especial y excepcional de contratación, parece no ser correspondido de manera proporcional por parte del Gobierno Nacional al asumir la competencia que directamente le fue otorgada.

Esta problemática constituye la razón principal para asumir la investigación del tema, y que, por consiguiente, no es meramente académica. O sea que, no se trata de hacer una teoría sin consecuencias prácticas, sino de estudiar la regulación de los contratos de interés público del artículo 355 constitucional y adquirir, de esa manera, el conocimiento para realizar ciertas propuestas que mejoren la práctica contractual.

Otra razón es fortalecer una de las normas constitucionales más importantes para zanjar la desigualdad social, en la medida en que solo es aplicable a entidades sin ánimo de lucro, de reconocida idoneidad, para beneficio de las personas en condiciones de vulnerabilidad, desprotegidas y con necesidades sociales muy sentidas, donde difícilmente llega el Estado.

Con la reglamentación de la presente norma especial, establecida por el Gobierno en el Decreto 092 de 2017, surgen diferentes conjeturas como es la regulación del Gobierno Nacional, que resulta insuficiente en algunos aspectos e inválida en otros. Ello, porque no regula todos los aspectos necesarios para crear un verdadero régimen de contratación. No obstante, las remisiones normativas, que se hacen fundamentalmente a la Ley 80 de 1993 Estatuto General de Contratación, no logran suplir los vacíos dejados en aspectos de suma relevancia como la operación de las cláusulas excepcionales o poderes exorbitantes y la inclusión de supervisores o interventores para la vigilancia del cumplimiento, la obligatoriedad de garantías, entre otros.

Aunado a lo anterior, la regulación resulta en ocasiones inválida a causa de la competencia, que el Constituyente entregó al Gobierno Nacional y no a una entidad pública como Colombia Compra Eficiente, por lo que la expedición de una Guía para la celebración de estos contratos es, cuanto menos, controversial. Y es inválida con respecto a la regulación sobre el proceso competitivo en la celebración de convenios de asociación de la Ley 489 de 1998, ya que el Congreso remitió al tratamiento que el Gobierno hiciera, de tal proceso, al artículo 355, pero no delegó su competencia para regular directamente aspectos propios de estos convenios.

Así las cosas, esta investigación pretende abordar el régimen propio para la celebración de contratos de interés público con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, destacando la complejidad del mismo. Complejidad que empieza por la distinción de este tipo de contratos con los auxilios parlamentarios, los cuales quedaron proscritos en el inciso



primero del citado artículo. Los contratos del artículo 355 no son donaciones y si lo fueran, se asemejarían a las denominadas “donaciones modales”.

En una sociedad donde constantemente se expiden normas, es fundamental que los ciudadanos, los operadores jurídicos y la academia comprendan la importancia y los alcances de las mismas. Bajo este entendido, se recurre al aspecto teórico, investigativo y práctico, desde la experiencia, donde se hace una aproximación histórica de circunstancias de hecho y jurídicas. A través de la técnica de revisión bibliográfica, acopiando los textos jurídicos normativos más relevantes y las posiciones doctrinales que resulten pertinentes para forjar una visión integral del tema estudiado.

La metodología abarca el estudio a fondo de los conceptos que enmarcan esta práctica contractual, como son la idoneidad, el ánimo de lucro y el interés público. Adicionalmente, se harán cotejos con la regulación del sector equivalente en España. Y, finalmente, se hará un análisis técnico de la regulación vigente del artículo 355 constitucional.

Para tal efecto, se dedicarán unas líneas importantes para la reseña histórica de las donaciones en Colombia, teniendo presente el origen del concepto y sus distintas acepciones, para luego comprender su incorporación en los escenarios “jurídicos” concretos. Corresponderá, así las cosas, poner hitos que permitan centrar la investigación y referenciar aspectos problemáticos y llamativos, por ejemplo, el manejo de las donaciones de tierras en

las Indias por parte de la iglesia Católica. Un aspecto de relevancia para la investigación será la línea histórica que se hará por las constituciones de la época republicana colombiana<sup>1</sup>.

La investigación abandona la fase histórica para hacer alusión a dos conceptos particulares muy importantes, siendo uno de ellos esencial para poder comprender la contratación del artículo 355 de la Constitución Política: el interés general y el interés público. Conceptos jurídicos indeterminados, de los que aun cuando no se encuentra una definición precisa, ni en la Constitución ni en la jurisprudencia, se adoptará una posición clara con el fin de sentar una base para que sean más fácilmente determinables en situaciones concretas.

Todo ello, articulado sobre la visión y definición del Estado social de derecho, pues no es posible entender esta forma de contratación, sino desde este modelo de Estado. Por tal razón, la investigación se detendrá sobre el particular para poder demostrar la magnitud del concepto y la relevancia para la contratación con entidades sin ánimo de lucro.

Ahora bien, los conceptos de interés público y de idoneidad son de total relevancia para comprender la contratación de artículo 355 de la Constitución. Tanto así que son un requisito *sine qua non* para la celebración de estos contratos, Así las cosas, se estudiarán a partir de los llamados decretos autónomos, siendo el más importante y más estudiado el Decreto 092 de 2017. Por supuesto esta parte del estudio no puede obviar la naturaleza de

---

<sup>1</sup> Debe tenerse claro que hacer alusión de “época republicana colombiana” es sólo una forma de denominar algo que es mucho más amplio que la presente expresión.

este decreto y su singularidad dentro del contexto normativo que permite el derecho colombiano.

Para resaltar la importancia de esta contratación, será necesario advertir sus particularidades y diferencias, especialmente por la forma de relación entre el Estado y los particulares. Esta es la razón para abordar de fondo el tema de la actividad comercial del Estado, donde la teoría del negocio jurídico se constituye como máxima, halagando aspectos propios del derecho privado. Algunos conceptos como los convenios, el negocio jurídico y el contrato serán trasladados al derecho público, en especial, para entender cómo opera el Estado contratante su relación bilateral y el poder comercial de las partes.

Por supuesto, todo esto visto desde temas muy concretos como los principios de la contratación pública, sin olvidar el cotejo necesario con España, cuyo poder comercial debe entenderse a partir de las diferencias que existen con Colombia respecto al modelo de Estado.

Una vez descrito lo anterior, se continuará con los miramientos jurídicos desde el análisis del Decreto 092 de 2017, que regula las condiciones para celebrar los contratos denominados de interés público, concepto que se propone a partir de la norma constitucional, donde se analizarán y presentarán comentarios acerca del sector de las entidades sin ánimo de lucro, su idoneidad, las etapas del proceso, el poder de dirección y la vigilancia. Para, finalmente, realizar una aproximación a la responsabilidad penal disciplinaria y fiscal en la cual se ve inmersa esta actividad contractual especial.

Por último, se realizarán algunas conclusiones, cercanas a las efectuadas en cada uno de los capítulos de la investigación, y algunas propuestas en aras de que el lector comprenda

esta modalidad especial de contratación referida a los contratos de interés público, con el propósito de aplicarla a aquellas poblaciones desprotegidas, vulnerables y culturales de la sociedad colombiana y así, contribuir a una mayor justicia social que dignifique al ser humano.

## **Capítulo 1. Los convenios de interés público en la Constitución Colombiana**

En este capítulo se pretende sentar una base para la investigación que hará en forma de antecedentes. Varios temas importantes y relevantes deben ser abordados para poder comprender en su integridad la contratación del artículo 355 de la Constitución Política de 1991.

El primer antecedente será el tema de las donaciones. Su concepto, historia y el tratamiento jurídico que ha tenido en Colombia es de gran importancia. Esto permitirá entender la diferencia entre la contratación del artículo 355 superior y los denominados auxilios parlamentarios, proscritos expresamente con la expedición de la Constitución.

Luego se expondrán dos conceptos jurídicos indeterminados: el interés general y el interés público. Estos, por supuesto, no serán definidos de manera precisa porque resulta imposible hacerlo en abstracto. Sin embargo, se darán pautas —enmarcadas por las diferencias— para que sean definibles en concreto.

Por último, se tratará de manera detallada la forma como opera el denominado principio de legalidad. Esto derivará en unas consideraciones sobre la naturaleza “autónoma” de los decretos que se expiden en virtud de la competencia *sui generis* que el artículo 355 le otorga al Gobierno Nacional; y además se agregará un concepto en particular: la idoneidad.

### 1.1 Reseña histórica de las donaciones en Colombia

El Diccionario de la Real Academia Española define, en su segunda acepción, el término donación<sup>2</sup> como la: “Liberalidad de alguien que transmite gratuitamente algo que le pertenece a favor de otra persona que lo acepta”. Afirma Iglesias [1997], por su parte, que “La donación implica un traspaso de derechos patrimoniales, bajo la determinante de una pura y simple liberalidad. El traspaso no obedece a ningún deber y es independiente de cualquier compensación” [p.614].

Dicha liberalidad, o ausencia de deber<sup>3</sup>, significa que quien dona lo hace desde su libre albedrío y capacidad de decisión, sin que medie una presión externa. Más aún, cuando la acción surge de un compromiso moral (por haber recibido un favor o un servicio) la liberalidad se mantiene, puesto que no constituye una obligación.

Ello no quiere decir, que haya un desentendimiento total sobre el derecho transferido<sup>4</sup>. Las llamadas “donaciones modales”, por ejemplo, surgen de la autonomía del donante, pero implican algunos compromisos: “De todo árbol del huerto podrás comer; más del árbol de la

---

<sup>2</sup> Luego se le dará forma a un concepto propiamente jurídico, ya que puede resultar errado usar esta expresión para referirse a algunas formas de aportes que hace el Estado, ora a particulares, ora a entidades públicas: donaciones, subsidios, expensas, privilegios, regalos y conceptos análogos.

<sup>3</sup> Entiéndase “deber” como “obligación” toda vez que, como se verá más adelante, dentro de la labor social de un Estado, y atendiendo a los fines constitucionales, las donaciones, aunque no sean una obligación en concreto, pueden concebirse como un deber asistencial a un determinado grupo poblacional.

<sup>4</sup> El acto surge de la liberalidad, y sin que el motivo sea recibir una contraprestación, pero ello no es óbice para que pueda exigirse, verbigracia, el cuidado de la cosa. Distintas normas jurídicas, que se mencionarán posteriormente, clarificarán lo dicho aquí.

ciencia del bien y del mal no comerás; porque el día que de él comieres, ciertamente morirás” [Sociedades Bíblicas Unidas, 2005, Génesis, p.3], desarrollar programas de interés público (artículo 355 de la Constitución de Colombia), entre otros.

Las donaciones, tal como se evidencia en el párrafo anterior, han estado presentes incluso en la historia bíblica. Así, en términos generales, las relaciones entre Dios y los primeros pueblos están mediadas por donaciones y regalos: la creación del hombre, en donde fue puesto a su disposición el jardín del Edén; la sobrevivencia de los hijos de Israel en el desierto, durante 40 años, con maná proveído por Dios; la multiplicación que hizo Jesús de los panes y los peces para alimentar al hambriento pueblo que lo seguía; los milagros, en los que la liberalidad funge como la “gracia de Dios”.

En el derecho romano, por otro lado, la acepción hace referencia, principalmente, a un acto de derecho privado: donación entre particulares y/o subsidios; algunos en especie, otros, en efectivo. Es en la política alimentaria romana donde están documentados, mayoritariamente, los subsidios del Imperio (*Annona*, *Liberalitas* y *Abundantia*) como formas de garantizar el bienestar del pueblo a través de la provisión de alimentos y semillas.

Las *Liberalitas* o *Congiaria* estaban en estrecha conexión con la distribución de alimentos, como ya hemos indicado al tratar el tema de la *Annona*, la diferencia fundamental entre unos y otros estribaría en que las *liberalitas* eran donaciones en efectivo, pero destinadas a las mismas gentes beneficiadas por el reparto de trigo, pero que tenían lugar con irregularidad, en ocasiones especiales, las más frecuentes eran la subida al trono imperial,

los aniversarios y los triunfos. Se trataba de una largueza personal del emperador para con el pueblo de la Urbe. [Garzón, 1988, p.169]

De manera que la política alimentaria no era una obligación, como tal, del gobernante con el pueblo, ni la exigencia de una contraprestación, sino un apoyo, derivado de su libre voluntad, para estimular la producción agraria del Imperio.

En Colombia, por último, la historia se divide en cuatro periodos: (i) el derecho indiano<sup>5</sup>, (ii) el constitucionalismo primigenio, (iii) la Constitución de 1886 y (iv) la Constitución de 1991.

### **1.1.1 Derecho indiano**

Definido, grosso modo, como el conjunto de normas jurídicas y políticas que regularon la vida en las Indias y su relación con la Corona de España<sup>6</sup>, este ordenamiento jurídico contiene sendos ejemplos del tema tratado.

En primera instancia se encuentra el acto de donación por el cual la iglesia Católica entrega el dominio de las tierras americanas, a la corona, por medio de un asidero fáctico, mas no jurídico: sobre las tierras se ejerció una dominación mediada por la fuerza y

---

<sup>5</sup> El breve estudio sobre derecho indiano no se centra exclusivamente en Colombia, pero, a raíz de la dominación que la Corona de España ejerció durante años sobre el territorio, sus normas y políticas constituyen el abrebocas del derecho nacional.

<sup>6</sup> Por lo menos para el caso colombiano. Si se habla de Brasil, por ejemplo, la relación sería con la Corona de Portugal.



legitimada por concepciones teológicas propias de la época. De Solano [1984] relata, a propósito, que:

La propiedad se adquiere por tres vías: todas ellas nacidas de la soberanía española a la tierra americana. La corona española adquiere esta soberanía por las bulas pontificias concedidas por Alejandro VI, en razón de los descubrimientos geográficos que habían conseguido los españoles. [...] [A]quel pontífice otorgaba a Castilla el dominio de las tierras descubiertas y por descubrir, con la obligación de encargarse del sostenimiento de la cristianización de los aborígenes. [p.15]

Una vez obtenido el dominio sobre tierras americanas, descubiertas y por descubrir, la Corona hacia donaciones respecto de éstas; aparece, así, la figura de la *merced* “[...] donación graciosa que hacía el monarca de determinado bien realengo” [De Solano, 1984, p.16], que hace referencia a la libre voluntad del Rey y es considerada como la primera modalidad para adquirir la propiedad de la tierra en América.

Inicialmente la propiedad de la tierra en las colonias americanas fue considerada como una *regalía* de la Corona castellana; por consiguiente, el dominio privado sobre las tierras derivaba forzosamente de la gracia o merced del Rey. Esa merced real se transmitía por intermedio de las capitulaciones, las cuales se convirtieron en el título originario del dominio privado de la tierra. [Ocampo, 1984, p.114]

La costumbre era, entonces, entregar caballerías, peonías y solares a los conquistadores, soldados y primeros pobladores [Ocampo, 1984] para iniciar, de esta forma, el ordenamiento territorial en las Indias.

Aunado a ello, Los Reyes de Castilla, Doña Juana y don Juan Carlos, dispusieron, el 10 de septiembre de 1518, la *Real Provisión por la que se promueve la emigración de labradores a las Indias, concediéndoles tierras, ganado y aperos, así como franquicias y privilegios*, con el fin de que trabajaran la tierra adecuadamente. Por medio de esta Real Provisión se llegó, incluso, a costear el largo viaje desde España hasta las Indias. No obstante, lo más relevante fue que la entrega de tierras se hizo por medio de un auténtico título traslativo de dominio que otorgaba derechos hereditarios sobre las mismas.

Otro campo importante en el que se evidenciaron donaciones, dentro de la relación que mantenían la Corona y la Iglesia, fue en la concepción de la labor de esta, como política pública, con la aparición del denominado Real Patronato, o *Patronato Regio*, que constituyó el marco jurídico-religioso por medio del cual se brindó apoyo a la evangelización en la fe católica, asumida, por el gobierno indiano, como asunto propio.

En sus políticas de conquista espiritual, España auspició el *Patronato Regio*, a través del cual asumió la dirección de la acción misional en el nuevo mundo y centralizó la organización eclesiástica. Esto significa que en la organización de las huestes de la conquista, la Corona exigió la presencia de la Iglesia y en la misma forma, en la organización de las doctrinas, parroquias,

conventos, hospitales, organización de los obispados y arzobispados y en la elección de dignatarios y oficiosos eclesiásticos. [Ocampo, 1984, p.136]

La relevancia dada a la Iglesia se vio reflejada, también, en el ordenamiento territorial de los pueblos en América. Así las cosas, cuando en 1516, bajo el liderazgo del fray Bartolomé de las Casas, se inicia la organización territorial de los pueblos, la construcción de capillas, la plaza, el hospital y las calles [Mörner, 1970] el clero obtiene propiedades que, sin embargo, no le aseguran una vida de opulencia en las Indias, pues tiene, incluso, que costearse el vino y el aceite como apoyo a la celebración de los cultos [Muro, 1956].

Aun así, el Real Patronato le significó una serie de privilegios, pues: “Tanto las doctrinas como las parroquias eran consideradas beneficios curados perpetuos y se proveían bajo el Real Patronato, en consonancia con normas definitivamente fijadas en 1609” [Mörner, 1970, p.142].

El mejor ejemplo de donaciones en el derecho indiano, no obstante, fue la encomienda, estructura de dominación colonial que, en apariencia, constituía una suerte de protectorado para los indígenas, pero, en realidad, servía de base para grandes abusos por parte de los encomenderos. Según Ocampo [1984] esta fue,

Una institución socio-económica mediante la cual un grupo de indígenas se entregaba aun encomendero para que trabajara en su servicio y recibiera protección. Los indígenas encomendados recibían protección y evangelización. [...] Inicialmente las encomiendas se concedieron en forma

temporal o por una sola vida; posteriormente se aprobó su continuación para los hijos herederos, o sea por dos vidas. [p.101]

Lo que quiere decir que, además de tierras, se donaron personas (indígenas) bajo el pretexto de la evangelización y la protección. Donación que era, asimismo, de tipo modal, o sea, implicaba un compromiso mediato: prestar ayuda militar en cuanto se necesitare<sup>7</sup> [Dougnaç, 1994].

Por último, existían, para los españoles en territorio americano, privilegios tributarios (auxilio económico). Así, existían tributos como la alcabala, el almojarifazgo, el quinto real, el impuesto de Cobos, la media anata, la anata, las lanzas, entre otros, por los cuales se gravaba hasta los ingresos eclesiásticos; sin embargo, por disposición de la Corona, los españoles estaban exentos de pechos e impuestos directos [Dougnaç, 1994], y aunque ello no constituía una auténtica donación sí fungía como una forma de condescendencia por parte de la Corona al establecer tarifas diferenciadas en el pago de tributos.

### **1.1.2 Constitucionalismo primigenio**

Aunque el inicio de la producción de textos constitucionales coincide con el nacimiento de la etapa republicana de Colombia<sup>8</sup> las primeras constituciones se produjeron aún bajo la égida de la Corona Española (como es el caso de la Constitución de Cundinamarca de 1811).

---

<sup>7</sup> El llamado “auxilio militar” recaía sobre todos los españoles, pero los encomenderos cargaban con mayores deberes en caso de guerra, siendo proporcional el “auxilio” al número de indígenas que poseían en encomienda.

<sup>8</sup> La etapa republicana empieza con la declaración de independencia en 1819.

Aún así, respecto a las donaciones, existe una etapa que bien podría denominarse “de constitucionalismo primigenio” que data de 1811 a 1886, época marcada por los constantes cambios en las constituciones que cambió con la llegada de la Constitución conservadora de 1886, la cual tuvo vigencia por más de cien años.

(i) Constitución de Cundinamarca de 1811.

La Constitución de Cundinamarca, firmada el 4 de abril de 1811 por Jorge Tadeo Lozano, como presidente de los cundinamarqueses, y secundada por el Don Fernando VII contiene, por lo menos, dos artículos que guardan relación con las donaciones. Así, en el Título II (De la Religión), artículo 1, numeral 2, establecía que:

No se permitirá otro culto público ni privado [diferente a la religión católica], y ella será la única que podrá subsistir a expensas de las contribuciones de la Provincia y caudales destinados a este efecto conforme a las leyes que en la materia gobiernan. [Estado de Cundinamarca, 1811, p.131]

Más allá de la evidente ausencia de libertad religiosa en la Cundinamarca de principios del siglo XIX se destaca que el sostenimiento de la Religión Católica Apostólica Romana se garantizaba con recursos públicos. De manera que no solo era la única que podía practicarse, sino la única que recibía donaciones del Estado.

El mismo texto constitucional previó, además, controles a los gastos del Estado (Provincia para entonces) donde se recopilan las donaciones. El Título V, artículo 1, numeral

13, establece, de esta manera, que los gastos imprevistos y extraordinarios deberán hacerse de acuerdo con los dos Consejeros, y que el Presidente será el responsable de rendir cuentas de los mismos.

A fin de que el público quede satisfecho de la justa inversión de los caudales públicos, el Poder Ejecutivo (sic) hará imprimir cada año un estado en extracto de todas las entradas y salidas del tesoro general de la Provincia que haya habido en el año anterior. [Estado de Cundinamarca, 1811, p.148]

No cabe duda que la expresión “todas las entradas y salidas del tesoro general” dejaba entrever que las donaciones en la Provincia, si bien no se prohibían –por lo menos en cuanto al sostenimiento de la Iglesia- sí debían ser controladas *ex post* con el fin de mostrar transparencia entre los cundinamarqueses, lo cual se traducía, con base en el texto constitucional, en “satisfacción”.

(ii) Constitución de Antioquia de 1812.

La Constitución de Antioquia, firmada por los Representantes del Nuevo Reyno de Granada el 3 de mayo de 1812 tiene, como novedad, el abandono a la monarquía. Por tanto, establece en el Título Primero, Sección Segunda, artículo 1, numeral 5 que “Ningún hombre, ninguna corporación o asociación de hombres tiene algún título para obtener ventajas, o particulares y exclusivos privilegios, distintos de los que goza la comunidad” [Estado de Antioquia, 1812, p.295]. Empero, el mismo artículo abre la posibilidad de que se den beneficios en razón de las “*virtudes, talentos y servicios*” que se presten al público. O sea, cierra la puerta a las donaciones injustificadas o las limita para quienes entreguen algo a la

comunidad<sup>9</sup>. Así mismo, establece que de ninguna manera puede mejorarse la situación de una persona en virtud de una calidad heredada.

En el numeral 17 determina, por otra parte, que los subsidios (donde puede encuadrar el concepto de donación en sentido lato) no pueden fijarse ni abolirse sin que medie consentimiento del Pueblo en la Legislatura, lo que puede interpretarse como una suerte de reserva de legalidad. Asunto que se desarrolla en el Título III (Del Poder Legislativo), artículo 1, numeral 35, en donde se establece que el Poder Ejecutivo presentaría el informe de entradas y gastos (donde se pudiesen encuadrar los subsidios previstos en la norma citada) a la Legislatura para su aprobación.

Por último, en la regulación del Tesoro Común (Título VII) se impuso a los ciudadanos la obligación, normal por demás, de pagar los impuestos; contribuciones que, con todo, no solo se destinaron para fines propios del Estado, sino para el sostenimiento del culto Divino. Ello, como una forma de asegurar, entre otras cosas, las donaciones que se hacían a la Religión Católica en Antioquia.

(iii) Constitución de Cartagena de 1812.

De esta Constitución, que se firmó en el Estado de Cartagena de Indias el 14 de junio de 1812 bajo el mandato del Presidente Gobernador Manuel Rodríguez Toríces, se destaca el artículo 1 del Título III (De la Religión), en el cual se establece que “Reconoce este Estado y profesa la Religión católica, apostólica, romana, como la única verdadera y la Religión del

---

<sup>9</sup> La justificación de las donaciones suponía actitudes y aptitudes desarrolladas previamente por los beneficiarios de las mismas.

Estado: ella subsistirá siempre á sus expensas, conforme á las leyes establecidas en la materia” [Estado de Cartagena de Indias, 1812, p.11].

Este artículo que concuerda con la tendencia de la época en tanto reconoce como único culto verdadero y oficial al católico, pero, además, como un claro ejemplo de donaciones, se asume con recursos públicos el sostenimiento de la Iglesia.

(iv) Constitución de Mariquita de 1815.

Esta Constitución, firmada el 3 de marzo de 1815 por José Leon Armero, Gobernador y Comandante General del Estado, y por la Serenísima Convención Constituyente Electoral, totalmente independentista, que reconoció el poder político como perteneciente al Pueblo, introduce una norma novedosa: no destina las donaciones a la Religión católica, sino a los habitantes desprotegidos. De manera que en el Título II, artículo primero, numeral 4, estableció que: “Los socorros públicos son una obligación sagrada: la sociedad debe mantener a los Ciudadanos desgraciados, ya sea procurándoles ocupación, o ya asegurándoles modos de existir a aquellos que no están en estado de trabajar” [Estado de Mariquita, 1815, p.298].

El Estado de Mariquita, benefactor del cambio, por lo menos formalmente, tuvo la intención de brindar una protección a los “desgraciados”<sup>10</sup>, no obstante, las donaciones tenían

---

<sup>10</sup> Puede concebirse al “desgraciado” como un sujeto que no tiene facilidades económicas ni laborales. Así las cosas, el problema de los “desgraciados” no resultaba nuevo para la época de la Constitución de Mariquita, es más, tenía por lo menos tres siglos: “Enfrentada por el problema de la vagancia, la Corona adoptó una actitud bastante enérgica. Ya en 1509 el Monarca escribió al almirante Diego Colón que no debía consentir que ningún español anduviese vagabundo, “mayormente a personas que acá solían trabajar” sino debía forzarles



una limitación: los ciudadanos debían recibir ayuda en forma de trabajo o, ante la imposibilidad de trabajar, el Estado debía asegurar la subsistencia sin contraprestación alguna (éstas últimas no pueden deducirse del texto constitucional).

En el Título III, por otro lado, y tal como se mencionó anteriormente, donde se regula lo relacionado con la Religión, no se establece la constante aparecida en las anteriores constituciones, a saber: el aseguramiento del sostenimiento del Culto divino “a expensas” del Estado, lo cual, contextualmente, es un cambio trascendental.

Finalmente, la Legislatura ejercía un control frente al ordenador del gasto que era, por esencia, el Ejecutivo; este debía, así, según el Título VII, artículo 1, numeral 2 “Velar sobre la inversión de los fondos públicos, y representar al Poder Ejecutivo de la Unión los abusos que note en la administración de las rentas y las reformas y mejoras que estime convenientes” [Estado de Mariquita, p.303].

(v) Constitución del Estado Libre de Neiva de 1815.

En esta constitución, de naturaleza independentista, se hallan algunos artículos que guardan relación con las donaciones. El artículo 1, contenido en el Título I, numeral 17, dispone, así, que: “Ningún subsidio, carga, pecho, impuesto o contribución debe ser

---

a trabajar. Si no lo hicieron, debían ser devueltos a España. [...] No dejaban de observar que gran parte de los vagos eran hombres solteros o casados que habían dejado a sus esposas en España” [Mörner, 1970, p.76].

En la actualidad, el concepto ha evolucionado y se ha dignificado, por cuanto no contar con determinadas condiciones (económicas, laborales, físicas o sociales) no convierten al ser humano en un desgraciado. Hoy se habla de habitantes de calle, desplazados, discapacitados, adulto mayor, entre otros; todos merecedores de la atención de la sociedad y el Estado.

establecida, fijada, puesta o abolida bajo pretexto alguno, sin el consentimiento del pueblo o de sus representantes” [Estado Libre de Neiva, 1815, p.5].

Esto quiere decir que cualquier donación, enmarcada dentro del concepto de “subsidio”, tenía una suerte de reserva de legalidad. Así, tanto la creación como la abolición contaban con respaldo democrático. Por otro lado, esta Constitución mantuvo la tendencia en cuanto al sostenimiento de la Religión a expensas del Estado, lo que se constata en el artículo 1 del Título III.

En el Estado Libre de Neiva, finalmente, también se establecieron controles a la administración de las rentas que hacía el Ejecutivo. Una de las atribuciones del Legislativo fue, precisamente, velar por la correcta inversión de los fondos públicos que se hacía desde el gobierno a partir de un sistema de pesos y frenos, para el gasto, que evitaba las donaciones injustificadas.

(vi) Constitución de la República de Colombia de 1830.

Esta Constitución estableció la protección de la Religión católica, a tal punto de no tolerar la práctica de otra creencia, sin dejar claro, en qué consistía dicha protección, pues no establece, como las cartas anteriores, que debe subsistir a expensas del Estado.

Por otro lado, dentro de las atribuciones del órgano legislativo, se estableció, en el artículo 36, numeral 10, la función de “Conceder premios y recompensas personales á los que hayan hecho grandes servicios á la República” [República de Colombia, 1830, p.539].

(vii) Constitución de la Nueva Granada de 1832.

Esta Constitución, básicamente, reprodujo el contenido de la anterior en cuanto a la posibilidad de otorgar premios y recompensas a las personas que hicieran “grandes servicios a la República” [Estado de la Nueva Granada, 1832].

(viii) Constitución de la Nueva Granada de 1843.

Esta Constitución no previó, a su vez, cambios en la materia. Contrario a ello, por un lado, aseguró el sostenimiento de la Religión Católica [artículo 16]; y por otro, estableció la posibilidad de otorgar premios y recompensas por los servicios a la República (artículo 68, numeral 10) [República de la Nueva Granada, 1843].

(ix) Constitución de la Nueva Granada de 1853.

Esta Constitución no incorporó, tampoco, normas relevantes sobre la materia. No obstante, en sus Disposiciones Varias, del Capítulo 9, estableció una reserva de legalidad para los gastos del Estado dentro de los cuales, se asume, estaban las donaciones. Además, otorgó al Ejecutivo la función de cuidar las inversiones (artículo 34) [República de Nueva Granada , 1853].

(x) Constitución de los Estados Unidos de Colombia 1863.

En esta carta también se le otorgó al Legislativo la facultad para controlar los gastos realizados (artículo 85). Como novedad se encuentra, lo contenido en el artículo 48, numeral 8: “Conceder privilegios i ausilios (sic) para la navegación por vapor en aquellos ríos i aguas que sirvan de canal para el comercio de más de un Estado, o que pasen al territorio de Nación limítrofe” [Estados Unidos de Colombia, 1863, p.19].

Este artículo promovió actividades propias de particulares (el comercio y la navegación a vapor) que, no obstante, beneficiaban al Estado. Aun así, no se observa, aquí, la necesidad de que esos auxilios estuviesen respaldados por una contraprestación directa con algún ente estatal, por lo que encuadra, perfectamente, dentro del concepto de “donaciones”.

### **1.1.3 Constitución de 1886**

Esta Carta, vigente por más de cien años, marcó un hito en el país. En ella, entre otras cosas, se consagró la figura de los “auxilios parlamentarios”, aunque solo en la práctica, puesto que tal denominación no aparece en la Carta.

La Constitución de 1886, dentro del ámbito de donaciones, por su parte, estableció como regla general la prohibición de aquéllas, tal como menciona el artículo 78, numeral 5: “Decretar a favor de ninguna persona o entidad gratificaciones, indemnizaciones, pensiones ni otra erogación que no esté destinada a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley preexistente, salvo lo dispuesto en el artículo 76, inciso 18” [República de Colombia, 1886, p.8]. De manera que el artículo 76 funge como excepción al otorgarle, en el numeral 8, al Congreso la función de: “Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo” [República de Colombia, 1886, p.7).

Así pues, podemos decir que los auxilios parlamentarios eran todos aquellos recursos otorgados por los Congresistas a los particulares en aras de fomentar las empresas dignas de estímulo y apoyo, y en últimas fomentar el desarrollo del sector privado, pero que no necesitaban para ser otorgados ninguna ley previa que los contuviera. [Durán y Montenegro, 2002, p.8]

Tales auxilios parlamentarios recibieron una clasificación según su naturaleza: (i) otorgados por ley específica, es decir, consignados en leyes sobre eventos en particular, como los centenarios de los municipios; (ii) distribuidos por los congresistas, que servían para realizar obras en las regiones de cada parlamentario; (iii) ministeriales fijados por ley, los cuales venían fijados en los presupuestos y eran manejados por los ministerios y los departamentos administrativos; (iv) ministeriales, que no aparecían en las leyes de presupuesto; (v) y otros auxilios sin denominación específica. Sumado a ello, en la Reforma Constitucional de 1945 se adicionó la necesidad con el propósito de que estuvieran sujetos a los “[...] planes y programas correspondientes” [Durán y Montenegro, 2002].

Más adelante, con la reforma constitucional de 1968 (liderada por Carlos Lleras Restrepo) potenció el mal uso de los mismos, pues, aunque logró que el Gobierno tuviera mayor control sobre el presupuesto nacional compensó, a la vez, a los congresistas con el manejo de partidas regionales según las prioridades que tuvieran [Durán y Montenegro, 2002].

Así, la inconveniencia y mala utilización de dichos auxilios viciaron la práctica política colombiana, lo que se hizo muy evidente y ha sido denunciado varias veces. Las donaciones a cargo de dineros públicos, por ejemplo, eran utilizadas de acuerdo a los intereses de quienes ostentaban el poder en el momento. Por lo anterior, y teniendo en cuenta la naturaleza de los auxilios parlamentarios del régimen constitucional de 1886 la Corte Constitucional refirió, en Sentencia C-1168 de 2001, que:

En efecto, la Corte recuerda que los llamados auxilios parlamentarios del anterior régimen constitucional [...] no sólo permitieron la dilapidación

de considerables recursos públicos sino que también, e igualmente importante, desfiguraron la participación política y erosionaron la independencia del Congreso. Así, la transparencia de los debates electorales fue afectada, pues los congresistas gozaban de los recursos provenientes de los auxilios parlamentarios, que les conferían importantes ventajas frente a sus contendores. Y el Ejecutivo contó con un instrumento para influir decisivamente, y en forma indebida, en las decisiones del Congreso, ya que podía manipular votaciones mediante el reparto de auxilios en la ley del presupuesto. [Corte Constitucional, 2001]

Estos sucesos generaron que en la Constituyente de 1991 se planteara un cambio trascendental, respecto a ello, con la proscripción de los auxilios parlamentarios en el nuevo régimen constitucional, y resulta curioso que siendo un tema de tanta envergadura la fundamentación haya resultado relativamente sencilla.

#### **1.1.4 Constitución de 1991**

Con la exposición de motivos para eliminar los auxilios, y la voluntad de los constituyentes, la nueva Carta fue clara en su prohibición. De manera que en el artículo 355 superior colombiano se estableció que “Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado” [República de Colombia, 1991].

Esta norma se ha desarrollado normativamente a través de decretos autónomos, cuya naturaleza se expondrá más adelante, pero ese progreso se ha centrado en precisar la forma

en que se pueden adelantar los contratos con personas de derecho privado, sin ánimo de lucro, de reconocida idoneidad.

Por tanto, más allá de la aparente claridad al respecto, la discusión sigue abierta, pues se ha considerado que, de manera disfrazada, se han revivido los proscritos auxilios por medio de los llamados “cupos indicativos”, más conocidos como “mermelada”<sup>11</sup>, que se diferencian de los primeros en que no son creados por los congresistas, sino encontrados y apropiados por los mismos, en la ley presupuestal, como si fueran parte de su capital político para, posteriormente, decidir, deliberadamente y sin restricciones, a qué alcalde los adjudican y en qué forma se ejecutan. Incluso se ha llegado a crear un mercado secundario de cupos indicativos en el Congreso en el que se compran y venden los recursos cuando un senador no quiere ejecutarlos para que los ejecute otro [Restrepo, 2014].

En el año 1993 el diario colombiano El Tiempo describía mitos y verdades con respecto a los auxilios parlamentarios. De esa manera, salieron varias cosas a la luz, entre ellas, que los auxilios no se prohibieron en su totalidad y que los congresistas sí podían participar en la creación de la ley presupuestal. Con todo, llama la atención la ingenuidad con la que se

---

<sup>11</sup> El sentido original del término mermelada en la política colombiana es muy distinto al que adquirió con el paso de los años. Esta expresión la acuñó el otrora Ministro de Hacienda Juan Carlos Echeverry en el año 2011, cuando se aprobó la ley de regalías en Colombia, para ilustrar el reparto de las mismas en el territorio nacional. La frase fue: “*vamos a repartir la mermelada en toda la tostada nacional*”. Ver al respecto: Ávila, R. [2011]. Repartir la mermelada. Recuperado de: <http://www.portafolio.co/opinion/editorial/repartir-mermelada-133892>

describía el asunto, tal vez porque siendo los primeros años del nuevo régimen constitucional aún no se le había dado un mal uso a lo que a la postre sería catalogado como “mermelada”.<sup>12</sup>

La discusión que se ha dado en la jurisprudencia constitucional también ha sido reiterada. En varias sentencias se ha analizado el tema de las donaciones dentro de la Constitución Política de 1991.

Así, en la Sentencia C-372 de 1994 se manifestó que hubo una mala interpretación de la reforma constitucional de 1968 porque, lejos de promover la justicia social, se creó un régimen sin control que solo contribuyó a intereses personales políticos [Corte Constitucional, 1994]. En la Sentencia C-506 de 1994, por otra parte, la Corte fue clara: los auxilios quedaron prohibidos en la Constitución y lo contenido en el artículo 355 constitucional colombiano no se corresponde con esa figura [Corte Constitucional, 1991]. En la Sentencia C-520 de 1994, finalmente, se declaró que las becas con recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación no encuadran dentro del segundo inciso del artículo 355 constitucional colombiano, esto es, no pueden resultar de los contratos con personas de derecho privado sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad como fruto de programas de interés público, por tanto, están prohibidas [Corte Constitucional, 1994].

Aunado a lo anterior, tal vez la sentencia que mejor describe el debate constitucional es la C-254 de 1996, que refiere:

---

<sup>12</sup> Término popular colombiano utilizado para señalar un determinado modo de actuar del gobierno para con los congresistas con el propósito de lograr un determinado apoyo, a partir de un beneficio.



De lo expuesto puede concluirse: (1) La prohibición de los auxilios y donaciones, es la respuesta al abuso derivado de la antigua práctica de los "auxilios parlamentarios" [...]. (2) La prohibición de los auxilios y donaciones, no significa la extinción de la función benéfica del Estado, la cual puede cumplirse a través de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad. (3) El auxilio o donación, materia de la prohibición, se caracterizan por la existencia de una erogación fiscal en favor de un particular sin que ella tenga sustento en ninguna contraprestación a su cargo. [...]. (4) Por vía negativa, no se consideran auxilios o donaciones, las transferencias presupuestales que se hacen a entidades descentralizadas. (5) **No se estima que se viole el artículo 355 de la C.P., cuando el Estado otorga subsidios, estímulos económicos, ayudas o incentivos, en razón del cumplimiento de deberes o principios de origen constitucional que describen actividades públicas irrenunciables**<sup>13</sup>. [Corte Constitucional, 1996]

El punto 5 refleja una flexibilización del principio mencionado: del régimen constitucional vigente no puede concluirse que está prohibido cualquier clase de subsidio, subvención o ayuda a particulares, el espíritu de la norma indica, contrario a ello, que la prohibición es para las donaciones sin control que tenían sustento en la Constitución de 1886. Esa flexibilización fue explicada en la Sentencia C-372 de 1994, en la que se sugiere coherente, con la Carta, que converjan intereses del Estado e intereses de particulares.

---

<sup>13</sup> Énfasis añadido por el autor.

También puede explicarse, a partir de la función social del Estado, el hecho que existan preferencias en el trato a determinados particulares, por ejemplo, al crear tarifas diferenciadas de impuestos.

La pregunta es: ¿cómo puede explicarse esto en el derecho constitucional colombiano? El camino para encontrar una respuesta está enmarcado por una interpretación sistemática del texto superior: el Estado social de derecho tiene una función social que se materializa, además de con acciones estatales, con acciones particulares. Así, la prohibición de dar auxilios y donaciones, contenidas en el artículo 355 de la Carta Colombiana, debe ser armonizada con otros preceptos constitucionales que contienen fines legítimos del Estado como la promoción de la ciencia, la cultura, la tecnología etc.

Sin una interpretación sistemática es imposible, además, entender los incentivos que contiene el artículo 71 de la Constitución, a saber:

La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades. [República de Colombia, 1991)

Se puede concluir sobre este punto, entonces, que las donaciones sí pueden darse en el marco del derecho constitucional colombiano, siempre que respondan a fines constitucionales expuestos y atendiendo, claro está, al artículo 355 de la constitución

colombiana, teniendo en cuenta que la ausencia de control y la adjudicación indiscriminada de recursos está proscrita.

La condición social del Estado se erige, de esta forma, como el fundamento principal para que la prohibición de donaciones no sea total, toda vez que resulta imposible concebir un Estado social en donde no se pueda hacer uso del aparato estatal para entregar ayudas, subsidios o auxilios a quien los necesite, lo que, no obstante, tiene una doble connotación: impulsa la actuación de las autoridades públicas, pero las reduce a unos fines especiales.

Si el fin del Estado social es la materialización de los derechos, es obligación de las autoridades (en especial de la Administración) la lucha por la satisfacción de estos, lo que se traduce en la imposibilidad de dejar al azar su concreción. Por eso, la prohibición de las donaciones no es un principio absoluto en el constitucionalismo colombiano.

Tal vez la sentencia que mejor recopila lo dicho por la Corte en providencias anteriores, sobre el asunto, es la C-027 de 2016. En este fallo la Corte Constitucional explica el alcance del artículo 355 de la Constitución Política y la imposibilidad de prohibir totalmente las donaciones (usa la palabra subvención como sinónimo de donación).

Así, suponer que el Estado, a través de sus órganos y ramas que ejercen el poder público, tiene prohibida la subvención de toda actividad de las personas de derecho privado haría inviable la satisfacción de las cláusulas de Estado social de derecho e igualdad material. En el mismo sentido, esta comprensión del artículo 355 generaría contradicciones entre su inciso primero y segundo; además, impediría la materialización de mandatos

específicos de fomento a grupos vulnerables y actividades estratégicas para la consecución de fines como la igualdad o equidad de género, la satisfacción del derecho a la salud (y en general de las facetas prestaciones de todos los derechos), la protección del ambiente o el fomento a la ciencia, la educación o la cultura, entre otros [Corte Constitucional, 2016].

En cuanto a los cupos indicativos, si bien responden a fines constitucionales legítimos han sido aprovechados de manera fraudulenta en muchas ocasiones. Uno de los supuestos donde se desnaturaliza la norma es el mercado secundario de cupos que denuncia Juan Camilo Restrepo; otro, más grave aún, es la presunta “compra de votos” que denunciada: El 13 de febrero de 2018 se conoció la noticia donde la Corte Suprema de Justicia Colombiana investigaba a cerca de 230 congresistas por los delitos de cohecho, concusión, peculado, celebración indebida de contratos y tráfico de influencia [Caracol Radio, 2018].

Tal vez los mejores ejemplos de abusos y malos usos de los cupos indicativos son los de los excongresistas Musa Besaile y Bernardo Elías, quienes, sin tener ninguna trascendencia nacional, lograron obtener las mayores votaciones en las elecciones del 2014. El portal Las 2 Orillas [2017] narró la importancia de los cupos indicativos en el ascenso de Musa Besaile:

Los votos de Sahagún<sup>14</sup> le abrieron el camino a la Cámara y logró ser representante con 65.000 votos en el 2002 dentro del grupo que apoyó la candidatura de Álvaro Uribe Vélez. Los Besaile se convirtieron en una exitosa

---

<sup>14</sup> Sahagún es un municipio ubicado, en el norte de Colombia, en el Departamento de Córdoba.

familia política fortalecido por los contratos que obtuvo por vía cupos indicativos –la llamada mermelada- en el primer mandato de Juan Manuel Santos, con los que el Presidente buscaba cohesionar la coalición de gobierno que le garantizara su reelección. Y la consiguió, así como el ascenso de Musa al senado y la posterior elección de su hermano Edwin, gobernador de Córdoba<sup>15</sup>. [párr.5]

Este es uno de los acontecimientos que ejemplifica cómo se usan los cupos indicativos para fortalecer las campañas políticas y evidencia, a su vez, la imperiosa necesidad de una reforma jurídica que ponga límites y cree condiciones de transparencia en la adjudicación y ejecución de los proyectos gestionados a través de esta vía.

No obstante, el fenómeno no es nuevo, todos los gobiernos han utilizado la norma, en algún momento, para algunos pretendiendo que sus leyes pasen sin problemas. Durante el mandato del expresidente César Gaviria se llamaron “fondos de cofinanciación”; con Samper, “auxilios regionales”; con Pastrana, “cupos indicativos”; con Uribe, “partidas regionales” [Gómez, 2003]; y, recientemente, durante el gobierno de Juan Manuel Santos, “mermelada”.

El problema, entonces, no radica en que se otorguen auxilios o cupos, sino en cómo y con qué fin se otorgan. Parece ser que el Estado colombiano no puede funcionar sin la llamada “mermelada”, por el contrario, esta es necesaria para materializar la condición social

---

<sup>15</sup> Hoy tanto Bernardo Elías como Musa Besaile se encuentran procesados por casos de corrupción. El primero, por el de sobornos de la multinacional Odebrecht; el segundo, por el denominado “cártel de la toga”.

del mismo y responder a fines constitucionales legítimos. Lo que debe perseguirse, así las cosas, es la comisión de delitos que se dan a partir de la misma.

Breve excursio:

Hasta el momento, la presente exposición de la historia de las donaciones en Colombia se ha centrado en el interior del Estado. Por ello, ahora se mencionarán, brevemente, dos ejemplos a nivel internacional: el regalo del tesoro Quimbaya por parte del otrora Presidente Carlos Holguín Mallarino a la Reina Regente del Reino de España María Cristina de Habsburgo-Lorena en 1893 y el regalo del archipiélago de Los Monjes a Venezuela por parte del otrora Canciller Juan Uribe Holguín en 1952.

El primero de los casos fue recientemente debatido por el Juzgado Veintitrés del Circuito de Bogotá, el Tribunal de Cundinamarca, el Consejo de Estado y, finalmente, por la Corte Constitucional. Esta última confirmó, parcialmente, la parte resolutive del fallo del juzgado de primera instancia y ordenó a los Ministerios de Cultura y Relaciones Exteriores que hagan todas las gestiones diplomáticas ante el gobierno de España para que el tesoro Quimbaya, compuesto por 122 piezas de oro, retorne al país, tutelándose así los derechos colectivos a la moralidad pública y defensa del patrimonio público<sup>16</sup>.

El segundo de los casos, que data de 1952, da cuenta de la nota diplomática en la que se renunció al litigio por el archipiélago de Los Monjes regalando, prácticamente, los islotes a Venezuela. Este caso ha sido catalogado como “[...] el caso más aberrante de defeción de

---

<sup>16</sup> En la Sentencia SU-649 de 2017, con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos, se encuentra todo el debate sobre el tesoro Quimbaya.

soberanía, o resignación de derechos incontrovertibles, que se tenga noticia en América Latina, desde el momento en que España nos reconoció la independencia dejándole a las novísimas naciones sus fronteras demarcadas” [De la Torre, 2012].

En ambos casos hubo un manejo deficiente de las relaciones exteriores, e incluso, una renuncia a la defensa de la soberanía colombiana, se tomaron decisiones individualistas y utilitaristas que perjudicaron a Colombia como Estado y como Nación. Por ello, este tipo de donaciones jamás podrá encuadrar dentro de los principios constitucionales vigentes: la prevalencia del interés general y el interés público.

## **1.2 Interés general e interés público**

Los dos conceptos que componen este acápite están lejos de ser encasillados en una definición. No en vano algunos autores los enmarcan dentro de los denominados “conceptos indeterminados” que, además, comparten una aparente sinonimia. Así, se puede pensar que representan exactamente lo mismo o que son muy distintos.

Partiendo de lo anterior, se hace necesario tomar una posición, sin que ello implique cerrar el debate que, entre otras cosas, resulta imposible tratándose de dos conceptos tan amplios, de manera que se abordará el tema desde tres perspectivas: (i) la definición de interés general y de interés público; (ii) la importancia de la Constitución Política de 1991 como fundamento para los programas y actividades de interés público; y (iii) la aplicación de los conceptos de interés público e interés general en el Derecho Administrativo.

En primera instancia, es menester abordar un tema esencial para lo que se va a plantear más adelante: el concepto de Estado social y democrático de derecho y su influencia en

Colombia. Esta es la base fundamental del Estado colombiano y, por tanto, permea como principio filosófico en la comprensión y aplicación de otros. Así las cosas, tratar temas como dignidad humana, mínimo vital, acceso a la justicia, principio de legalidad y, por supuesto, interés general e interés público exigen, en primer lugar, un tratamiento del concepto de Estado social y democrático de derecho<sup>17</sup>.

### **1.2.1 El Estado social y democrático de derecho**

Forma de Estado que se entiende como una evolución del Estado de derecho en donde la sujeción a la norma jurídica sigue dándose, pero de forma distinta. Agregarle un sentido social al modelo de Estado, como sucedió en Colombia con la última Constitución, implica un cambio sustancial en la forma de comprender el derecho de un país. Más allá que autores como Javier Pérez Royo [citado en Gómez, 2016] consideren redundante la mención del sentido social (puesto que los conceptos de Estado y Derecho contienen, necesariamente, dicha fórmula) las consecuencias prácticas son notables.

El concepto del Estado social y democrático de derecho implica un punto medio entre el Estado movido por la fórmula *laissez faire, laissez passer* (dejar hacer, dejar pasar), propia de los tiempos posteriores a la Revolución Francesa, y el Estado intervencionista del Siglo XX. De esta manera, se obtuvieron herramientas para enfocar la economía hacia la consecución de fines sociales como el bienestar general y la justicia social [Younes, 1993].

---

<sup>17</sup> No se pretende aquí estudiar el concepto a fondo porque no es el motivo de investigación. Sin embargo, se deben sentar las bases necesarias para poder entender qué representa el interés general y el interés público dentro del Estado colombiano. A fin de cuentas, la interpretación de todos los principios del constitucionalismo nacional debe pasar por el tamiz de esa cláusula superior, al igual que por la dignidad humana.



El Estado colombiano asumió, así, una nueva forma para materializar los derechos. Con el texto constitucional de 1991 se erigieron como principios dos aspectos fundamentales: la supremacía de la Carta en el sistema de fuentes de derecho y la instauración de la acción de amparo o tutela como forma de exigir directamente, ante los jueces, la materialización de los derechos [López, 2006]. Esto significó, en primer lugar, que se le dio valor pleno al catálogo de derechos fundamentales y, en segundo, que se les otorgó a los ciudadanos un derecho fundamental (en forma de acción) para pedir la protección de los demás derechos.

En el artículo primero de la Constitución Política de 1991 se define a Colombia como un Estado social de derecho. Eso significa que es algo más que un pilar del Estado; es, más bien, el Estado comprendido en sí mismo. Es el principio superior sobre el cual se erige todo el ordenamiento jurídico nacional. Esto significó un cambio trascendental de paradigma. Mientras que en 1886 se planteó una sujeción formal a la ley, en 1991 se le dio un contenido material a dicha sujeción, y se amplió el sistema de fuentes, por lo que ahora la ley formal no es la única norma que guía la actividad de los poderes públicos.

Esa condición social del Estado supone una nueva forma de ver el derecho y, por ende, una nueva forma de ver la sociedad, pues la materialización de los derechos, más allá de su enunciación en normas jurídicas, adquiere importancia. Esto significa que el ordenamiento jurídico no solo se fundamenta en su validez –al estilo de Kelsen- sino también en su eficacia.

Al respecto, menciona Gómez [2016]:

La principal consecuencia de la proclamación de Colombia como Estado Social de Derecho, que hace nuestra Constitución en su artículo

primero, consiste en el reconocimiento de una esfera prestacional de la Carta en favor de los asociados, con ello la fórmula de la prevalencia de lo material, potenciando como tarea del Estado la realización de los derechos fundamentales de las personas.

En efecto, el Estado sigue siendo de Derecho [...], pero es también un Estado Social, lo que significa que entre sus principales cometidos está la promoción del bienestar social de los asociados y de manera intensificada con la de aquellos en especiales condiciones de desigualdad. [p.26]

Así las cosas, al Estado social de derecho le corresponder beneficiar, en la mayor medida posible, a la mayor cantidad de personas posibles, mas no en un sentido meramente cuantitativo en el que los asociados, contados como individuos uniformes, asuman un criterio únicamente numérico, sino en un sentido cualitativo, por medio del cual se conciban como sujetos disímiles, diferentes. De manera que ese “mayor número” debe comprenderse dependiendo del grupo o la comunidad que sea susceptible de la acción social del Estado en determinado momento; lo contrario sería instrumentalizar a la población.

Los derechos fundamentales, fin principal del Estado, vienen contenidos en el texto constitucional en forma de principios que, por la condición “social” del Estado y la identificación de la Carta como *norma normarum*, cobraron pleno valor y deben ser satisfechos en la mayor medida posible.

Este es, ni más ni menos, que el principio de optimación u optimización de los principios, que posee una relación directa con los principios de interés general e interés

público. El eslabón, así, entre esa concepción de Estado y los asociados es el juez constitucional, de quien la Corte Constitucional, en Sentencia T-406 de 1992, afirmó que “[...] en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general” [Corte Constitucional, 1992].

Concepción de la Corte que puede extenderse, toda vez que aunque el juez de tutela<sup>18</sup> sea considerado el eslabón principal<sup>19</sup> es importante tener en cuenta que todas las ramas del poder público están comprometidas con la satisfacción del interés general como parte del Estado social. De manera que, verbigracia, el papel del Legislador en la creación de las leyes es de suma relevancia; como también el papel de la Administración, ejecutora de las políticas públicas del Estado y productora de normas autónomas...

En suma, este supraprincipio, unido al del interés general, es la base de la regla de la optimización de los derechos fundamentales, lo que se refleja, posteriormente, en casos concretos.

### **1.2.2 Concepto de interés general e interés público**

El concepto “interés” definido desde una óptica ontológica, es decir, desde un sentido literario, según el Diccionario de la Real Academia Española [s.f.], proviene del latín

---

<sup>18</sup> Esto no niega la importancia del papel de los jueces que no actúan en sede de tutela, toda vez que, en términos generales, estos principios deben inspirar toda la actividad judicial.

<sup>19</sup> También puede otorgársele esa calidad a la Administración, como se constatará cuando se mencione su titularidad y su obligación de resultado en la satisfacción del interés general.

*interesse*, que significa “importar”. Se establece, asimismo, en su cuarta acepción que es la “Inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración, etc.”[Real Academia Española, s.f.].

Por su parte, la palabra “general”, en su primera acepción, se define como “Común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque sean de naturaleza diferente” [Real Academia Española, s.f.]. Y en la séptima acepción se indica que significa “Mayoría de un conjunto de cosas o personas” [Real Academia Española, s.f.]. Por último, la palabra “público” es definida por la Real Academia Española [s.f.] como “Perteneiente o relativo al Estado o a otra Administración”.

Interés general, así, se concibe como la disposición e importancia que se otorga a los individuos que componen el conjunto, o sea, la sociedad. Interés público, en ese caso, sería la disposición e importancia que se le da a la cosa pública, esto es, a lo estatal.

Tales conceptos, sin embargo, no dicen nada hasta el momento, pues, en ocasiones, el Derecho otorga sus propias definiciones: da un sentido deontológico a las expresiones lingüísticas. Por ello, es necesario entrar a relacionar componentes jurídicos para poder llegar a una comprensión del concepto. Al final de este punto se ofrecerá una toma de posición que vaya del ser al deber ser.

Plantear la definición jurídica de un concepto resulta complejo, más aún si se busca, además, determinar la sinonimia entre dicho término y otro. Nieto [citado en Parejo, 2007] sentencia que “[...] según el concluyente juicio de este último autor desembocaron en un mismo y descorazonador resultado: ni la ciencia ni la práctica están en condiciones de

determinar lo que sean los intereses generales y cuál es su papel en el Estado” [p.27]. E inmediatamente dice, acerca del interés general y el interés público, que son conceptos “[...] éstos que, a su vez, pueden tener idéntico, pero también distinto resultado” [Nieto, citado en Parejo, 2007, p.27]<sup>20</sup>.

Es deber del operador jurídico, no obstante, darle un sentido concreto. Es decir que, aunque sean vagos, y no sea posible precisar con seguridad su significado, las autoridades deben interpretar estos conceptos con mesura porque, de lo contrario, se podría propiciar la arbitrariedad [Corte Constitucional, Sentencia C-620, 2004].

La concreción, entonces, del significado de los conceptos jurídicos indeterminados se puede dar en dos sentidos: la identificación del espíritu del constituyente, o el legislador, en el momento en que se creó la norma, lo cual implica un análisis histórico hacia el pasado; o entender la norma jurídica indeterminada como cambiante, esto es, que adquiere un significado dependiendo del momento y el patrón fáctico [Rodríguez, 1994].

La segunda posición, la interpretación dinámica, parece más compatible con la Constitución de 1991, que debe ser vista como una norma incompleta y finalista, donde la realidad social juega un papel importante a la hora de determinar el sentido de sus preceptos.

De hecho, la segunda hipótesis se puede comprobar con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que, aun cuando funge como la intérprete autorizada de la Constitución, no ha abogado por definiciones concluyentes en casos de conceptos jurídicos indeterminados,

---

<sup>20</sup> Para efectos del inicio de esta exposición se tomarán como sinónimos estos dos conceptos. Luego, en la toma de posición, se ofrecerán conceptos distintos.

sino por la creación de un marco dentro del cual se puedan buscar las definiciones. Por tal razón, en la Sentencia C-435 de 2013 fijó algunas reglas con respecto a este tipo de conceptos, a saber: (i) no suponen discrecionalidad<sup>21</sup> sino una necesidad de concretar su significado en el caso concreto; (ii) aunque sean admitidos, se deben evitar; (iii) son constitucionales en tanto existan herramientas hermenéuticas que permitan concretar su significado en el caso concreto; (iv) en materia sancionatoria la exigencia de certeza es mayor porque asimismo es mayor la afectación de derechos fundamentales [Corte Constitucional, 2013].

Además de ello, en la Sentencia C-113 de 2017 se expresó que:

La validez o invalidez del uso de conceptos jurídicos indeterminados como criterios de restricción o limitación de derechos depende del ámbito en que se encuentren insertos, y de ponderaciones, implícitas o subyacentes, sobre los bienes que pueden verse afectados, el principio democrático, las finalidades que persigue el legislador, y la mayor o menor flexibilidad que se pretende en el momento de aplicación de las normas. [Corte Constitucional, 2017]

No cabe duda que, al tenor de la jurisprudencia constitucional, es imposible utilizar un criterio estático de interpretación. Por el contrario, la búsqueda del significado debe hacerse

---

<sup>21</sup> Cuando la Corte indica que no permiten la discrecionalidad lo que trata de decir, en realidad, es que no permiten la arbitrariedad. La discrecionalidad existe, pero sometida a pautas hermenéuticas como la interpretación sistemática, es decir, limitada o reglada.

de forma dinámica, atendiendo la realidad y no lo que en su momento pensó el órgano creador de la norma.

Por su parte, siendo el “interés público” un concepto jurídico indeterminado, o vago, no deja de ser útil dentro del sistema jurídico colombiano.

Ronald Pennok (1967), manifestó que, ciertamente, el derecho sufriría una gran mengua si se viese desposeído del término "interés público", pues si esto sucediera, ¿cómo se justificaría a un particular el sacrificio que debe hacer por la convivencia social? Esta es precisamente la función del concepto del interés público en el derecho [Socarras, 2017].

Es decir, a pesar de su indefinición, su utilidad no se pone en duda; es más, en determinado contexto social la expresión, aun siendo vaga, resulta comprensible para cualquier sujeto. Hay situaciones, incluso, donde es tan evidente su utilidad que ni siquiera se busca su significado.

Pero la intención de definirla siempre debe estar presente. La aplicación de interés general e interés público se da en muchos ámbitos –si no en todos- del derecho. Así, la tarea del intérprete es identificar la situación en concreto para darle sentido al término. La Corte Constitucional en la sentencia C-053 de 2001 es clara al respecto:

Es precisamente el carácter jurídicamente abstracto e indeterminado del concepto de interés general, unido a una historia de abusos cometidos so pretexto de su prevalencia, lo que ha llevado a que las constituciones liberales

modernas consideren la necesidad de armonizarlo con los derechos individuales y con el valor social que tiene la diversidad cultural. Por ello, constituye un requisito indispensable para la aplicación de la máxima de la prevalencia del interés general, que el operador jurídico analice minuciosamente las particularidades de cada caso, intente armonizar el interés general con los derechos de los particulares y, en caso de no ser posible, lo pondere teniendo en cuenta la jerarquía de valores propia de la Constitución. Así lo ha entendido desde sus inicios esta Corporación. [Corte Constitucional, 2001]

En definitiva, la Corporación propende por la indeterminación del concepto en abstracto: “[...] el interés general no es un principio que pueda aplicarse en abstracto o en virtud de la visión que se tenga del desarrollo y del progreso, sino que debe tener en cuenta “al otro” [Corte Constitucional, Sentencia T-244, 2012].

Surge una pregunta: ¿puede, por lo menos desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional, establecerse una diferencia en abstracto entre interés público e interés general? Tal parece que sí, aunque sea de manera tenue<sup>22</sup>: en la Sentencia C-192 de 2016 la Corporación equipara los conceptos de interés público e interés social (lo cual también ocurre en la Constitución en los artículos 58, 335 y 336), mientras que en la Sentencia C-053 de 2001 ya se había diferenciado los conceptos de interés general e interés social. La operación

---

<sup>22</sup> Inicialmente, para efectos metodológicos, se tomaron como sinónimos. En este momento se empiezan a plantear diferencias.



tautológica resulta sencilla: si el interés público es igual al social, y el social es distinto al general, entonces el público será distinto del general por las mismas razones<sup>23</sup>. Sobre el asunto se dijo:

El concepto de interés general es una cláusula más indeterminada cuyo contenido ha de hacerse explícito en cada caso concreto. Entre tanto, el de “interés social”, que la Constitución actual emplea en sus artículos 51, 58, 62, 333 y 365, es una concreción del interés general que se relaciona de manera inmediata con la definición del Estado como social y de derecho (art. 1º). En tal medida, el apelativo de social le imprime una finalidad y un límite a la actividad estatal, determinando, específicamente, las condiciones dentro de las cuales los intereses económicos particulares son susceptibles de protección. [Corte Constitucional, Sentencia C-053, 2001]

### **1.2.3 Toma de posición**

Definir de forma expresa y estática el interés general, por lo menos para efectos del constitucionalismo colombiano, es arriesgado y casi que un salto al vacío. No obstante, se pueden establecer pautas que permitan entenderlo de tal forma que sea compatible con la Carta.

El interés general, para empezar, no es una forma de complacencia de un número superior de personas, en detrimento de un número inferior. Este, por el contrario, al tratar

---

<sup>23</sup> No se puede determinar si esa diferenciación resultó de un proceso consciente de la Corte Constitucional, sobre todo porque no se trató de los mismos magistrados.

sobre la materialización de derechos debe ser definido partiendo de su relación con los principios de igualdad y democracia: la mayoría no puede aplastar a la minoría. Así, dicho interés debe basarse en las divergencias entre los miembros de la sociedad.

Dicha concepción tiene como consecuencia práctica, por ejemplo, que se pueda tutelar el derecho a la libertad de culto de una iglesia evangélica, en detrimento del interés personal de un miembro de la comunidad, aun cuando la mayoría de las personas del país profesen una religión distinta a la evangélica y, eventualmente, puedan estar en favor de ese miembro con quien la iglesia tiene una disputa. En ese caso, la opinión de la mayoría es una, pero la colisión de derechos se da entre un interés personal y el interés general de la comunidad religiosa evangélica y en la dicotomía Estado de opinión vs Estado de derecho el segundo prevalece.

Por su parte, el interés público puede ser percibido como parte del interés general. Esta especie es relativa a los fines del Estado cuya confianza es depositada en la Administración. Se materializa, por ejemplo, en la adopción de políticas públicas en razón de determinado grupo social, en especial los vulnerables.

De esta manera, y usando el ejemplo anterior, una política pública que promueva la protección de la libertad de culto, además de ser de interés general, será de interés público. No obstante, la protección de esa libertad que se da en razón de una decisión judicial, que resuelve una colisión de derechos fundamentales de particulares, será solo de interés general, porque aunque la materia importe a la Administración, no resuelve esos casos tan concretos, lo cual sí ocurre en sede judicial.

Así las cosas, el interés general incluye tanto intereses públicos como intereses no públicos (pero tampoco privados o particulares). Para entender mejor el asunto, los intereses “no públicos” pueden ser considerados como intereses no relacionados con los fines propios de la Administración, sino de la comunidad *in se*.

Es importante tener en cuenta que estas definiciones hacen parte de una toma de posición que no pretende tener calidad de verdad absoluta, es más, la línea divisoria es tan tenue que se puede desdibujar en algunos casos, como sucede cuando la Administración crea espacios de resolución de conflictos como parte de una política pública. Allí convergen ambos conceptos sin problema alguno.

#### **1.2.4 La Constitución Política de Colombia como fundamento para los programas y actividades de interés público**

Las expresiones “interés general” e “interés público” aparecen en el texto de la Constitución en varios artículos, pero no de manera conjunta, otro indicio de que son conceptos tenuemente diferentes.

El interés general en la Constitución Política de 1991 se erige como un pilar fundamental sobre el cual se cimienta el Estado social de derecho (artículo 1º). La Carta no intenta, precisar su significado, por lo cual dar por sentada una definición sería incurrir en una falacia de petición de principio. Lo que sí queda claro, aún así, es que este principio es,

en abstracto, superior a los intereses particulares por cuanto se establece su prevalencia<sup>24</sup>. Además de ello, es una de las motivaciones legítimas para la presentación respetuosa de peticiones (artículo 23)<sup>25</sup>.

Por su parte, el interés público sirve como fundamento para el desarrollo de varias políticas estatales en diferentes materias:

- a) Como fundamento de la política de expropiación: en el artículo 58 de la Constitución se deja claro que la propiedad adquirió una función pública y ecológica y que el interés privado debe ceder ante ésta. La expropiación, ya sea judicial o administrativa, encuentra asidero en esta fórmula.
- b) Como fin del Ministerio Público: en el artículo 118 se le otorga al Ministerio Público (Procuraduría, Defensoría, etc.) el fin de proteger el interés público. Se podría pensar que ello rompe con la coherencia de la tesis propuesta en el presente escrito ya que podría estar haciéndose referencia al interés público como interés propio de personas que nada tienen que ver con la Administración; esto encuadraría más dentro del fin de protección de los Derechos Humanos, que también se otorga en la misma norma. Así, se mantiene la coherencia de la opinión expresada.

---

<sup>24</sup> Se trata de una tendencia a ser superior, incluso desde la norma en abstracto, pero esta regla no es absoluta, como no es absoluta la prevalencia de ningún principio del ordenamiento. Con los derechos de los menores ocurre lo mismo: se establece una jerarquía en abstracto (artículo 44 de la Constitución de 1991).

<sup>25</sup> Se otorga la razón más genérica posible, ya que el interés general incluye la posibilidad que se invoquen intereses públicos, por lo menos si se acepta la tesis planteada anteriormente.

- c) Como sentido de la actividad financiera, bursátil, aseguradora: el artículo 335 le otorga este sentido a estas actividades y a todas las relacionadas con la captación de dineros. El interés público también queda protegido con la exigencia de la autorización previa del Estado para realizar estas actividades, además de la intervención, sobre la misma, que debe hacer el Gobierno.
- d) Como fin de un monopolio: consagrado en el artículo 336. La ley determinará el establecimiento de un monopolio en razón del principio de interés público o social. A su vez, la norma destina las rentas que se obtengan de los monopolios. Así, para los programas de salud estarán destinadas las rentas de los monopolios de suerte y azar, mientras que a salud y educación estarán destinadas las de los monopolios de licores.
- e) Como fundamento de contratación entre el Estado y entidades de derecho privado sin ánimo de lucro: establecido en el artículo 355 de la Constitución Colombiana, este precepto constitucional incluye, en su artículo segundo, el fundamento para una contratación mucho más ágil que la que se da en razón de la Ley 80 de 1993. El inciso segundo, por otra parte, contiene una flexibilización de lo dicho en el inciso primero, lo que comprueba que en Colombia, si bien se prohibieron los auxilios parlamentarios de la Constitución de 1886, no quedaron proscritas todas las donaciones, ayudas o subvenciones a los particulares; lo que se hizo, en cambio, fue establecer límites como la ausencia de *animus lucrandi*.

El significado del interés público debe concretarse, además, y como se mencionó anteriormente, según la materia en la que esté presente. De manera que puede llegar a tener distintas connotaciones dependiendo del tema con que trate: expropiaciones, mercado bursátil, proscripción de monopolios o convenios (contratos) con entidades privadas sin ánimo de lucro.

Sin duda alguna la Constitución es la base fundamental sobre la cual se cimientan los programas de interés público, toda vez que contiene las normas que obligan a las autoridades públicas a la satisfacción de dicho interés que debe ser interpretado según sea la norma superior que se esté manejando.

### **1.2.5 El interés público en la Administración**

Luego de la aproximación conceptual de los términos resulta pertinente determinar cómo influyen el interés general y el interés público en la Administración que, como parte del Estado, debe orientarse, necesariamente, con estos principios mencionados, exigidos dentro de todas las ramas.

Dichos principios, no obstante, cobran un valor especial cuando se trata de la rama Ejecutiva, pues al ser la encargada de “ejecutar” las políticas públicas tiende a ser más influenciada, por los mismos, que los demás órganos del poder estatal. Parejo [2007], por su parte, considera que la Administración es el sujeto primario del interés general:

El objeto en que consiste el interés general es, pues, siempre una necesidad y un fin comunitarios identificados directamente en la norma

constitucional o decantados en el curso del desarrollo constitucional a partir del orden de bienes y valores establecidos por aquélla. El sujeto primario es la organización político-administrativa que institucionalice la comunidad. [p.37]

Adicionalmente, expresa;

Constitucionalmente, pues, la responsabilidad y, por tanto, la “titularidad” en punto a la gestión, para su efectividad, del interés general corresponde a la función ejecutiva. Afirmación ésta que permite la caracterización del interés general como un principio abstracto que está en la base del entero proceso de establecimiento o determinación del Derecho público-administrativo. Principio general que gobierna desde luego la fijación o determinación, pero sobre todo la aplicación e interpretación, de dicho Derecho, así como los procesos de ponderación en su seno. [Parejo, 2007, p.39]

Esto quiere decir que, como titular del interés general, la Administración tiene mayor responsabilidad en la consecución del mismo. Si bien las otras ramas del poder estatal también contribuyen, la Administración está sujeta de una manera más fuerte a este principio. Es a lo que Rodríguez [2009] llama potestad de autotutela de la administración, por la cual la promoción de los derechos fundamentales se convierte en una obligación.

Para ilustrar esto se trae a colación la fórmula de Stahl [citada en García de Enterría y Fernández, 2002]: mientras los tribunales tienen como principal función la ejecución de una

ley, la Administración tiene como función asegurar los fines del Estado en razón de la ley. Esto significa que esta impone un marco dentro del cual la Administración debe asegurar los intereses generales.

Cuando la Administración construye una carretera, por ejemplo, no lo hace para ejecutar la Ley de Carreteras, sino en virtud de las razones materiales que hacen a dicha carretera conveniente u oportuna en el caso concreto; el objeto de la actuación administrativa no es, pues, ejecutar la Ley, sino servir a los fines generales, lo cual ha de hacerse, no obstante, dentro de los límites de legalidad. [García de Enterría y Fernández, 2002, p.428]

En gran medida la satisfacción del interés público está sujeta a la aplicación de una técnica hermenéutica: la ponderación. Y es que la Administración, en su obligación de satisfacer el interés público, se enfrenta, en muchas ocasiones, a intereses privados contrapuestos, los cuales no pueden desdeñarse sin razón. La ponderación aparece, entonces, como el método de aplicación del ordenamiento jurídico en el Estado social, constitucional y democrático de Derecho, y como criterio exclusivo, no sólo de los jueces, sino de todos los operadores jurídicos, incluida la Administración [Marín, 2007].

La Administración se sujeta al principio, en comienzo, de diversas maneras. En particular, se pueden identificar tres sentidos:

- a) Sentido negativo: la administración encuentra en el interés público un criterio acotante de su actividad. Este se erige como un principio limitador que no permite



que se desborde la actividad administrativa. Funciona como un marco general dentro del cual puede y debe moverse.

- b) Sentido positivo: el interés público sirve como criterio que inspira las acciones de la Administración. Este puede ser el fundamento principal de diversas políticas públicas. Visto así, la Administración no encuentra en él una talanquera, sino una motivación.
- c) Obligación de resultado: funciona así debido a la titularidad que tiene la Administración con respecto a la concreción del interés público y los fines generales del Estado. Pero su obligación no consiste solo en una gestión, sino en una exigencia de resultado.

En síntesis, los principios de interés general y de interés público se erigen como supraprincipios que guían, limitan e impulsan la actividad de la Administración. La discrecionalidad, así, no emerge de la posibilidad de satisfacerlos, o no, sino de cómo se traduce. Es decir, dentro de ese marco constitucional hay cierta libertad para actuar, pero esa libertad nunca supone una negación de la obligación constitucional ya expuesta.

La principal prueba de ello es la causal de revocación directa, de los actos administrativos, contenida en el artículo 93, numeral segundo, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011): “Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él”. Es decir, hoy la norma no se queda en la abstracción del principio, establece que este es de imperiosa necesidad en los actos administrativos, so pena que puedan revocarse siguiendo o tras reglas igualmente reguladas por el Código.

### 1.3 Principio de Legalidad

El principio de legalidad significa la ruptura del Estado absolutista. Autores como García de Enterría y Fernández [2002] aseguran que Derecho y Estado siempre se han encontrado ligados, más allá de las diferencias que surjan entre lo que unos u otros entiendan por Derecho. No obstante, aclaran, hablar de Derecho no necesariamente es hablar de legalidad. Así, al hablar de este principio se estará hablando, como mínimo, de un Estado donde exista una sujeción, por lo menos formal, a la norma jurídica, que se expresa, fundamentalmente, a través de la “ley previa”.

Lo que distingue a unos Estados respecto de otros, tanto en un tiempo dado como en diferentes épocas históricas, no es, pues, que unos reconozcan y otros aborrezcan el ideal de un Estado de Derecho, sino lo que unos y otros entienden por Derecho. [García de Enterría y Fernández, 2002, p.423]

Equiparar los conceptos de Derecho y legalidad implica reconocer la existencia de esta última incluso en el Antiguo Régimen, lo cual resultaría errado toda vez que el Derecho era entendido, entonces, como conjunto de derechos subjetivos y no como legalidad [García de Enterría y Fernández, 2002].

Así las cosas, el panorama denunciado por Cesare Beccaria, en su obra *De los delitos y de las penas*, no escaparía al principio de legalidad, sino a la definición que hoy día conocemos del mismo, toda vez que en el contexto de la obra el concepto de Derecho estaba enmarcado, básicamente, por la voluntad del monarca y de la Iglesia Católica a través de la Santa Inquisición.

Ello, quiere decir que, más allá del concepto de Derecho que pueda asumirse en determinado momento histórico, el principio de legalidad supone, como mínimo, la existencia de sanciones (como las penas) y procedimientos preestablecidos en normas de derecho positivo, situaciones que no existían en el Antiguo Régimen.

Así las cosas, la superación del Antiguo Régimen estableció la supremacía de la Ley como principal fuente de derecho. De manera que los poderes públicos debían responder a esta (el legislativo en menor medida). El principio de legalidad, por su parte, empezó de una forma rígida: solo el legislador podía fijar el alcance de las normas, moderándolas o expandiéndolas.

Al decir de Montesquieu [1906] en *El espíritu de las leyes*: “Ahora bien, los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor” [p.237]. Significa esto que se exige una ley previa, ya que el juez, al no poder crear derecho (solo comunicarlo), únicamente puede expresar lo que dicha ley indica. Se acoge, así, el principio de que “[...] la ley previa es el principio técnico de la separación de poderes” [García de Enterría y Fernández, 2002, p.425].

La rigidez del principio de legalidad se mantuvo mientras la Ley, en sentido formal (la expedida por el Congreso o Parlamento) fue considerada como la principal fuente de derecho, incluso la única, pues los textos constitucionales existentes no instauraban, plenamente, derechos. Estos, por tanto, cobraban valor una vez estuvieran desarrollados por las leyes.

Operaba así el principio de “soberanía parlamentaria” según el cual las leyes expedidas constitucionalmente por el Parlamento se reputaban

necesariamente en obediencia de la Constitución. La supremacía de la ley justificó la decisión de los revolucionarios de prohibir la revisión judicial de los actos del parlamento, actos que eran considerados infalibles desde el punto de vista del respeto a la constitución y de la promoción del bien común. Por así decirlo, la Constitución fundaba el marco político de la República pero no era derecho en sentido técnico, entendido éste como las reglas concretas utilizables por los jueces en la solución de los conflictos particulares [López, 2006, p.29].

Es esta la base principal del sistema de derecho continental. Y resulta curioso que el cambio de paradigma se empiece a gestar desde el *common law*, cuando el principio de soberanía parlamentaria se ve desvirtuado al aceptarse la revisión constitucional de las leyes con el caso, *Marbury vs. Madison*, llevado a cabo por la Corte Suprema de Justicia norteamericana en 1803. El denominado *judicial review* le otorga, entonces, a la Constitución de un Estado la naturaleza de norma de normas y a las leyes, siendo de inferior jerarquía, las somete a los postulados de aquélla.

Este principio termina por perder rigidez con la llegada del constitucionalismo moderno, se sigue erigiendo como base de un Estado de derecho, pero el Derecho ya no es entendido solo como un conjunto de leyes, sino que implica una variedad de normas de distinta naturaleza y forma de aplicación.

Santofimio [2017] no duda en calificar dicho principio como una base del Estado de derecho; afirma que tales conceptos no pueden ser tomados como sinónimos, que, contrario a ello, uno hace las veces de característica del otro, eso sí, no una simple característica,

puesto que hay, entre ambos, una relación inescindible: no puede entenderse el uno sin el otro.

El profesor Santofimio [2017], asimismo, ofrece la siguiente definición del principio de legalidad, en razón del Estado de derecho:

La legalidad entendida como elemento del Estado de derecho no se circunscribe a los estrechos marcos del positivismo legal. En otras palabras, no podemos asimilarla exclusivamente al acatamiento o sometimiento de la ley en sentido estricto. Como lo observamos al desarrollar el concepto de Estado de derecho, la legalidad implica una aproximación al concepto sustancial de derecho, lo que recoge irremediamente la totalidad de normas, principios y valores que inspiran el sistema jurídico.

Para ser más exactos, el principio de legalidad así entendido resulta asimilable al principio del respeto y acatamiento al bloque de legalidad. [p.189]

Este denominado “bloque de legalidad” no puede verse, dentro del sistema de fuentes, únicamente en un sentido formal, sino material, pues no solo comprende las leyes dictadas en el Parlamento, lo que puede verse bajo la figura de la pirámide kelseniana [Morand, 2010].

Durante el Siglo XX se desarrolló una batalla académica que resultó relevante para determinar lo que es el principio de legalidad (pues no basta con decir que este principio exige lo “previo” para materializarse). Dicha batalla la libraron, principalmente, los juristas Hans Kelsen, Herbert Hart y, posteriormente, Ronald Dworkin. No se realizará una extensa y detallada exposición de una discusión sobre la que se ha escrito tanto, pero resulta

necesario, como mínimo, referirse a los asuntos generales más importantes a fin de determinar lo diferente que puede concebirse el principio de legalidad.

Así, para empezar, y en el mismo sentido de García de Enterría y Fernández [2002], para Kelsen hay una identificación entre Derecho (entendido como derecho válido, sea cual sea) y Estado. “Claramente para el autor austriaco no hay dualidad ni oposición posible entre derecho y Estado, en la medida que el primero regula el segundo, y el segundo crea el primero, a la vez que le da coactividad” [Botero, 2014, p.66].

La obra de Kelsen encuentra su núcleo en la llamada Teoría Pura del Derecho, en la que analiza los sistemas jurídicos a partir de la exclusión de cualquier componente político. El autor “[...] considera fundamental eliminar de su teoría toda alusión a los aspectos políticos y morales relacionados con la legitimación de los sistemas jurídicos. [...] no permite legitimar los contenidos de los ordenamientos jurídicos existentes, y tampoco brinda fundamentos para criticarlos” [Bonorino, 2011, p.42]. Kelsen [1986] centra la discusión en la validez de las normas, más allá de la eficacia. Así, más que el cumplimiento de las mismas lo que importa, al sistema, es su forma de producción.

Kelsen [1986] considera el derecho, entonces, como un sistema de normas organizadas de forma jerárquica, donde una superior determina la validez de una inferior, escalando en una forma de pirámide<sup>26</sup>. Así, corresponde fundamentar la validez de todo el sistema en la “primera constitución”. La llamada norma fundante básica es, pues, la norma que escapa a la

---

<sup>26</sup> Aunque debe decirse que la pirámide, como ilustración del esquema de Kelsen, no aparece directamente reflejada en la obra.

regla que exige una norma anterior y superior como fundamento de una posterior e inferior.

Al decir de Kelsen [1986]:

En este sentido, la norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción de derecho, y puede ser designada, en este sentido, como constitución en sentido lógico-jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico-positivo. Es el punto de partida de un proceso: el proceso de la producción del derecho positivo. No es ella misma una norma impuesta por la costumbre, o por el acto de un órgano de derecho; no es una norma impuesta, sino supuesta. [p.206]

El modelo descrito por Kelsen, sin embargo, se centra en las órdenes respaldadas por amenazas. Y aunque describe una estructura organizada de los sistemas jurídicos, se queda corto en cuanto a la variedad de normas que pueden existir y su naturaleza. Es allí donde aparece la obra de H. L. A. Hart, quien asegura que los ordenamientos jurídicos poseen normas de diferentes tipos (primarias y secundarias) y no solo órdenes generales respaldadas por amenazas.

El concepto de órdenes generales respaldadas por amenazas dadas por alguien que generalmente es obedecido, que hemos construido mediante adiciones sucesivas a la situación simple del caso del asaltante, se aproxima obviamente más a una ley penal sancionada por la legislatura de un estado moderno, que a cualquier otra variedad de derecho. Porque hay tipos de normas jurídicas que parecen prima facie muy diferentes de tales leyes penales. [Hart, 1963, p.31]

Hart, por su parte, no pretende centrar la validez de todo el sistema jurídico en una norma hipotética como la *grundnorm* de Kelsen. La regla de reconocimiento no tiene esa posición elevada en una hipotética pirámide normativa, en cambio “[...] posee las propiedades de ser una regla secundaria y la de poder ser vista tanto desde un punto de vista interno como externo” [Bonorino, 2011, p.49].

Hay una constante, con diferencia, entre los dos autores vistos hasta el momento: exponen un sistema compuesto por reglas. Esto es lo que lleva a Ronald Dworkin a formular sus críticas, ya que encuentra que, además de reglas, los sistemas jurídicos poseen principios, que, con una naturaleza distinta, tienen, a su vez, la capacidad para obligar. Esto resulta importante, sobre todo en la solución de los casos difíciles porque “[...] aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo” [Dworkin, 1989, p.146].

Es importante tener en cuenta que cuando Dworkin se refiere a “normas”, en realidad, hace referencia a las reglas, por tanto, ese derecho a ganar un caso se desprende de los principios. Los jueces poseen, así, cierta discrecionalidad en sus decisiones; por ello, en los denominados casos difíciles la respuesta correcta será la mejor argumentada<sup>27</sup>.

En síntesis, Bonorino [2011] explica:

La teoría de Hart (y el positivismo en general) es un modelo que sólo sirve para explicar el funcionamiento de un sistema de reglas. Su apelación a

---

<sup>27</sup> Esa argumentación en la aplicación de los principios encuentra un mejor desarrollo en la obra de Robert Alexy.



una regla de reconocimiento para determinar el contenido de un ordenamiento jurídico, no permite dar cuenta de la pertenencia a ellos de los principios jurídicos. Dworkin considera que para poder explicar esta característica fundamental de los sistemas jurídicos contemporáneos, el positivismo jurídico debe ser abandonado. [p.56]

Expuesta hasta aquí la discusión, y aceptando la tesis de Dworkin<sup>28</sup>, se puede afirmar que los sistemas jurídicos poseen reglas (primarias y secundarias) y principios. Las primeras, con una estructura silogística donde hay un supuesto de hecho y una consecuencia; los segundos, carentes de esta estructura.

Surge en este punto la pregunta: ¿de qué forma pueden aplicarse unas y otros? Para lo cual aparecen dos técnicas jurídicas: la subsunción y la ponderación. La primera técnica está pensada para aplicar reglas y la segunda para aplicar principios. López [2006], afirma que:

La “regla”, por tanto, requeriría aparentemente poca interpretación ya que el juez sólo tendría la obligación de subsumir hechos en la regla para aplicar la consecuencia al caso concreto. Los “principios”, en cambio, parecen ser normas jurídicas en las que, (i) no hay relación de subsunción entre hechos y consecuencias (entre antecedente y consecuente), y (ii) su

---

<sup>28</sup> Aceptar esta tesis resulta apenas sensato toda vez que hoy día es imposible negar la existencia de principios como herramientas jurídicas en las decisiones judiciales. La aplicación directa de las constituciones sobre todo en sede de acción de tutela- es prueba de ello.

contenido se expresa en lenguaje moral y político de ante abstracción sin que, se repite, se especifiquen los casos o consecuencias de su aplicación. [p.33]

Esa abstracción hace necesario hallar una forma de aplicación de los principios. Aparece, así, la obra de Robert Alexy<sup>29</sup>, quien desarrolla la idea de la ponderación. Al no tener los principios contenido un supuesto de hecho la carga argumentativa es más compleja si se compara con las reglas. A partir de la argumentación, entonces, se puede llegar a la respuesta correcta en un caso difícil en los términos de Dworkin [1989].

La siguiente correlación permite identificar las sustanciales diferencias que existen en la aplicación de reglas y principios:

- a) Ejemplo de principio: el artículo 11 de la Constitución Política de Colombia de 1991 establece la inviolabilidad del derecho a la vida, pero no contiene un supuesto de hecho y su consecuencia jurídica.
- b) Ejemplo de regla: el artículo 103 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano) contiene el tipo penal de homicidio, para el que existe el reproche penal sobre la acción de matar y su respectiva pena.

La aplicación del principio de legalidad, acá, funciona de la siguiente manera: el tipo penal de homicidio reprocha la acción de “matar” (verbo rector) y le bastará a un juez hacer

---

<sup>29</sup> La secuencia de la discusión se toma en forma temática y no cronológica.

una subsunción de esa regla general para identificar si en el caso concreto se llevó a cabo dicha acción<sup>30</sup>.

Por otro lado, el derecho a la vida, contenido en el artículo 11, como derecho fundamental no está previsto para un caso concreto. Su abstracción hace que sea imposible realizar una operación de subsunción. Es por ello que al colisionar con otro principio debe hacerse una ponderación que permita determinar cuál debe prevalecer atendiendo al patrón fáctico del caso.

Los principios *a priori* no son jerarquizables<sup>31</sup>. Por ello, en un caso concreto cualquiera puede ser “derrotado”<sup>32</sup>, y así se vuelve a la posición de Dworkin [1989]: la respuesta correcta, como sinónimo de la respuesta mejor argumentada, debe estar orientada siempre con el principio de proporcionalidad, el cual determina en qué medida debe aplicarse o inaplicarse un principio, ya no en abstracto, sino en concreto<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Cabe aclarar que esto es apenas la determinación de la tipicidad de la conducta, ya que esta regla puede enfrentarse a otra regla contenida en el artículo 32 del Código Penal relativa a la legítima defensa. De ella también se subsume una regla y se aplica al caso en concreto, lo cual puede dar como resultado la exclusión de la responsabilidad penal.

<sup>31</sup> Se dice *a priori* porque una norma puede establecer jerarquías en abstracto, como ocurre con la prevalencia de interés superior del menor en la Constitución de 1991: el artículo 44 establece una supremacía de los derechos de los niños en detrimento de los derechos de los adultos.

<sup>32</sup> La derrotabilidad es una característica propia de los principios.

<sup>33</sup> Pero esa no jerarquización de los principios acapara sus propios problemas. Al no haber principios absolutos las decisiones ponderadas están enfrentando igualmente situaciones contrapuestas, pero de igual valor. Esto quiere decir que la argumentación vía ponderación no es concluyente, es decir, no hay objetividad en la aplicación del derecho de esta manera; sin embargo, es posible objetivar los valores cerrando la puerta a

La teoría de los principios, expresada en forma de la tesis de la optimización, ha adquirido un lugar propio en la doctrina, sobre todo al postular su equivalencia con el principio de proporcionalidad. La teoría de los principios implica el principio de proporcionalidad y éste implica aquella.

Que la teoría de los principios implique el principio de proporcionalidad significa que sus tres subprincipios, es decir, los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se siguen lógicamente de ella, o sea, son deducibles de ella en un sentido estricto. Por lo tanto, quien objeta la teoría de los principios tiene también que objetar el principio de proporcionalidad. Como consecuencia, el debate de la teoría de los principios puede formularse como el debate sobre el principio de proporcionalidad [Alexy, 2003, p.101].

Esa forma proporcional de aplicar los principios, como se ha advertido, exige una forma de argumentación distinta, pues no puede predicarse la superioridad de un principio en razón de otro *per se*. “La ley de la ponderación expresa que la optimización en relación con un principio en conflicto no se basa en otro sino en la ponderación” [Alexy, 2010, p.105].

La Corte Constitucional colombiana, con respecto a un principio en particular, en la Sentencia T-588 de 1998 afirmó que:

---

la intromisión de consideraciones morales subjetivas, y la vía para hacerlo es usar todo el material jurídico disponible para dar con el sentido total del ordenamiento [Carrillo De la Ossa, 2009].

La libertad de cátedra no puede pretender para sí un ámbito absoluto a expensas de otros principios y valores constitucionales de la misma jerarquía. Las colisiones entre derechos fundamentales deben resolverse en lo posible mediante fórmulas que concilien el ejercicio de ambos derechos, todo lo cual implica la aceptación de restricciones. [Corte Constitucional, 1998]

La aplicación proporcional, y no absoluta, no solo se predica de la libertad de cátedra, sino de cada uno de los principios que componen el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución Política de 1991. En la Sentencia T-588 de 1998 la Corte Constitucional ni siquiera menciona la palabra “ponderación”, lo cual no es óbice para inferir que se acepta, puesto que este concepto encuadra perfectamente dentro de esas “fórmulas que concilien el ejercicio de ambos derechos”<sup>34</sup>. Además, en decisiones posteriores, como en la sentencia C-1287 de 01, sí se aceptó y se mencionó plenamente.

Así, el papel de la Corte Constitucional, en la aplicación de la ponderación, es explicado por el exmagistrado Cepeda [2008]:

La importancia creciente de la ponderación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se puede apreciar, no solo en términos cuantitativos por la frecuencia de su aplicación, sino principalmente cuando cuatro aspectos cualitativos críticos son puestos de presente: primero, la Corte empezó a hacer uso de la ponderación para diferenciar su argumentación de la de la Corte

---

<sup>34</sup> Tampoco puede decirse que se toma de forma exacta la teoría de Alexy, enmarcada por la “fórmula del peso”, como forma de materializar la ponderación; no obstante, es innegable la influencia de este autor en la decisión de la Corte Constitucional.

Suprema de Justicia, que claramente favorecía el silogismo [...]. Cuarto, la ponderación es el modo de argumentación mayormente aplicado en los “casos difíciles. [p.138]

Ahora, esto no sólo puede predicarse de la actividad judicial. Al aceptar los principios dentro del sistema de fuentes de derecho, y la ponderación como su forma de aplicación, se tiene que llevar la discusión, por extensión, a las decisiones administrativas. Esa forma de ver el principio de legalidad influye directamente en la discrecionalidad de la administración, la cual, al no ser arbitraria, sino reglada, incorpora elementos de la teoría de la ponderación. Y, yendo más allá, la proporcionalidad también tiene como función orientar la actividad del Legislador cuando le corresponde desarrollar los derechos fundamentales en las leyes que promulga [Bernal, 2005]. La ponderación es, así, el método por el cual se aplican las normas constitucionales en el Estado social y democrático de Derecho [Marín, 2007].

Lo anterior quiere decir que la proporcionalidad-ponderación<sup>35</sup> incluye, directamente, una nueva concepción del principio de legalidad. Esta forma de aplicar el derecho es determinante en la actividad de los jueces, los servidores públicos y el legislador, cumple función *ex ante* y *ex post*, por cuanto sirve para la creación de normas y su posterior aplicación. En síntesis, sirve para la creación de reglas generales (normas jurídicas) y la resolución de casos difíciles (decisiones judiciales).

---

<sup>35</sup> Ponderación y proporcionalidad guardan una relación inescindible. No puede entenderse un concepto sin el otro. Por ello, aquí se toman como equivalente, aunque no lo sean plenamente, dependiendo del sentido que se le pueda otorgar al término. Por ejemplo, en Colombia la ponderación es el último paso del desarrollo del principio de proporcionalidad, también es conocido como proporcionalidad *strictu sensu*.

### **1.3.1 Concepto y evolución del principio de legalidad en Colombia**

Con los elementos vistos anteriormente se hace posible trazar una línea de tiempo que muestre la evolución del principio de legalidad en Colombia. Dicha línea, por razones prácticas, empezará con la Constitución de 1886, que marcó los derroteros de la adopción de un sistema de derecho continental donde la ley expedida por el Congreso (ley en sentido formal) aparecía como la principal fuente de derecho. En esta Carta “[...] los derechos fundamentales apenas ocupaban una posición secundaria ya que no eran directamente exigibles ante los jueces” [López, 2006, p.3].

Esto quiere decir que la Constitución de Colombia no era una verdadera norma de cierre, pues los derechos cobraban valor una vez estuvieran desarrollados en las leyes. Podría decirse que dominó un sistema de fuentes kelseniano, por lo menos a finales del Siglo XIX e inicios del Siglo XX, época en la que primaba el principio de soberanía parlamentaria. De hecho, Colombia no podía ni siquiera ser calificado como un Estado constitucional, ya que, en términos de Marín [2007], su constitución no era normativa sino nominal.

El Siglo XX, calificado como el siglo del legislador, vio en la cúspide de la pirámide normativa las leyes formalmente expedidas por el Congreso y los actos del ejecutivo con fuerza de ley autorizados en gran medida, por cierto, por el legislador. El valor del precedente judicial fue tenue, y más allá de las reformas de 1910, sobre la materia, fue dominante un “[...] sistema libre de jurisprudencia meramente indicativa” [López, 2006a, p.29].

Sobre el cambio de paradigma expresa López [2006a], asimismo que:

Este consenso sólo vino a ser alterado a partir del año de 1991 cuando el legislador extraordinario, primero, y la Corte Constitucional, luego, empezaron a insistir en la importancia de un sistema fuerte de jurisprudencia (y no libre o meramente indicativo), por lo menos para el caso de las decisiones emitidas por la jurisdicción constitucional. El aumento del valor de la jurisprudencia constitucional empieza a darse con algunas vacilaciones a partir del año de 1991, desde el mismo comienzo en el que la nueva Constitución empieza a ser implementada. [p.29]

El cambio descrito por el autor estuvo determinado por la expedición de un texto constitucional de una naturaleza muy distinta al de 1886. Así, en primer lugar, el artículo 4 le otorgó el valor de *norma normarum* a la Constitución de 1991, lo que quiere decir que, además de ser una verdadera norma de cierre, podría aplicarse directamente y no en virtud de la aplicación de una ley en sentido formal.

Ahora bien, el punto problemático, con respecto al valor de las fuentes del derecho, derivó del artículo 230 de la Carta, el cual refiere que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial” [República de Colombia, 1991]. Así, de entrada, este artículo deja dos cuestiones importantes:

- a) Pone a la ley como fuente suprema del ordenamiento jurídico, por lo menos para efectos de las decisiones judiciales.
- b) El precedente judicial (enmarcado dentro del concepto de jurisprudencia) queda, sin fuerza vinculante, como un mero criterio auxiliar de la decisión judicial.



Se expone “de entrada” puesto que esta interpretación podría corresponderse solo con un criterio literalista (propio de la teoría de Montesquieu). De utilizarse los métodos sistemático y teleológico de interpretación se llegaría a conclusiones distintas. Así las cosas, la palabra “ley” fue interpretada por la Corte Constitucional en un sentido material y no formal. Esto desembocó en que “ley” no fuera solo la expedida por el Congreso, sino que fuese equivalente al derecho objetivo donde, por supuesto, está incluido el precedente judicial.

La sentencia C-836 de 2011 es, en ese orden de ideas, quizá la más importante en Colombia en cuanto a la determinación del sistema de fuentes del derecho. Con ella, el alcance de la palabra “ley” del artículo 230 Superior se amplió, se redefinió la doctrina probable como parte fundamental en la discusión de la obligatoriedad del precedente de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado y, Sobre la doctrina constitucional:

[L]a Corte hizo una distinción entre *obiter dicta* y *ratio decidendi* con el fin de precisar el concepto de jurisprudencia empleado en el artículo de la Constitución citado – se refiere a las sentencias en general - y el de doctrina utilizado en el artículo del decreto demandado – se refiere al *obiter dicta* -. Se indicó, pues, que la *ratio decidendi*, e inclusive otros fundamentos de la parte motiva que cumplieran ciertas condiciones, eran obligatorios. [Corte Constitucional, 2011]

En la actualidad el valor del precedente judicial es innegable. Por supuesto, corresponde al operador jurídico determinar qué se enmarca dentro de los conceptos *obiter dicta*, jurisprudencia como criterio auxiliar y *ratio decidendi*, así como en el concepto de

“ley”, ya no en un sentido formal (expedida por el congreso) sino material (derecho objetivo), como quedó claro en la decisión reciente de la Sentencia C-284 de 2015, con ponencia de Mauricio González Cuervo.

En sentencias recientes, asimismo, la Corte Constitucional ha hecho apreciaciones valiosas con respecto al precedente. Llama la atención que hace una diferenciación entre “doctrina probable” y “precedente judicial” y no entre “doctrina probable” y “doctrina constitucional”. En la Sentencia C-621 de 2015 se expresó que:

La Corte determinó que la doctrina probable y el precedente judicial, son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad. Encontró que mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión. [Corte Constitucional, 2015]

Pero de las sentencias recientes quizás la más importante es la SU-354 de 2017. Ello, porque en esta se hizo una diferenciación entre los conceptos de precedente horizontal y precedente vertical. Pero, lo más relevante es la forma en que, según la Corte, cada uno resulta vinculante. Dijo la Corporación al respecto que:

Se puede clasificar el precedente en dos categorías: (i) el precedente horizontal, el cual hace referencia a las decisiones proferidas por autoridades del mismo nivel jerárquico o, incluso, por el mismo funcionario; y (ii) el precedente vertical, que se refiere a las decisiones adoptadas por el superior jerárquico o la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia. El precedente horizontal tiene fuerza vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución. Asimismo, el precedente vertical, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, limita la autonomía judicial del juez, en tanto debe respetar la postura del superior, ya sea de las altas cortes o de los tribunales. [Corte Constitucional, 2017]

Aun así, esta fuente no puede verse de una manera estricta ya que identificar el precedente que constituye “ley” en los términos del primer inciso del 230 constitucional no es tan fácil como identificar una ley en sentido formal. Por tanto, corresponde al juez como operador jurídico determinar si el precedente es aplicable o no. Y Para separarse de este deberá aportar razones suficientemente motivadas, lo cual ha sido tratado en reiterada jurisprudencia, como en la Sentencia C-621 de 2015.

Por otro lado, el precedente ha sido tocado y en la ley (en sentido formal). En el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se estableció un recurso denominado “unificación de jurisprudencia” que, por su naturaleza, es de carácter extraordinario y tiene como fines “[...] asegurar la unidad de la interpretación del derecho,

su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida” [República de Colombia, artículo 256, 2011].

Sobre este recurso se han planteado, incluso, discusiones serias. Una de ellas plantea que con este recurso se abre el camino para que se establezca una casación propiamente dicha en materia de lo contencioso-administrativo [Sarmiento, 2011]. Pero ese no sería un fin reconocido de la norma que crea el recurso, sino un fin identificable desde la doctrina. Sobre la finalidad dijo el Consejo de Estado en sentencia C-192 del 16 de agosto de 2016:

[...] este recurso como instrumento de orden y naturaleza judicial, se concibió con el propósito de otorgar prevalencia a las decisiones judiciales proferidas por el Consejo de Estado dentro del ordenamiento jurídico, incluso y bajo ciertos parámetros, catalogándolas casi como fuente de derecho y ello, en razón a la condición de ser expedidas por el órgano de cierre de esta jurisdicción. [Corte Constitucional, 2016]

De todo lo expuesto se puede concluir que la evolución del principio de legalidad, en Colombia, se ha desarrollado en varios aspectos. Uno de los principales es del cambio de paradigma en cuanto al papel del juez dentro del Estado Constitucional (la posición de Montesquieu hoy es inaceptable). Lo mismo ocurre con la administración: no es posible ver a los servidores públicos como máquinas productoras de actos administrativos, sin ninguna capacidad de interpretación sistemática y teleológica.

La aplicación directa de la Constitución supone un cambio trascendental en la materia. El derecho no puede ser materializado solo a través de operaciones silogísticas propias de la

subsunción. Todo ello quiere decir que existe, entonces, un principio de legalidad complejo, un sistema amplio de fuentes formales de derecho que puede ser dividido en dos grandes grupos: el Bloque de Constitucionalidad y el Bloque de Legalidad.

La idea de Bloque de Constitucionalidad es importada del derecho francés y surge a partir de la concepción de una Constitución Político texto inacabado, el cual debe ser completado por el intérprete [Gutiérrez, 2007]. Este puede ser definido como el conjunto de normas que, sin estar necesariamente en la Constitución, poseen el mismo valor que las normas de esta. Aquí se pueden incluir los tratados internacionales sobre derechos humanos que no puedan ser suspendidos en estados de excepción<sup>36</sup>, los derechos fundamentales innominados<sup>37</sup>, los derechos fundamentales nominados que puedan ser exigidos directamente ante los jueces<sup>38</sup>, e incluso las leyes estatutarias como criterios de interpretación en el control de constitucionalidad [Botero, 2006].

---

<sup>36</sup> No todos los tratados internacionales tienen esa característica. Entre los tratados que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad está la Convención Americana de Derechos Humanos y los Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario.

<sup>37</sup> No todos los derechos fundamentales aparecen expresamente consignados en el texto constitucional, algunos se desprenden del espíritu de éste. Catalina Botero Marino [2006] menciona como ejemplos los derechos a la dignidad humana, el mínimo vital o móvil, la seguridad personal y la estabilidad laboral reforzada. Esto se desprende del artículo 94 Superior, que indica que la enunciación de algunos derechos no es sinónimo de la negación de otros.

<sup>38</sup> Esta regla excluye derechos que, aunque aparezcan en el catálogo de la Constitución como fundamentales, no pueden ser exigidos directamente a los jueces como el derecho a la paz, que no puede ser protegido plenamente por un fallo judicial, sino que exige la cooperación de todas las ramas del Estado [Botero, 2006].

El Bloque de Legalidad, por su parte, contiene las demás normas que, sin tener un rango constitucional, son vinculantes. Las leyes expedidas por el Congreso son el ejemplo típico, pero también hay algunos actos de la administración que tienen fuerza de ley, como los decretos autónomos, objeto del presente trabajo de investigación.

En síntesis, el sistema de fuentes colombiano, que determina el principio de legalidad, está conformado por tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, la Constitución Política, los derechos innominados, la doctrina constitucional (*ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Constitucional), la doctrina probable (tres decisiones en un mismo sentido sobre un mismo punto de derecho en fallos de la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado), las leyes expedidas por el Congreso, la costumbre<sup>39</sup>, los actos de la administración con fuerza de ley y la equidad de forma excepcional, por expreso mandato del artículo 117 de la Constitución de 1991, donde se le cede a los particulares parte de la administración de la justicia.

### **1.3.2 Principio de legalidad en materia administrativa**

Visto a grandes rasgos lo que es el principio de legalidad, en términos generales, resulta evidente que cada rama del derecho presenta sus particularidades. Y el Derecho

---

<sup>39</sup> La costumbre *secundum legem* goza de plena validez por expreso mandato de la ley, como es el caso de la costumbre mercantil. La costumbre *praeter legem* también goza de validez en los casos no regulados por el legislador. La costumbre *contra legem*, por su parte, está proscrita del ordenamiento. Un interesante debate sobre el valor de la costumbre puede verse en la sentencia C-224 de 1994 de la Corte Constitucional colombiana, donde se analiza la constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 153 de 1887, el cual establece que “La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”. La Corte interpretó que esa norma es constitucional en forma condicionada, siempre y cuando se entienda “moral cristiana” no como moral religiosa, sino como moral general o moral social.

Administrativo no es la excepción, por lo que corresponde aquí determinar sus particularidades.

Una caracterización básica que sirve como punto de partida es la de Morand [2010]:

El principio de legalidad, que domina toda la teoría de los actos administrativos, significa que la administración está sometida al derecho. La ley, encarnación de la voluntad general, se impone a la administración como ella se impone a los individuos: “Nadie puede ignorar la ley”. La sumisión de la administración al derecho es una garantía de los ciudadanos contra la arbitrariedad, la incoherencia o la ineficacia de la acción administrativa.

[p.259]

El principio de legalidad, a partir de la Revolución Francesa, tuvo como sentido originario ser ‘principio de legalidad de la administración’, pues “[...] la Administración es una creación abstracta del Derecho y no una emanación personal de un soberano y actúa sometida necesariamente a la legalidad, la cual, a su vez es una legalidad objetiva” [García de Enterría y Fernández, 2002, p.426].

Y claro que para los asociados sirve de garantía la sujeción de la administración a la ley, o mejor, al derecho objetivo. Ahora bien, resulta necesario determinar en qué forma se da dicha sujeción. De entrada, se puede advertir que resulta sustancialmente distinta a la que rige para los particulares. La Constitución Política de 1991 establece un régimen de responsabilidad donde los particulares responden por infringir la Carta y la ley y los servidores públicos responden por la omisión o la extralimitación en el ejercicio de las

funciones. Es decir, la administración tiene límites máximos y mínimos para sus actuaciones: una especie de marco sobre el cual puede y debe moverse.

Esto ha permitido a autores como Gómez [2017] fundamentar el Derecho Disciplinario en una supercategoría dogmática que vendría siendo el equivalente al bien jurídico en el Derecho Penal: la relación especial de sujeción que existe entre el Estado y quien ejerce funciones públicas, aun siendo particular por antonomasia.

La sujeción de la Administración a la ley supone, entonces, la existencia de un área de movimiento permitido. Y mientras la regla general para los particulares es la de la permisión de todos los comportamientos que expresamente no estén prohibidos, para los servidores públicos, la regla general indica que no pueden hacer todo aquello que no está prohibido, sino que pueden y deben hacer aquello que está mandado.

Ahora bien, esta regla general no puede verse de forma rígida. La sujeción a la ley permite ciertos espacios de discrecionalidad que no puede confundirse con arbitrariedad. Vale la pena traer a colación un largo aparte de la sentencia C-031 de 1995, que reza:

Así, la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público. [...] No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce



el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades. [Corte Constitucional, 1995]

La denominada “competencia discrecional”, como se ve en la jurisprudencia, no permite a la Administración actuar de cualquier forma: esta es reglada, la ley fija unos límites dentro de los cuales el servidor público puede adoptar decisiones que, si bien no están determinadas de forma exacta por la norma, deben responder a intereses superiores como el interés público o el interés general, así como a fines legítimos del Estado contenidos, principalmente, en el artículo segundo de la Constitución.

Un ámbito donde el principio de legalidad de la administración adquiere matices relevantes es en el denominado poder reglamentario. Así, el poder ejecutivo, en el derecho constitucional moderno, no solo “ejecuta”, también reglamenta algunas materias, siempre que la ley lo autorice<sup>40</sup>. La Administración “[...] es, a la vez, en mayor o menor medida, fuente de normas autónomas” [García de Enterría y Fernández, 2002, p.426], como los decretos autónomos.

---

<sup>40</sup> Aquí se vuelve, necesariamente, a la discrecionalidad reglada que no solo aplica para la toma de decisiones administrativas, sino para la producción de actos administrativos creadores de normas.

El principio de legalidad, con relación al poder reglamentario de la Administración, puede observarse claramente en el desarrollo que ha tenido el artículo 355 de la Constitución Política, el cual constituye la piedra angular de la investigación. A través de decretos autónomos el ejecutivo ha reglamentado la materia, lo que compagina con la teoría de la Administración, no solo como ejecutora, sino como productora de derecho, a su vez secundado por otro derecho: la Constitución directamente, sin necesidad que medie una ley formal.

Otro ámbito de aplicación del principio de legalidad de la administración es en la contratación pública. En esta la ley también se fijan unos límites que, de transgredirse, pueden acarrear, incluso, un reproche penal. La contratación está enmarcada, además, dentro de normas de tipo legal (formal) a normas de carácter constitucional. Los fines del Estado aparecen como faro guía en materia de contratación. Sobre este asunto menciona Santofimio [2004] que:

En este contexto, analizar el principio de legalidad del contrato estatal conlleva una implicación práctica, cual es la de sujetar, siempre y en todos los casos, la autonomía de la voluntad al interés general. En otras palabras, la legalidad propia del contrato en el derecho privado, cuando se refiere al contrato estatal, encuentra un condicionante superior, inmodificable, como es el del interés general. [p.115]

Puede evidenciarse que en los distintos radios de acción que tiene la Administración existe una sujeción especial con la ley. Por supuesto, la legalidad en este sentido debe verse como se explicó anteriormente (de forma material), toda vez que el sistema de fuentes

completo incluye, limita y dota de fuerza los actos propios de la administración. La relación especial de sujeción, fundamento de la responsabilidad disciplinaria, está presente tanto en los asuntos sancionatorios como en los reglamentarios y, también, en materia contractual.

Incluso Kelsen [1986] llega a equiparar el papel de la Administración con el de los tribunales (más allá que la organización de ambos sea distinta): concretar las leyes. Claro está, en su ‘Teoría pura del derecho’ esa actividad de la Administración, obviamente, debe estar secundada por una norma superior, que viene a ser la que dota de validez al acto. No dista mucho, entonces, por lo menos en Kelsen [1986], la naturaleza jurídica de la sanción disciplinaria de la sanción judicial<sup>41</sup>.

En resumen (y volviendo a dos autores citados ampliamente en esta investigación) se puede definir el principio de legalidad de la administración de la siguiente manera:

El principio de legalidad de la Administración [...] se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente los límites [...]. Toda acción administrativa se nos presenta así como el ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades de la Administración no puede actuar, simplemente. [García de Enterría y Fernández, 2002, p.433]

---

<sup>41</sup> Sobre el particular se puede consultar lo tratado anteriormente sobre el “bloque de legalidad”, en especial lo referente al aporte de Morand.

En términos generales, el principio de legalidad, en la Administración, tiene el mismo efecto que se explicó respecto al principio de interés público. De hecho, este último principio puede enmarcarse dentro del principio de legalidad ya que este incluye el grueso de normas y principios jurídicos aplicables. Por tal razón, puede afirmarse que así como inspira y avala la actuación administrativa, aun su forma discrecional, también la limita y la racionaliza.

### **1.3.3 Control judicial de los actos de la Administración**

Uno de los aspectos más relevantes sobre la forma en que opera el principio de legalidad en la Administración es el control judicial que se hace de los actos administrativos, sobre los que se ha establecido, antaño, una presunción de legalidad, por lo que los actos resultan vinculantes [según el alcance que tengan] hasta tanto no sean declarados nulos por un juez.

Las codificaciones colombianas resumen esto cuando regulan la “pérdida de ejecutoria”, la cual se da en varios supuestos. En el Decreto 01 de 1984 se estableció la obligatoriedad del cumplimiento de los actos administrativos en el artículo 66, donde se manifestó que debían cumplirse hasta tanto no fuesen anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se consagró, prácticamente, lo mismo, pero se limitó la suspensión provisional (como pérdida de la fuerza de ejecutoria) también a la jurisdicción de lo contencioso administrativo<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> El Decreto 01 de 1984 solo mencionaba “suspensión provisional”, sin establecer la jurisdicción.

En la codificación vigente existen los llamados “medios de control”, antes de la mencionada Ley, llamados acciones contenciosas, por los cuales los ciudadanos pueden controlar los actos de la administración. Estos medios son de diferente naturaleza: nulidad por inconstitucionalidad, control inmediato de legalidad, nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, nulidad electoral, reparación directa, entre otros.

Sin duda alguna esta es una ruptura del principio monárquico por el cual los actos de la administración son acordes al derecho *per se*. Y, si bien existe una presunción, esta es de tipo legal, por lo cual admite prueba en contrario. Significa que hay un empoderamiento de la ciudadanía, lo cual contribuye a la satisfacción del principio de legalidad, enmarcado esto por una clara división del poder público donde unos controlan a otros.

#### **1.3.4 Decretos autónomos**

##### ***1.3.4.1 Concepto y características de los decretos autónomos***

Se puede ofrecer una definición inicial para luego ir perfilando el debate en torno a los decretos autónomos: aquellos de contenido legislativo que expide el ejecutivo cumpliendo directamente con una potestad constitucional.

De aquí se puede extraer, por lo menos, dos elementos básicos para analizar y entender la noción. El primero de ellos es la calidad del sujeto activo que produce la norma: el Ejecutivo, en cabeza del Presidente de la República. Esto muestra de entrada que hay una

cierta flexibilización de la división tripartita del poder público, incompatible con el modelo de Estado<sup>43</sup>.

El Ejecutivo, o bien sea la Administración, como se vio en la discusión sobre el principio de legalidad en materia administrativa, no es solo una rama del poder público limitada a la ejecución de las normas jurídicas y los fines del Estado, también es productora de normas autónomas que permiten concretar el contenido de la ley material o el derecho objetivo. Es la llamada potestad reglamentaria<sup>44</sup>, la cual está sometida, a su vez, a otras normas jurídicas, e rango legal o constitucional.

El otro elemento básico es la derivación de la potestad reglamentaria directamente del texto constitucional. Esto hace especial al decreto autónomo porque no es el legislador quien otorga la facultad, es el constituyente. Esto significa que no se exige una ley previa que autorice al Presidente a regular la materia.

La Corte Constitucional en la sentencia C-021 de 1993 hizo la siguiente apreciación al respecto:

---

<sup>43</sup> Otro ejemplo de flexibilización del principio de división tripartita del poder público es de los estados de excepción. En ellos el Ejecutivo adquiere potestades legislativas y también profiere decretos sobre materias que naturalmente son competencia del Congreso. En este caso son “decretos legislativos”.

<sup>44</sup> Si el concepto de potestad reglamentaria se toma en sentido estricto (como concreción y reglamentación de la ley en sentido formal), los decretos autónomos no sería un ejemplo de la misma. Pero si se toma en un sentido amplio (concreción y reglamentación de la ley material), sí lo serían. Así, los diferentes tipos de decretos podrían verse, de acuerdo a su naturaleza, como formas de materialización de la facultad o potestad reglamentaria.

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. [Corte Constitucional, 1993]

Cabe resaltar que estos decretos no le disputan a la ley su validez, es decir, no limitan la potestad de configuración legislativa que tiene el Congreso de la República en cada una de sus cámaras. Es importante afirmar que el Congreso no puede usurpar la facultad que tiene el Gobierno en la materia, ya que es de naturaleza constitucional. Mutis y Quintero [2000] manejan la tesis que el Legislativo puede hacer remisión normativa aduciendo que determinada materia se rige por el artículo 355 Constitucional, y los decretos que lo desarrollan, pero no puede modificar, derogar y subrogar las normas.

Las principales características de dichos decretos son:

- Dictados por el Ejecutivo en cabeza del Presidente.
- Potestad expresa de la Constitución Política.
- No exigencia de ley previa que otorgue o confirme la facultad para expedirlo.
- De contenido legislativo.

- Revisión constitucional por vía de acción de nulidad por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado.
- ¿De rango legal?

El rango de estos decretos es una discusión abierta. Es más, la naturaleza de los mismos no es algo pacífico en la doctrina colombiana. Bonilla, Otero y De Zubiría [2016] realizan una exposición sobre los puntos más conflictivos. Destacan, así, por ejemplo, que si bien son de contenido legislativo su control constitucional no está sometido a la jurisdicción constitucional, sino a la contencioso-administrativa. Esto quiere decir que en su contenido son de un tipo (decretos de contenido legislativo) y en su control, de otro tipo (decretos reglamentarios).

Si se quiere hacer una clasificación taxonómica de los distintos actos de la administración que crean normas jurídicas no habría problemas en cuanto a los decretos reglamentarios, los de ley o los legislativos. Sobre esos la discusión no es tan amplia. En cambio, al tratar de ubicar a los decretos autónomos se presentan problemas. Por eso se ha llegado a calificar esta potestad del Presidente de la República como una potestad *sui generis*.

Bonilla, Otero y De Zubiría [2016] concluyen lo siguiente:

De esto se deriva la posible conclusión de considerar que los decretos autónomos, que revisten de características de actos de contenido administrativo y de contenido legislativo a la vez, al no ser ninguno de los dos, o los dos al mismo tiempo, se convierten en un ambiguo, o una situación



sui generis entre el resto de los decretos que a continuación habrán de presentarse. [p.109]

En Colombia la situación se presenta en particular con respecto al artículo 355 de la Constitución de 1991. Esta norma, que ya ha sido tratada, finaliza sentenciando que “El Gobierno Nacional reglamentará la materia”. Esto significa que la misma Carta le otorga la potestad al Presidente. El texto es muy simple y de él se puede derivar claramente una conclusión: la reglamentación que hará el Gobierno no está supeditada al cumplimiento de una ley. Por eso, en su momento se dijo que esto desdibuja un poco la división tripartita del poder, ya que no se trata de una potestad otorgada por el Legislador, como titular de la configuración legislativa, sino una otorgada directamente por el constituyente<sup>45</sup>.

A partir de esta potestad conferida al Gobierno se han proferido sendos decretos autónomos<sup>46</sup>:

---

<sup>45</sup> Hay que resaltar que aquí se habla de constituyente primario, ya que existe otra discusión sobre los decretos expedidos en facultades contenidas en Actos Legislativos, es decir, como ejercicio de facultades del constituyente secundario. Sobre el asunto se puede consultar: Urrego Ortiz, F. [2005]. Control de constitucionalidad de los decretos expedidos con fundamento en facultades otorgadas en actos legislativos - De cómo se pretendía eludir su revisión de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional. Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 7(2): 124-146, julio-diciembre de 2005.

<sup>46</sup> No se pretende aquí analizar detalladamente el contenido de cada decreto ya que eso se irá haciendo en el curso de la investigación. Solo se quiere mostrar parte del contenido y ver cómo el Gobierno Nacional ha creado normas autónomas sin que medie una ley que otorgue la potestad reglamentaria.

- El Decreto 777 del 18 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” [República de Colombia, 1992].

Esta norma estableció requisitos formales para la celebración de los contratos, como la necesidad que sean escritos y la aprobación del Consejo de Ministros en determinados casos, dependiendo de la cuantía. También definió lo que, para efectos de la contratación, debe entenderse por idoneidad. Fijó, a su vez, algunas exclusiones para estos contratos, además de someterlos a los planes propios del Conpes.

- El Decreto 1403 del 26 de agosto de 1992, “por el cual se modifica el Decreto 0777 de 1992” [República de Colombia, 1992].

Este Decreto fue expedido tan solo unos meses después del Decreto 777. En él se modificó el número de situaciones donde es necesaria la aprobación del Consejo de Ministros, se pasó de exigirse solo en los casos de contratos de la Nación y establecimientos públicos de orden nacional, a exigirse, también, para las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

- El Decreto 092 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 segundo del artículo 355 de la Constitución Política” [República de Colombia, 2017]

Hay que empezar diciendo que este Decreto unificó las normas de contratación, con relación al artículo 355 de la Constitución, al derogar, expresamente, a través de su artículo 11, los Decretos 777 y 1043 de 1992. En este Decreto el Gobierno Nacional

amplió sustancialmente el concepto de “reconocida idoneidad”, requisito *sine qua nom* para la celebración de los contratos de interés público.

***1.3.4.2 Concepto de idoneidad en los decretos autónomos del Gobierno Nacional en virtud de la facultad otorgada por el artículo 355 de la Constitución Colombiana***

La idoneidad es definida por la Real Academia Española [s.f.] como la “[...] cualidad de idóneo”, e idóneo es definido como “adecuado o apropiado para algo”. Estas definiciones dejan entrever que al exigirse idoneidad se está pensando en la mejor opción posible para desempeñar determinada tarea. Claro está, no siempre es fácil identificar cuál es esa “mejor opción posible”.

En la materia que nos ocupa la idoneidad desarrolla un papel importante. Los primeros decretos autónomos que desarrollaron el tema aportaron conceptos muy simples de idoneidad. En el Decreto 777 de 1992, artículo 1, inciso 3 se consignó que:

Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acrediten la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La autoridad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado. [República de Colombia, 1992]

Dicho decreto fue modificado, meses después, por el Decreto 1403 de 1992, pero sobre la idoneidad para contratar prácticamente no hubo ningún cambio. Simplemente se cambió la palabra “autoridad” por “entidad”, lo cual era apenas necesario entendiendo que no todas las entidades pueden contratar con fundamento en el artículo 355 superior colombiano tienen

el carácter de autoridad. Además de eso, la simplicidad de la norma redujo el concepto de idoneidad al de experiencia. Mutis y Quintero [2000] comentan, al respecto, que “[...] para este caso el gobierno equipara idoneidad con experiencia, visión que es a nuestro parecer bastante parcial con relación a lo que el concepto de idoneidad suele comprender” [p.572].

Sin embargo, tan solo hasta 2017 pudo obtenerse del gobierno una regulación, más o menos amplia, del concepto de idoneidad para efectos de la contratación con personas de derecho privado sin ánimo de lucro. Veámoslo por partes: el inciso primero del artículo tercero del Decreto 092 de 2017 estableció lo siguiente:

La entidad sin ánimo de lucro es 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 entidad sin ánimo de lucro le deberá permitir a esta desarrollar el objeto del de Contratación que adelantará la Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal.  
[República de Colombia, 2017]

Esta primera parte incorpora un cambio trascendental, pues ya no se equipara idoneidad con experiencia. La idoneidad pasa a ser parte del objeto estatutario, es decir, del fin por el cual se ha creado la persona de derecho privado sin ánimo de lucro. Esto indica que debe haber una concordancia entre el interés del particular y el interés de la entidad, bien sea el objeto estatutario, y el objeto del contrato en específico.

Al observar lo anterior se hace necesario señalar que no es posible desprenderse de la experiencia como elemento para considerar la idoneidad, por cuanto, si bien el objeto de la ESAL ha de estar acorde con el objeto a contratar, también se requiere de la experiencia relacionada con lo que se pretende contratar, toda vez que en la realidad los objetos de las empresas, y las entidades sin ánimo de lucro, resultan ser muy amplios para poder acceder a la contratación de manera menos restringida.

Por otro lado, el segundo inciso del artículo tercero del Decreto 092 de 2017 establece:

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 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 mejores prácticas en materia de prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés. [República de Colombia, 2017]

Lo primero que se observa, de esta segunda parte, es que el Gobierno ahora exige una especie de pliego de condiciones con determinadas características, lo que implica otro criterio de selección; además, la persona de derecho privado sin ánimo de lucro deberá acreditar condiciones que deriven de la naturaleza del contrato específico, o sea, un criterio más concreto que el del objeto estatutario.

Pero lo más importante que incorpora esta norma es la remisión normativa que hace a la guía la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Esta remisión otorga una competencia expresa a una Agencia Nacional, lo cual permite ir actualizando las normas de contratación sin que la base fundamental (el decreto autónomo) tenga que ser cambiado. Es decir, se otorgó una potestad reglamentaria en la materia<sup>47</sup>.

Esta norma tiene muchas ventajas: en primer lugar, supera ese criterio de la experiencia, que se puede seguir usando, pero ya no es el principal. En segundo lugar, permite que se exijan características especiales para desarrollar determinado contrato, más allá del objeto por el cual fue creada. Y, en tercer lugar, permite dinamizar los criterios de contratación pública del artículo 355 de la Constitución Política.

Por otro lado, también hay que decir que esa remisión normativa abre la puerta para la aplicación de medidas restrictivas. Es decir que, aunque el Gobierno tiene buenas intenciones y la dinamización de la contratación es apenas necesaria, también es posible que la guía que expida la Agencia Nacional no sea lo suficientemente garantista en términos de transparencia y selección objetiva. Empero, esto es solo un supuesto; la solución pasa por ejercer vigilancia sobre las normas que se creen a futuro.

Por supuesto estas normas (tanto el Decreto como la Guía) son espacios donde se materializa la discrecionalidad administrativa, ya que no es posible derivar de las mismas

---

<sup>47</sup> Este punto merece especial atención por cuanto, si bien no es objeto de este trabajo, preocupa que pueda existir una competencia otorgada a una entidad del Estado en un tema que reglamenta la propia constitución y no otorga al Ejecutivo una potestad delegataria reglamentaria en otro o mejor derivada.

todos los criterios para que sea solo una persona de derecho privado sin ánimo de lucro la merecedora del contrato.

Pero este espacio discrecional no puede traducirse en la posibilidad para que se dé una escogencia caprichosa. Si bien es posible que haya más de una persona de derecho privado sin ánimo de lucro que cumpla con los requisitos, tanto del Decreto como de la guía, es deber de la Administración contratar con la que sea “más idónea”. La idoneidad no puede medirse cuantitativamente, como con el criterio de la experiencia, pero sí cualitativamente, y la piedra angular aquí es un principio del que se ha hablado: el de interés público. Así, la escogencia del contratista debe estar orientada por la máxima satisfacción posible del interés público, por lo cual, más allá que no haya un procedimiento específico para determinar esto, la Administración puede, incluso debe, exigir que cada aspirante demuestre la capacidad para cumplir con este supraprincipio constitucional.

No es posible hacer una selección absolutamente objetiva, sobre todo porque siempre habrá campo para la discrecionalidad, con todo, sí puede objetivarse la cuestión, exigiendo que en materia de contratación no solo se apliquen las normas especialmente diseñadas para la materia sino todo el ordenamiento, privilegiando así una interpretación sistemática.

#### ***1.3.4.3 Propuesta de flexibilización del requisito de la idoneidad***

La idoneidad es un requisito *sine qua nom* para el tipo de contratación que se ha venido describiendo, lo que es acertado, toda vez que el Estado debe procurar que el objeto de la contratación se lleve a cabo de la mejor manera posible. Ahora bien, la realidad social tiene

algunas particularidades que conllevan a que se haga necesaria la flexibilización de dicho requisito.

Entendiendo que los programas a desarrollar son de interés público, la importancia de dicha contratación es indudable, por cuanto, en algunos casos, el objeto del programa no se está desarrollando adecuadamente y no existen, tampoco, las condiciones para que haya un cambio de persona de derecho privado sin ánimo de lucro en la prestación de determinado servicio. Así, se hace necesario prescindir un poco de la idoneidad con el fin que se satisfagan otros fines constitucionales legítimos.

Es el caso de entidades como hospitales, que pueden estar en crisis, sin que ello sea un impedimento para que el Estado haga sus aportes y contrate con estos. Es decir, aunque no esté siendo idóneo en el momento de la contratación podría serlo después. Aquí hay entonces dos situaciones contrapuestas: (i) la falta de idoneidad por un lado y (ii) la importancia del servicio que se presta por el otro.

La solución está en hacer un juicio de ponderación para identificar en qué medida se puede satisfacer al máximo el postulado de contratación incorporado por el artículo 355 de la carta magna colombiana y otros fines constitucionales legítimos. Si se sacrifica un poco la idoneidad, por ejemplo, creando condiciones para la mejoría futura, puede ayudarse a superar la crisis de entidades que prestan servicios fundamentales a la comunidad. Esto quiere decir que el juicio de idoneidad deja de ser *ex ante* y pasa a ser *ex post*. Así, le correspondería al Estado intervenir las entidades para que sean idóneas a futuro.



Esto encuentra fundamento constitucional en toda la teoría de la especial protección constitucional. Hay sujetos que por sus especiales condiciones merecen mayor protección: menores de edad, mujeres embarazadas, ancianos, enfermos de sida, entre otras poblaciones vulnerables.

En concreto, si el interés público es el supraprincipio que orienta esta forma de contratación, la flexibilización del requisito de idoneidad se justifica en que, en determinadas situaciones, aplicar de forma estricta la regla, en lugar de satisfacer el interés público, lo sacrifica y reduce. No obstante, no puede prescindirse de la idoneidad, al contrario, debe garantizarse a partir de la intervención del Estado.

#### **1.4 Conclusiones**

En este primer capítulo se trataron temas de diversa naturaleza, por lo que resulta imposible hacer conclusiones de forma genérica. Por ello, se hará una conclusión de cada tema tratado: (i) las donaciones en la historia, en especial la historia de Colombia, (ii) los principios de interés general e interés público; y (iii) el principio de legalidad y su influencia en la Administración.

Sobre el tema de las donaciones en la historia, lo primero que puede concluirse es que no son un asunto contemporáneo (incluso la Biblia da cuenta de relaciones entre un Dios donante y un pueblo donatario).

En cuanto a la historia en Colombia, específicamente la que data de la época del derecho indiano, no cabe duda que las donaciones, que tuvieron como característica principal el sustento teológico (sin que mediara lo jurídico), jugaron un papel muy importante en el

proyecto de colonización. Así, a través de una bula papal obtuvieron los españoles la posesión de las tierras americanas descubiertas y por descubrir.

De manera que ordenamiento territorial y el sustento de la iglesia Católica a través del *Patronato Regio* se basaron en donaciones y las mercedes otorgadas por el Rey permitieron que se poblaran las Américas. Pero, tal vez, la muestra de donación más grande en el derecho indiano fue la encomienda: no solo se regalaban tierras, sino personas [indígenas] con el fin de obtener protección de los españoles encomenderos, lo cual no fue más que una máscara para encubrir una política de dominación colonial.

La llegada del constitucionalismo a Colombia [por lo menos de forma nominal] también incorporó normas relativas a la donación. Las primeras constituciones tuvieron la misma constante: el sustento de la religión a través de recursos del Estado, lo cual, puede concluirse, no es más que una herencia propia del derecho indiano. Quizá la constitución más garantista de la primera década del constitucionalismo [1811-1821] fue la de Mariquita de 1815, en la cual se asumió un compromiso con la ciudadanía: otorgar trabajo u otorgar sustento cuando se tuviera la capacidad de trabajar.

Con la llegada de la Constitución conservadora de 1886 sucede algo importante: la consagración de los llamados auxilios parlamentarios, dirigidos a personas y empresas dignas de estímulo, vigentes por más de un siglo y potenciados por la reforma constitucional de 1968, liderada por Carlos Lleras Restrepo. Auxilios que sirvieron para mantener las costosas campañas políticas. Por tal motivo, en la discusión de la Constituyente de 1991 parecía un tema ya entendido que no necesitaba mucha discusión: los auxilios debían ser proscritos del orden superior colombiano.

Una conclusión inmediata en relación a la Constitución de 1991 es que los auxilios parlamentarios fueron prohibidos por el artículo 355, donde se prohibieron las donaciones a particulares, permitiendo, de todos modos, la celebración de contratos con personas de derecho privado sin ánimo de lucro. Esto fue una racionalización de lo que ocurría con los auxilios.

A pesar de todo el esfuerzo, tal situación no ha sido fácil: los distintos gobiernos han manejado recursos de forma muy parecida a como se hacía con los auxilios parlamentarios: fondos de cofinanciación, auxilios regionales, cupos indicativos, partidas regionales y hasta “mermelada”. Todos estos sin la naturaleza de los auxilios anteriores, pero con el mismo efecto: aumentar el caudal político en las regiones, como ha ocurrido con parlamentarios como Musa Besaile y Bernardo Elías en Córdoba.

Pasando a otro tema, se concluye que los conceptos de interés general e interés público resultan complejos de definición, pues, de entrada, no es posible dar un concepto concluyente, sólo una aproximación. Ambos conceptos, eso sí, vienen enmarcados por la adopción de un modelo de Estado social de derecho a partir de la Constitución de 1991.

Se puede concluir, no obstante, y sin que sea de forma concluyente, que el interés general es un concepto mucho más amplio, sobre el que se cimienta todo el Estado por expreso mandato del texto constitucional. El interés público hace referencia más a intereses propios de la Administración. Ambos pueden confluir sin problemas, y más si se considera al interés general como el género y al interés público como la especie. Eso sí, al ser parte de los conceptos jurídicos indeterminados, corresponde otorgarle contenido en los casos concretos, por lo que el concepto adquiere una naturaleza dinámica y no estática.

Por supuesto la Constitución se erige como el fundamento de los programas de interés público, concepto dinámico que puede verse reflejado en el texto constitucional al observar una multiplicidad de normas de diferente naturaleza que se basan en el mismo. Es por eso que, como se dijo, corresponde al operador jurídico dotar de contenido al concepto en cada caso concreto.

La Administración es uno de esos operadores, y quizá el que más tenga esa responsabilidad. Estos principios limitan la actividad puesto que imponen un marco de acción; pero inspiran, asimismo, la actividad administrativa por hallarse en ella la titularidad de la satisfacción del interés público.

Sobre el último tema tratado (el principio de legalidad), se concluye, en primer lugar, que la evolución del principio ha sido evidente. Contando desde la Revolución Francesa, se ha podido observar cómo el sistema de fuentes del derecho se ha ampliado y reforzado. En Colombia se acogió, inicialmente, a la ley en sentido formal, como la fuente de derecho por antonomasia, pero tal concepción empezó a ser minada por los avances en materia de precedente judicial, derivado, obviamente, de los avances norteamericanos que empezaron con el caso *Marbury vs Madison*, cuando se empezó a poner a prueba la soberanía parlamentaria.

La Constitución de 1991 cambió trascendentalmente el principio de legalidad en Colombia. Ya no se habla de ley en sentido formal sino material: bloque de constitucionalidad, constitución, doctrina constitucional, leyes, doctrina legal, decretos autónomos, equidad, costumbre componen el sistema de fuentes. Y esto influye directamente en la Administración: sus actuaciones deben estar sujetas al derecho visto en su integridad.

Una de las fuentes más especiales es el decreto autónomo, pues es muestra de la flexibilización del principio de división tripartida del poder público, puesto que el Gobierno desarrolla autónomamente una competencia otorgada por la Constitución. Entre esos están los decretos 777 y 1403, dos decretos de 1992 y el Decreto 092 de 2017.

En este último se ha desarrollado de manera más amplia el artículo 355 de la Carta. En cuanto al tema de la idoneidad se han incorporado cambios importantes: la no equiparación con el concepto de experiencia y la remisión normativa a la guía de contratación de Colombia Compra Eficiente, que crean un marco jurídico más amplio para determinar la idoneidad de las personas de derecho privado sin ánimo de lucro que van a contratar con el Estado.

Por último, se concluye que es necesaria una flexibilización del requisito de la idoneidad puesto que así, de forma ponderada, es posible satisfacer otros fines constitucionales legítimos. Esto hace necesario que, como se mencionó, el juicio de idoneidad se haga *ex post* y no *ex ante*, creando el Estado para el futuro las condiciones para que las entidades en crisis sí puedan ser idóneas.

## **Capítulo 2. Actividad Negocial y Convencional del Estado**

El presente capítulo discurre sobre aspectos generales de la celebración de los contratos de interés público, en virtud del artículo 355 de la Constitución Política de 1991, y su desarrollo normativo y reglamentario, representado por el Decreto 092 de 2017 y la Guía para la Contratación con Entidades Privadas sin Ánimo de Lucro y de Reconocida Idoneidad (en adelante “la Guía”) expedida por Colombia Compra Eficiente.

Así, para empezar, se abordarán el marco general del poder negocial del Estado y su carácter restringido enfocado en la teoría del negocio jurídico, la teoría del Estado y la teoría del Estado contratante, respectivamente, y temas más específicos relacionados con el asunto de la contratación pública, como los principios que la orientan.

Dichos principios serán analizados desde una perspectiva doctrinal (haciendo la menor mención posible de la Ley 80 de 1993 puesto que la investigación se centra en el artículo 355 constitucional) para develar la forma en que se aplican en materia de contratos de interés público.

También se abordará el tema del convenio interadministrativo y el poder negocial puesto que aquí se entiende de manera distinta en tanto hay dos entidades estatales celebrando un convenio. Corresponderá diferenciarlos de los actos administrativos complejos y colectivos.

Finalmente se explicará la naturaleza de los convenios administrativos, los cuales se diferencian de los contratos administrativos y de los convenios interadministrativos. Las precisiones conceptuales serán importantes en esta parte de la investigación.

## **2.1 Marco General del Poder Negocial del Estado y su Carácter Restringido**

La contratación pública es un asunto problemático en cualquier Estado, prueba de ello es la multiplicidad de normas que se expiden para que esta se lleve a cabo. En el caso

colombiano, por ejemplo, el mal llamado Estatuto General de contratación<sup>48</sup> ha sufrido una gran cantidad de modificaciones, a través de la Ley 1150 de 2007 y de la reciente Ley 1882 de 2018, que introdujeron normas relativas a la contratación, la infraestructura y las alianzas público privadas.

La complejidad del Estado, en gran medida, determina la confusión de la contratación. No resulta fácil poner en marcha todo el aparato estatal sin que se contraten asuntos fundamentales como la prestación de servicios, el suministro de bienes, la construcción de infraestructura para satisfacer las necesidades que la sociedad demanda en procura del desarrollo y el crecimiento económico del país.

Entender dicha complejidad es el camino para plantear uno de los temas más problemáticos: el poder negocial de las partes en la contratación pública, que presenta, a su vez, dos problemas, ajenos a la teoría del derecho privado, a saber:

- La diferencia entre las partes: el Estado tiene un poder inmensamente superior al de cualquier particular con el que se vaya a contratar. O, por lo menos, esta es la regla general, ya que puede darse el caso de que algunas multinacionales tengan un poder similar<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Se puede decir que es un “mal llamado” Estatuto General porque en Colombia hay muchos regímenes especiales. La tendencia es plantear regulaciones especiales para los diferentes ámbitos de contratación. Por ejemplo, contratos con empresas de servicios públicos, contratación para ciencia y tecnología, contratación de empresas industriales y comerciales, la contratación del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, entre otros.

<sup>49</sup> En Colombia, y en varios países de América, se ha venido hablando de la multinacional Odebrecht como cabeza de una red de sobornos para obtener contratación. Ver al respecto: Revista Semana. [2017]. Lo

- El tipo de obligaciones que asume el Estado al momento de contratar: además de no hacerse gratuitamente ni por simples intereses económicos (las utilidades no influyen en la contratación estatal, vista desde los entes públicos), son los fines superiores constitucionales los que guían esta actividad y, por ende, sus obligaciones deben estar acorde con ellos.

De modo que para entender lo que compone el poder negocial de las partes en la contratación pública se requiere del análisis de varios subtemas. Por tal razón, en este capítulo se explicará la teoría del negocio jurídico y del contrato incorporando, por supuesto, elementos del derecho privado (lo que permitirá más adelante hacer diferenciaciones con el contrato administrativo o estatal y el contrato de interés público del artículo 375 de la Constitución Política Colombiana).

Asimismo, se analizará el concepto de Estado y su personalidad jurídica, encargada de otorgar el poder para contratar. Posteriormente, se determinará la forma en que los principios constitucionales sirven de fundamento y límite para las actuaciones del Estado y, en particular, para la contratación estatal.

Sentadas las bases, se podrá entrar a definir en concreto el tema del poder negocial de las partes, para luego hacer énfasis en algunas figuras contractuales aplicables en Colombia como el convenio interadministrativo y los convenios de la administración.

---

que debe saber del escándalo de corrupción de Odebrecht. Disponible en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/odebrecht-escandalo-de-corrupcion/513209>



### 2.1.1 Teoría del negocio jurídico y del contrato

Teoría pensada, fundamentalmente, desde el derecho privado; razón por la cual la mayoría de sus aportes están encaminados a definir la forma en que opera el contrato entre particulares<sup>50</sup>.

En esa medida, la primera cuestión que hay que plantear es si el negocio jurídico es una rama del acto jurídico, particularmente, un acto bilateral. Sobre el asunto manifiesta Cubides [2012]:

El acto jurídico suele presentarse por los autores como un “negocio jurídico”. Sin embargo, esta expresión no traduce exactamente el concepto del acto como género, puesto que al sugerir la palabra “negocio” la intervención de dos o más personas no sería sistemáticamente aconsejable aplicarla al acto unilateral. Preferimos nosotros por eso que la expresión “negocio jurídico” traduzca “contrato”; en este caso sí se realiza el concurso propiamente dicho de voluntades en orden a la producción de obligaciones civiles. [p.176]

Así, mientras el negocio jurídico y el contrato se encuentran identificados, no sucede lo mismo con el negocio y el acto jurídico. Ello, se debe a que el término “negocio” refiere, necesariamente, a una manifestación plural de voluntades; de manera que al igualarlo con el

---

<sup>50</sup> Esto permitirá comprender, más adelante, cómo operan los acuerdos de voluntades en el derecho administrativo.

acto se estaría diciendo que una declaración unilateral puede configurar un negocio, aunque aquella produzca obligaciones, lo cual, si se parte del buen uso del lenguaje, resulta inadmisibile.

En síntesis, cuando se use la expresión “negocio jurídico”, indefectiblemente, se hará alusión al contrato [Valencia y Ortiz, 2015], entendido este como una rama del acto jurídico, concretamente, del acto bilateral<sup>51</sup>.

Otro problema de la teoría del negocio jurídico y del contrato surge de la definición otorgada por el Código Civil Colombiano [1887]<sup>52</sup>, en su artículo 1495, que reza: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer

---

<sup>51</sup> Para que quede más claro: lo que no se comparte es la pretensión de equivalencia que algunos autores le dan a los conceptos de “negocio” y acto jurídico. La Ley 80 de 1993 en su artículo 32 define el contrato estatal como un acto jurídico generador de obligaciones.

<sup>52</sup> El Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil, no emite, propiamente, un concepto de lo que es el contrato, pero menciona, en su artículo 1254, desde cuándo existe: “*El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*”, lo que permite construir una definición, aun cuando sólo contempla las obligaciones de dar y hacer (prestar servicio). Por otra parte, en España el Real Decreto Legislativo 3/2011, del 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público menciona, en el artículo 2 que: “*son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3*”. Esto aplica para los contratos del tercer sector social bajo el entendido de que la norma habla de cualquier naturaleza jurídica. El artículo 3, por su parte, enlista como destinatarias de la norma, además, a las Comunidades Autónomas. Finalmente, la Ley 9/2017, del 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, del 26 de febrero de 2014, reproduce íntegramente la definición de contratos del sector público también en el artículo 2.

alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”. Esta equivalencia entre convención y contrato tampoco se comparte pues, lejos de ser conceptos equiparables, se refleja una relación género-especie, siendo la convención el género.

El artículo adolece de varias inconsistencias: en primer término los conceptos de contrato y convención no son sinónimos; el contrato es una de las especies del género convención y sólo crea obligaciones, al paso que ésta, la convención, puede crearlas, modificarlas o extinguirlas. En segundo lugar, parecería una definición de contrato unilateral que es aquel que solamente engendra obligaciones a cargo de una de las partes que intervienen, cuando lo más frecuente es a celebración de contratos sinalagmáticos, creadores de obligaciones a cargo simultáneamente de ambas partes contratantes. [Cubides, 2012, p.248]

De manera que el concepto de contrato consignado por el Código Civil no brinda una definición concreta del término, o se limita a una de sus aristas, aunado a lo referido por Cubides, manifiestan Valencia y Ortiz [2015], basados en Pothier, que

La convención es o pacto es el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas un compromiso, o para resolver uno existente, o para modificarlo. La especie de convención que tiene por objeto formar un compromiso, es decir, crear obligaciones, es lo que se llama contrato. [p.56]

En relación a la administración pública y el “simbolismo del contrato”, por otro lado, Morand [2010] expresa:

Libre acuerdo de voluntades, el contrato, preferido a los actos de autoridad unilaterales, tiene un valor mítico, apropiado para resolver armoniosamente las relaciones económicas, sociales, y aun políticas: contrato social de Rosseau, pacto federativo de Proudhon, economías concertadas y de cooperación. El Estado y las colectividades territoriales preferirían el “hacer hacer” en lugar de hacerlo, la adhesión y la negociación, más bien que la decisión autoritaria. [p.449]

El conocimiento especializado se erige como una garantía para que los fines del Estado, que no puede asumir las tareas necesarias para su funcionamiento de manera directa, sean alcanzados de mejor manera. Por eso se valora la contratación pública con los particulares.

Esa multiplicidad de tareas complejas hace que sea necesaria más de una figura contractual. Y aunque constituiría un error encasillar todos los contratos administrativos en una sola categoría<sup>53</sup>, es posible identificar ciertas características principales: el contratante [el Estado en sus múltiples niveles], el contratista, una prestación<sup>54</sup> y unas solemnidades [como la exigencia de lo escrito] [Franco, 2000].

---

<sup>53</sup> Por la trascendencia de las necesidades y de los fines constitucionales es necesario que existan distintas tipologías de contratos y de procesos de contratación. Para algunas necesidades será pertinente que los procesos sean más flexibles, mientras que para otras los procesos de selección deben robustecerse, como pasa con la obra pública. También deben atenderse circunstancias especiales y excepcionales, como las situaciones de emergencia, donde es posible prescindir de los procesos de contratación típicos.

<sup>54</sup> Sobre este elemento se puede encontrar la diferencia entre un contrato estatal común y un contrato-convenio en los términos del artículo 355 constitucional.

### **2.1.2 Concepto y personalidad jurídica del Estado. El Estado contratante**

Naranjo [1997] define al Estado, en sentido amplio, como “[...] un conglomerado social, política y jurídicamente constituido, asentado sobre un territorio determinado, sometido a una autoridad que se ejerce a través de sus propios órganos, y cuya soberanía es reconocida por otros Estados” [p.87] y en sentido restringido como el conjunto de órganos que ejercen el poder público.

Al respecto, Younes [1993] refiere que “[...] es la sociedad política y jurídicamente organizada, con la autoridad suficiente para un orden jurídico dentro de su propio territorio y para hacer respetar su personalidad ante el concierto internacional” [p.64].

De manera que, en términos generales, el Estado, concepto amplio y problemático<sup>55</sup>, es un conglomerado complejo donde confluyen varias cuestiones relevantes, entre ellas el orden jurídico. Es decir que el Estado, antítesis de la anarquía, es sinónimo de un orden que se consigue, fundamentalmente, a través de las normas jurídicas y del uso de las armas y la violencia como medio de coacción para el cumplimiento de aquéllas.

Ahora bien, en relación a la personalidad jurídica del Estado, negada por algunos autores y reconocida parcial, o totalmente, por otros, Herrera [2000]

Parte de la idea de que la personalidad jurídica del Estado no es una ficción sino una realidad jurídica (es decir, fundada en una abstracción). Carré de Malberg fundamenta esa realidad en dos principios: la unidad de los

---

<sup>55</sup> Ello se debe a que son muchas las definiciones que pueden darse y muchos los sentidos que pueden dársele.

individuos que lo integran y la continuidad en el tiempo producto de su institucionalidad.

Esta doctrina, actualmente predominante, al someter al Estado al ordenamiento jurídico permite estructurar un verdadero Estado de Derecho.

[p.130]

El estado es, en sí mismo orden jurídico, orden jurídico real, aunque para las teorías de su formación se acuda a figuras abstractas y ficticias, como ocurre con el *Contrato Social*, de Juan Jacobo Rosseau, o con la teoría de la *grundnorm* o norma fundante básica.

Kelsen [1986], en Teoría Pura del Derecho, asegura, contrariando a la teoría tradicional<sup>56</sup>, que al renunciar al componente ideológico y metafísico [en eso consiste su “teoría pura”] se encuentra total identificación entre los dos conceptos:

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado puesto que no llega a serlo hasta el momento en

---

<sup>56</sup> Según esta no se puede renunciar a la dualidad entre Estado y derecho, puesto que aquélla se dota de componentes ideológicos por medio de los cuales el Estado puede, incluso, anteceder al derecho.

que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización. [p.189]

Sin embargo, más allá de lo dicho (ora por Kelsen, ora por la teoría clásica que él reprocha) en ambos casos Estado y derecho tienen una relación inescindible<sup>57</sup>: en la teoría del autor son lo mismo; en la teoría clásica no, pero el segundo funge como una característica fundamental del primero.

Teniendo en cuenta lo anterior, un Estado es tal en tanto tenga personalidad jurídica, otorgada esta por el orden jurídico, que es componente esencial. Negar dicha personalidad significa, por tanto, negar la existencia misma del Estado.

El Estado es una persona jurídica<sup>58</sup>. Esto quiere decir que es sujeto activo y pasivo de derechos y obligaciones. Este atributo es propio de los hombres, pero se le traslada a las asociaciones que ellos forman para facilitar el cumplimiento de sus fines. Para algunos autores la personería jurídica de los grupos es una ficción del derecho por lo cual se imaginan estos entes similares a los hombres. Otros, por el contrario, piensan que estos agregados

---

<sup>57</sup> Como se mencionó en el primer capítulo, tal cosa no ocurre entre Estado y legalidad, porque esta última es una forma de ver, comprender y aplicar el derecho. Por tanto, que haya derecho no, necesariamente, implica que exista principio de legalidad.

<sup>58</sup> Subrayado hecho por el autor.

tienen realmente una personalidad distinta de quienes la forman [Vidal, 1985, p.84]

La personalidad jurídica se puede expresar en distintos frentes. Uno de los más importantes corresponde al papel que juega en el ordenamiento internacional, donde el Estado es sujeto de derecho, en gran medida, por su personalidad jurídica. En el orden interno, por otro lado, una de sus apariciones más notorias se da en el campo contractual gracias, no sólo a la personalidad jurídica, sino a la autonomía administrativa; lo que significa que, para poder contratar, aunque gocen de personería, los entes públicos deben contar con autonomía.

Herrera [2000], por su parte, refiere que

La representación del Estado en materia contractual está vinculada al concepto de autonomía administrativa de los distintos entes del Estado y no propiamente al de personería jurídica. De esta manera se puede comprender cómo, en los términos de la ley 80, entidades públicas que no tienen el carácter de personas morales pueden comprometer el patrimonio del Estado mediante la suscripción de compromisos contractuales.

En efecto, el artículo 1° del Estatuto establece que éste regula los contratos de las entidades estatales, y el artículo 2° dispone cuáles son las entidades estatales, y aclara que tal clasificación es exclusiva para los efectos de dicha ley. [p.135]



Al respecto, vale la pena aclarar que, si bien es cierto al momento de definir qué entidades pueden contratar a nombre del Estado prima el principio de autonomía administrativa sobre el de personería jurídica, ello no es óbice para afirmar que al concebirse el Estado como un todo la capacidad para contratar derive directamente de la personalidad. No puede entenderse de otra forma. Al interior del orden jurídico es posible limitar la capacidad para contratar, pero nunca el Estado pierde esta capacidad. De hecho, si se identifica a éste con el concepto de orden jurídico, en realidad lo que se debe interpretar es que simplemente se está regulando (con la expedición de normas como la Ley 80 de 1993 y el Decreto 092 de 2017, que reglamenta el artículo 355 de la Constitución Política colombiana), así mismo su propia capacidad y el ejercicio de su propia personalidad en materia negocial y contractual.

Mutis y Quintero [2000] manifiestan, en concordancia con Herrera [2000], que la personería jurídica de la entidad estatal no es la que determina su capacidad para contratar. De hecho, relatan cómo la Corte Constitucional declaró ajustada a la Constitución la norma que otorga esa capacidad. La demanda de constitucionalidad, entonces, estaba movida por una tesis muy simple: no puede tener capacidad para contratar lo que no tiene personalidad.

De manera que dentro de la ley se haga referencia a ciertas entidades como “sin personería” no puede entenderse como una negación total de la personalidad jurídica. Es decir que, si se acepta la tesis de que el Estado tiene dicha personalidad, sus entidades también, más allá de los calificativos que use el legislador y las consecuencias que le otorgue. En ese sentido el Estado está operando, a través del legislador, como administrador de su propia capacidad. No en vano:

El juez constitucional ha afirmado en varias ocasiones la *soberanía* del legislador para fijar el régimen jurídico de los contratos de la administración. Los actores que demandaron la inconstitucionalidad de diversas leyes se apoyan en la modificación de la naturaleza privada o pública de ciertos contratos definidos por el legislador. Para negar las pretensiones, el juez constitucional siempre ha resaltado la amplitud de la competencia de la ley en la materia contractual de la administración. [Benavides, 2004, p.110]

En resumen, los términos “personalidad” o “personería” jurídicas no tienen el mismo significado cuando se refieren a la teoría general del Estado que cuando lo hacen en torno a una ley contractual en particular. En Colombia, particularmente, se puede hablar de un Estado contratante (término usado por Mutis y Quintero [2000]), toda vez que, como sugiere Morand [2010], prefiere el “hacer hacer”. Esto es, hacer que los particulares desarrollen programas que permitan alcanzar los fines constitucionales, verbigracia los programas de interés público de los que trata el artículo 355 de la Constitución.

Esta personalidad jurídica se expresa a través del principio de autonomía de la voluntad que, en el caso de la Administración, otorga la posibilidad de configurar libremente el objeto del contrato a celebrar, limitándose, claro está, por la prevalencia del interés general y el interés público [Palacios, 2016].

## **2.2 La Relación Bilateral y el Poder Negocial de las Partes**

La relación bilateral, en la contratación pública, está marcada por la amplia diferencia que hay entre las partes, tanto en su magnitud y poder como en su naturaleza. Así, en cuanto

a la magnitud se encuentra, por un lado, el Estado contratante, con todo su poderío, y por el otro, el particular<sup>59</sup>. En cuanto a la naturaleza, ambos cuentan con distintos móviles y límites, sin embargo, el Estado se encuentra sometido, en un mayor grado, a una serie de principios que orientan y guían su actividad.

Asimismo, uno de los elementos del contrato estatal que evidencia la diferencia, con la teoría del derecho privado, es el objeto: no basta, como en cualquier contrato de derecho privado, con que el objeto sea lícito, este “[...] debe ser determinado y cumplir con las expectativas de satisfacer el interés público” [Duque, 2016, p.163].

Finalmente, resulta imposible trasladar toda la teoría del negocio jurídico, del derecho privado al derecho público, más pueden tomarse, con la debida adaptación, algunos de los elementos de la misma para poder entender las complejidades propias de la contratación estatal. Aun así, lo más importante, quizá, es la aplicación de la teoría de los principios en las actuaciones del Estado.

En el primer capítulo se hizo referencia a la naturaleza de los principios y la forma en que estos permean, limitan e inspiran la actividad del Estado y, en particular, de la Administración. De esta manera, se explicó, ampliamente, el modo en que opera el principio

---

<sup>59</sup> Se observa en la exposición a un estado contratante de servicios y a particulares que los oferta, no se trata acá de contratos entre entidades del mismo Estado, ni mucho menos de la contratación prevista en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia al que se hará alusión a lo largo de este texto. Pero será necesario mencionar la contratación entre entidades públicas, es decir, los convenios y contratos interadministrativos.

de interés general. Corresponde ahora, por tanto, exponer la manera de cómo otros principios orientan la contratación.

Es relevante señalar que los principios funcionan como límite y, a la vez, como fundamento; y que determinan, por tanto, el poder negocial que tiene el Estado para poder contratar. Poder que, producto de la personalidad jurídica, está enmarcado, además, por las obligaciones que impone la Constitución en cuanto a la consecución de los fines superiores.

En este punto de la investigación se hará referencia al Estatuto General de Contratación (Ley 80 de 1993) y sus modificaciones. Y, para finalizar, se hará mención sobre el poder negocial, en cuanto al marco impuesto, en razón del artículo 355 de la Constitución.

### **2.2.1 Principios que orientan la contratación pública**

Una contratación basada en principios posibilitará la adaptación del derecho vigente a las necesidades cambiantes y servirá, también, para no dejar espacios a lagunas normativas que se potencian cuando un asunto se regula solo con reglas que, además, tienen un alcance más limitado. Sobre el particular Duque [2016] afirma:

El estudio de los principios de la contratación estatal es particularmente interesante por estados a las finalidades de la función administrativa y a los fines propios del Estado, lo que permite a la jurisprudencia con fundamento en dichos principios, resolver situaciones que por la lentitud de los cambios normativos no están en capacidad de remediar. Es por eso que el análisis de los principios no debe verse como una introducción teórica a apartados más

prácticos, sino como una herramienta a ser utilizada en toda actuación contractual de La Administración y en la solución de casos reales. [p.148]

A continuación, se exponen brevemente las particularidades de los principios de contratación pública en Colombia<sup>60</sup>, El listado no es exegético y está basado, principalmente, en la posición de Colombia Compra Eficiente, entidad que expide las guías de las que trata el Decreto 092 de 2017<sup>61</sup>, el cual es reglamentario del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, relacionado con el contrato de interés público.

#### – Principio de transparencia

En los procesos de contratación la transparencia supone una garantía para los participantes en tanto impone a la Administración el deber de actuar sin ocultamiento de condiciones o intereses subrepticios. Este principio, así, “[...] impone una obligación de regular en los procedimientos de selección etapas que hagan posible el desarrollo de la publicidad de los actos y la posibilidad de controvertir los informes, conceptos y decisiones que se adopten en los procesos” [Palacios, 2016, p.17].

---

<sup>60</sup> A lo largo de la exposición se corroborará cómo los principios, al remitirse entre sí, más que islotes aislados en el océano de la contratación pública constituyen un archipiélago perfectamente conectado.

<sup>61</sup> Dos principios fundamentales que no serán esbozados en este punto son los de legalidad y prevalencia del interés general, ya que sobre estos se expuso lo propio en el primer capítulo.

La transparencia está íntimamente relacionada con los principios de buena fe y publicidad. Su idónea aplicación permite a los participantes, de esta manera, conocer de primera mano, y sin restricciones, las condiciones y particularidades de los procesos para poder desarrollar legítimas estrategias en la celebración de contratos.

Ahora bien, este principio no solo está presente en la etapa precontractual, es decir, antes de la celebración del contrato, sino en toda la relación contractual.

[E]l principio de transparencia debe desarrollarse al transcurso de toda la etapa contractual, en cual deberán ir ligados principios como el de publicidad, imparcialidad y moralidad, si vemos desde su etapa de publicación el proceso de contratación tiene que contar con transparencia para que los participantes puedan ofertar con igualdad de condiciones para que nada interfiera con su posterior ejecución. [Mora, 2015, p.13]

La transparencia, al ser un principio pensado, principalmente, para la administración, más que para particulares, funciona más como límite que como fundamento. Esto crea un marco, para la capacidad negocial, que no permite actuar en detrimento de uno o varios participantes. Por lo que implica una proscripción de preferencias no fundadas en situaciones objetivas<sup>62</sup>.

Bajo la aplicación del principio de transparencia, la Administración se encuentra obligada a garantizar la libre concurrencia de los participantes, fijar

---

<sup>62</sup> Transgredir este principio puede dar origen al delito de interés indebido en la celebración de contratos, explicado, en detalle, más adelante.

las bases de participación, determinar los criterios de evaluación de las ofertas, adelantar los análisis pertinentes de las propuestas presentadas, con criterios de objetividad y transparencia garantizando la imparcialidad respecto de los oferentes, siempre en busca de la propuesta más conveniente al interés público y la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

[Palacios, 2015, p.18]

– **Principio de economía**

El principio de economía se divide en: (i) economía procesal y (ii) economía del presupuesto. La primera, relacionada con la eficacia y la eficiencia, crea procesos de contratación que exijan la menor cantidad de trámites posibles, lo cual significa una ganancia en tiempo, tanto para la Administración como para los particulares. La segunda, que hace alusión a la fórmula costo-beneficio, está determinada por el menor gasto posible.

Colombia Compra Eficiente [s.f.] refiere, al respecto, que:

En desarrollo de este principio, la norma legal busca asegurar la selección objetiva del contratista mediante los procedimientos y etapas que sean estrictamente necesarios, dentro de términos preclusivos y perentorios, con el impulso oficioso de la Administración para evitar dilaciones en la escogencia. Bajo esta misma orientación, la propia normativa señala que la interpretación de las disposiciones que regulan los procedimientos contractuales no debe dar lugar a trámites diferentes o adicionales y proscribire la falta de decisión de la Administración cuando ella se fundamenta en

defectos formales o inobservancia de requisitos. Las reglas del procedimiento deben estar al servicio de los fines estatales y la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos, al tiempo que propende por la adopción de procedimientos que solucionen prontamente las controversias. [Principio de economía, párr.2]

El principio de economía exige, como se mencionó anteriormente, que la Administración maximice los fines del estado minimizando los costos. De esta forma, los contratos a celebrar, con sus respectivos trámites, deben ser los necesarios para garantizar los fines constitucionales y el interés público [Duque, 2016].

Puede enmarcarse, así, dentro de un subprincipio denominado “eficiencia presupuestal”, “Esta eficiencia, que busca el principio de Economía, se traduce en la obtención de máximos resultados, utilizando el menor tiempo posible, por la menor cantidad de recursos y con los menores costos para el presupuesto estatal” [Palacios, 2016, p.19].

Este principio también es aplicable a los particulares en razón del principio de propiedad privada como función social. En este sentido, los particulares no pueden abusar de su derecho, por lo cual también se obligan en razón del principio de economía [Herrera, 1997].

#### – **Principio de selección objetiva**

Este principio, que guarda relación directa con los principios de transparencia y libre concurrencia de los particulares en los procesos de contratación, destierra, al momento de seleccionar a un contratista, las consideraciones de tipo subjetivo.



Asimismo, además de ser un principio, funge como deber impuesto a la Administración y fin “[...] porque apunta a un resultado, el cual no puede ser otro que la escogencia de la oferta más favorable para la entidad” [Palacios, 2016, p.21].

El Consejo de Estado, en Sentencia del 27 de enero de 2016, precisa:

De ésta forma, la objetividad en la elección de un contratista en cualquier proceso de selección que se trate, hace parte integral del principio de interés general, pues por medio de éste lo que se busca es seleccionar la propuesta que sea más favorable para la satisfacción de los intereses colectivos, siendo improcedente tener en cuenta alguna consideración subjetiva.

Luego, si lo que se busca mediante el principio al que se alude es la escogencia de la propuesta más favorable para la satisfacción de las necesidades o finalidades estatales, es evidente que para que la administración así pueda determinarlo debe realizar un ejercicio comparativo entre las diversas propuestas presentadas, para lo cual debe fijar reglas claras, objetivas y completas que permitan el libre acceso al proceso de selección de todos aquellos sujetos interesados en contratar con ella en condiciones de igualdad y libre competencia [p.13].

De manera que la selección objetiva debe brindar las mismas condiciones a los participantes y exigir, a la par, que la adjudicación del contrato se haga una vez garantizada la libre participación de los mismos.

– **Principio de buena fe**

El principio de buena fe que, por expreso mandato del artículo 83 de la Constitución, hace parte de todas las actuaciones administrativas se divide, también, en dos: (i) obligación de la Administración y de los particulares y (ii) presunción en las actuaciones de otros y constituye, según sentencia del 30 de enero de 2013, del Consejo de Estado, uno de los presupuestos necesarios para poder hablar de selección objetiva.

Su función doble “[...] obliga a la Administración Pública y a los particulares, cuando actúan en calidad de contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la confianza mutua en el proceso integral de la ejecución contractual” [Palacios, 2016, p. 34].

– **Principio de publicidad**

Este principio, inescindiblemente relacionado con el de transparencia y que se erige como un derecho de los participantes, impone a la Administración la obligación de publicitar todo el proceso, evitando, así, el ocultamiento de condiciones.

Colombia Compra Eficiente [s.f] consigna al respecto:

Se manifiesta de dos formas: como deber y como derecho. Por una parte, se trata del deber que tienen las entidades contratantes de comunicar a los administrados la totalidad de las actuaciones que realizan dentro de los

procesos de selección de sus contratistas. Ello no podría ser de otro modo, pues la publicación generalizada de la información referida a los procesos de contratación que adelantan las entidades del Estado es la que permite que a los mismos asistan todas aquellas personas interesadas en la ejecución de los proyectos allí tratados y que toda la ciudadanía tenga la posibilidad de conocer la actividad contractual de la Administración, como garantía de transparencia. [Principio de publicidad, párr.1]

Se parte entonces de que existe la obligación de hacer públicas las actuaciones y “[...] por lo tanto estas deberán a dar a conocer sus decisiones mediante notificaciones, comunicaciones o publicaciones” [Palacios, 2016, p.27]<sup>63</sup>.

– **Principio de igualdad**

La igualdad, en la contratación, está determinada por un mismo trato a los participantes en los procesos contractuales. Sin embargo, contrario a la uniformidad, debe partir de la divergencia entre los participantes sustentada en motivos objetivos. A través de las diferencias halladas se selecciona al contratista que mejor pueda materializar lo que se pretende.

– **Principio de libre concurrencia**

---

<sup>63</sup> Esta forma de limitación de los actos de la Administración tiene directo origen constitucional (artículo 209).

Este principio, producto del concerniente a la igualdad y relacionado con los de transparencia y selección objetiva, prohíbe la discriminación en la participación de los particulares y, a su vez, se erige, como parte de la materialización de la democracia participativa, como derecho del entramado contractual del Estado.

El Consejo de Estado, en Sentencia del 27 de enero de 2016, manifestó, en relación a dicho principio que:

La libre concurrencia de los interesados implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes.

Y es que de no ser así se conculcaría también el deber de selección objetiva porque al excluir posibles proponentes se estaría creando un universo restringido de oferentes en el que perfectamente puede no estar la mejor oferta [p.12].

De manera que la libre concurrencia permite que la búsqueda del mejor contratista sea más ambiciosa: a mayor cantidad y calidad de particulares que participen en el proceso, mayores serán las posibilidades de que se encuentre a quien mejor materialice el interés general.

– **Principio de responsabilidad**

Este principio, que funge como contrapeso de los servidores que ejercen la función pública, constituye el principal límite a las actuaciones del Estado en materia contractual. La responsabilidad implica una medida justa en las actuaciones y evita el abuso del poder otorgado a la personalidad jurídica del Estado: “Se establece supuestos en los cuales compromete no solo la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos ocasionados con motivo de la actividad contractual, sino también de los Servidores Públicos y los Contratistas que intervienen en la misma” [Palacios, 2016, p. 20].

Explica Duque [2016]:

La responsabilidad como principio, pretende definir los valores del servidor público, que conozca cuáles son los límites legales de conducta y defender los intereses de La Administración y el Patrimonio Público. Este principio está relacionado con los principios de moralidad administrativa y buena fe, y pretende educar al funcionario de buenas prácticas para persuadirlo de realizar conductas distintas a las deseadas y perseguidas por los ideales del mismo Estado.

El principio de responsabilidad, finalmente, puede ser de distinta naturaleza: (i) la responsabilidad disciplinaria recae sobre los servidores públicos y sobre los particulares que ejercen funciones públicas por la comisión de faltas tipificadas principalmente en el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002)<sup>64</sup>, la violación del régimen de inhabilidades e

---

<sup>64</sup> Esta ley pronto será derogada por la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019, Código General Disciplinario.

incompatibilidades; (ii) la responsabilidad penal por los delitos, tipificados en la Ley 599 de 2000, en especial los delitos contra la Administración Pública; (iii) la responsabilidad administrativa por los daños antijurídicos causados en la actividad contractual; y (iv) la responsabilidad fiscal.

– **Principio de participación democrática**

Este principio, utilizado normalmente en materia electoral, se aplica plenamente dentro del ámbito contractual, toda vez que en un Estado social de derecho resulta necesaria la participación de la comunidad en la consecución de los fines constitucionales, pues si bien la Administración es la titular y principal responsable de la lucha por los fines superiores no puede actuar sola; por ello, la ciudadanía, a través de la iniciativa privada y la libre empresa, contribuye también a esta ardua tarea<sup>65</sup>

Si bien los ciudadanos tienen derecho a elegir y ser elegidos, es también una manifestación de un ejercicio democrático el que aquellos concurren y apunen libre y espontáneamente esfuerzos con las autoridades administrativas para el desarrollo de fines y tareas comunes. [Alcaldía Mayor de Bogotá, 2011, p.7]

---

<sup>65</sup> Se vuelve aquí a la tesis de Morand [2010]: la Administración prefiere el “hacer hacer”. Esto es, prefiere dar participación a los particulares en el desarrollo de sus tareas. Y no precisamente porque sea un derecho, también por la necesidad de que esto sea así.

Se puede decir que la participación democrática, en la contratación, está íntimamente relacionada con los principios de transparencia, igualdad y selección objetiva y puede verse como un supraprincipio que se materializa en la medida en que lo hagan otros principios más puntuales.

– **Principio de planeación**

Este principio es, quizá, el de mayor complejidad, pues su materialización implica diversas aptitudes y actitudes de carácter técnico; tal como sucede con los estudios previos, para los que se imponen cargas de distinto orden (principalmente presupuestales y técnicas) y deben ser, según el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de octubre de 2014, lo “[...] suficientemente serios y completos”.

Mutis y Quintero [2000] refieren, en relación a dichos estudios que:

[...] la entidad estatal debe llevar a cabo los estudios previos que todo buen administrador debe realizar antes de tomar la decisión de celebrar un determinado contrato y que incluyen como mínimo la comprobación de la necesidad de la adquisición, servicio, obra o labor a que el contrato se refiere, su concordancia con los planes de desarrollo e inversión y la constatación de que existen en el presupuesto de la entidad los recursos suficientes para atender las obligaciones dinerarias que el contrato generará. [p.99]

De los estudios previos se dice que son el “punto de partida” porque, contrario a lo que muchos piensan, no agotan la planeación dentro de la contratación pública. Por ello, el

principio de planeación se debe seguir observando a lo largo del desarrollo del objeto contractual e incluso después de ejecutado.

La planeación de la obra pública también implica el pleno cumplimiento del objeto contractual, el correcto desarrollo de la obra, entendiendo que la misma no solo se agota con su entrega, sino que debe ser dada al servicio en condiciones óptimas para el mismo, por lo que la planeación, necesariamente vincula las etapas precontractual, contractual y también la poscontractual. [Aponte, 2014, p.184]

Sobre este principio el Consejo de Estado, con ponencia de Santofimio Gamboa y salvamentos de Gil Botero, ha concluido que los particulares, al ser colaboradores de la Administración en la consecución de los fines, también tienen responsabilidad en la planeación del contrato [Amaya, 2016]. Esto, sin duda, genera una situación problemática al otorgársele, al particular, una responsabilidad que escapa de su control.

Amaya [2016] explica parte de las consecuencias de estas posiciones jurisprudenciales:

Tal razonamiento expuesto en esas sentencias de abril y junio de 2013 plantea graves problemas de cara a la teoría jurídica del contrato estatal y de las cargas que se imponen al contratista. Ello precisamente así lo puso de presente el Dr. Gil Botero en su salvamento de voto a la sentencia del 24 de abril de 2013 al indicar que la tesis adoptada en el fallo implica que el contratista se constituye en un garante del comportamiento de un tercero, es decir, de la administración pública, respecto de quien es exigible el



cumplimiento del principio de la planeación y, en ese sentido, la consecuencia más gravosa para el contratista es que entra a responder por actuaciones de las cuales ni siquiera fue partícipe. [párr.9]

Si se analiza lo anterior, a partir de la participación democrática, se puede decir que los particulares están siendo objeto de una imposición ilegítima y que las amplias diferencias que hay entre las partes del contrato implican cargas disímiles. Y la planeación debe pensarse más como un límite para la Administración que como una carga para el contratista.

### **2.2.2 Los poderes exorbitantes y unilaterales del Estado en materia contractual<sup>66</sup>**

Las cláusulas, o poderes exorbitantes, son la mejor muestra de las amplias diferencias que tienen las partes en un contrato estatal. Braconnier [2017] muestra las diferencias entre los contratos de derecho privado y los contratos estatales a partir de los poderes unilaterales del Estado: “No ocurre lo mismo con los contratos administrativos, respecto de los cuales la Administración contratante, en nombre de la protección del interés general, se le ha otorgado un conjunto de poderes unilaterales en el curso de la ejecución del contrato” [p.403]. De manera que el Estado cuenta con unos poderes que le permiten actuar de una manera desproporcional con respecto al contratista.

El Consejo de Estado [2013] definió estos poderes, en la sentencia del 24 de octubre de 2013, así:

---

<sup>66</sup> En este acápite se expondrá una noción general sobre los poderes exorbitantes. No se pretende, entrar en las formas particulares, previstas en la Ley 80 de 1993 en esta materia, puesto que no son el objeto principal de la investigación.

En materia contractual, la administración tiene la dirección y control de la celebración y ejecución del contrato, función que desarrolla, entre otras formas, a través de las cláusulas exorbitantes, caracterizadas, esencialmente, por la inaplicabilidad de algunos principios contractuales del derecho civil, toda vez que, precisamente, al practicarse quebrantan la igualdad y conmutatividad propias del acuerdo de voluntades (...) El fundamento de estos poderes, reservados a la administración, es el interés general, deducible de la teleología de los extremos del contrato estatal.

– **Terminación unilateral**

El Estado no tiene la obligación de acudir ante un juez de la República para dar por terminado un contrato, pues dicha decisión se encuentra sustentada por la ley. Sin embargo, sus efectos son hacia el futuro, no hacia el pasado [Beltrán, 2015].

Esta potestad, no obstante, se encuentra reglada y limitada, lo que significa que la terminación no puede darse de manera caprichosa.

En lo atinente a la terminación unilateral del contrato, si bien la ley otorga a las entidades públicas la potestad de actuar en ejercicio de una facultad exorbitante, les impone el cumplimiento de presupuestos de forzosa aplicación y a la vez restringe la medida a los eventos previstos en la misma. Efectivamente, para declarar la terminación unilateral se requiere i) que la manifestación de la voluntad de la administración se materialice en un acto administrativo, ii) que dicho acto debe ser el resultado de un análisis

soportado en la realidad del contrato, es decir, debe estar debidamente motivado y iii) que la causal que se alegue en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la ley ha dispuesto. [Consejo de Estado, 2011]

– **Interpretación unilateral**

Este poder exorbitante implica una desproporción en tanto se le permite a una de las partes la posibilidad de interpretar las cláusulas contractuales sobre las cuales no haya acuerdo. Esto, indefectiblemente, inclina la balanza hacia el Estado, en detrimento de los particulares.

Beltrán [2015] lo explica así:

Según este, cuando el Estado y el contratista no logran un acuerdo sobre la interpretación que debe darse a las estipulaciones contractuales el Estado puede interpretar, convirtiéndose en juez. En esto estriba la exorbitancia de este poder; en que el Estado desplaza a la Rama Judicial. Pero si se convierte en juez debe aplicar, como este, las reglas de interpretación contenidas en la ley tal como se lo ordena el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, así como la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos. [p.20]

Esta flexibilización del principio de separación de poderes tiene algo positivo: más allá de la desproporción entre las partes, la interpretación unilateral dinamiza la ejecución de los contratos puesto que no se necesita el pronunciamiento de un juez para dar plena aplicación a las cláusulas controversiales.

### – **Modificación unilateral**

La modificación unilateral es uno de los poderes más exorbitantes que tiene el Estado pues supone una ruptura de las condiciones iniciales, lo cual cambia y genera nuevas obligaciones para el contratista. Sin embargo, se exige que primero haya una búsqueda de acuerdo con el contratista con el fin de pactar nuevas condiciones:

La exorbitancia de este poder es mayúscula, por cuanto ni siquiera el juez puede modificar un contrato. Solo las partes pueden hacerlo de mutuo acuerdo. Pero el Estado sí puede hacerlo unilateralmente durante la ejecución, para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público cuando no logra acuerdo con su contratista, tal como lo establece el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 [Beltrán, 2015, p.21].

Este poder implica, entonces, que, con la modificación unilateral, se haga un reconocimiento al contratista por las nuevas condiciones contractuales. “Es ese derecho al reconocimiento lo que permite que el contratista pueda arriesgarse a celebrar un contrato con la Administración, el cual está marcado por un grado de inseguridad, consistente en que la Administración puede modificarlo unilateralmente” [Palacio, 1997, p.286].

### – **Otros poderes exorbitantes**

El Estado cuenta con otros poderes igual de exorbitantes: el de caducidad, por el cual se termina el contrato por el incumplimiento del contratista, quien acarrea una inhabilidad para celebrar nuevos contratos; el de multas, por el cual se imponen cargas económicas

[multas previamente pactadas] en razón de perjuicios causados por incumplimientos; y otros como la declaratoria de incumplimiento, la liquidación unilateral y la declaratoria de siniestros por resolución.

### **2.2.3 Papel y derechos de los particulares contratistas**

En la ecuación contractual los contratistas asumen un papel fundamental, y cuentan con una serie de derechos, marcados por las denominadas cláusulas exorbitantes, que funcionan como freno y contrapeso a los poderes que tiene el Estado.

#### **– Pagos oportunos**

La Ley 80 de 1993 establece este derecho fundamental como una forma de confirmación del más evidente de los derechos. Así, ante el incumplimiento en los pagos se pagarán los intereses correspondientes como una forma de indemnización de los perjuicios causados.

#### **– Conservación del equilibrio económico contractual**

Este principio hace referencia a la igualdad que debe haber entre los contratantes al momento de generarse las obligaciones, siendo necesario tomar medidas cuando para una o ambas partes resulta muy gravoso cumplir el contrato (causas ajenas). En palabras de Rodríguez [2008]:

Consiste en que en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre los derechos y las obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, según el caso, de tal manera que si dicha igualdad o

equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. [p.442]

En efecto, la ley 19 de 1982 estableció los principios de la contratación administrativa consignando, allí, el derecho que tiene el contratista a que se mantenga el equilibrio económico. De esa manera, en el artículo 6 se habla de los reembolsos de los nuevos costos, cuando se causaren por modificación proveniente de la administración; y el artículo 8 discurre sobre la estimación de los perjuicios que debían pagarse cuando se diera una terminación unilateral.

Estos principios fueron incluidos en el decreto ley 222 de 1983, donde se le dio a la administración el poder de modificar, o terminar unilateralmente, los contratos consagrando, a favor del contratista, los derechos al mantenimiento del equilibrio económico inicial (modificación) y a indemnización (terminación) [De Laubadere, Moderne y Delvolve, 1983].

Arocha y Pino [1997] refieren, a su vez, que:

Dicho principio se refiere a la conservación, durante la ejecución del contrato, de la correspondencia inicial de prestaciones pactadas de modo que si, por circunstancias sobrevinientes a su perfeccionamiento y no imputables a quien resulta afectado, el desarrollo del objeto contractual supone una pérdida para él en relación con las estipulaciones originales, la contraparte deba concurrir al restablecimiento de tales condiciones. [p.254]

Este principio se basa, en últimas, en la autonomía de la voluntad que poseen las partes al momento de crear una relación negocial. El principio de *pacta sun servanda* hace referencia a la validez de los pactos y la necesidad de que sean cumplidos. Se puede decir, entonces, que la disposición para cumplir unas determinadas condiciones por una de las partes genera una expectativa de cumplimiento con respecto a la otra parte; es decir, una parte cumple esperando que la otra también lo haga.

En resumidas cuentas: “[...] el llamado equilibrio del contrato (...) no es otra cosa que el mantenimiento durante la ejecución del mismo, de la equivalencia entre obligaciones y derechos que se estableció entre las partes al momento de su celebración” [Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, sentencia del 18 de septiembre, 2003].

Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. [...] Para efectos de adoptar las medidas que permitan restablecer en el menor tiempo la ecuación contractual, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación. [Matallana, 2009, p.462]

Así mismo, el equilibrio puede verse roto por circunstancias múltiples: incumplimiento de contrato, la teoría del hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión y las sujeciones materiales imprevistas [Rodríguez, 2008]. Veamos dos de estas:

La teoría del hecho del príncipe, en primera instancia, se aplica cuando el rompimiento del principio del equilibrio económico contractual se produce como consecuencia de un acto jurídico expedido, o por actuaciones materiales provenientes de la misma entidad contratante, cuando esta actúa como autoridad pública y no como contratante en sí. Esta actuación conlleva a que para el contratista resulte muy gravoso el cumplimiento fiel del contrato [Rodríguez, 2008].

El príncipe es uno mismo: el que contrata y el que, en su calidad de autoridad administrativa, adopta decisiones de índole general incidentes en la economía contractual, obrando en uno u otro rol dentro de los linderos reglados de sus competencias administrativas. [Mutis y Quintero, 2000]

Con respecto a esta teoría el Consejo de Estado determina, en Sentencia del 18 de septiembre de 2003, que es aplicable cuando el Estado expide una norma general y abstracta que incide, directa o indirectamente, en la ejecución del contrato y que resultaba imprevisible al momento de la celebración del mismo, rompiendo así la ecuación de igualdad financiera existente en el momento inicial.

Esta misma corte, en Sentencia del 4 de febrero de 2010, resumió los presupuestos necesarios para que se produzca un hecho del príncipe, a saber:

- La expedición de un acto general y abstracto.
- La incidencia, directa o indirecta, del acto en el contrato estatal.



- La alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del acto como consecuencia de su vigencia.
- La imprevisibilidad del acto general y abstracto en el momento de la celebración del contrato.

Por otro lado, en relación a la figura de la teoría de la imprevisión, la tradición jurídica ha aceptado que en la celebración de todos los contratos exista una condición tácita para que las circunstancias de la contratación no sean modificadas, en mayor medida, pues esto podría derivar en una excesiva onerosidad para una o ambas partes.

La cláusula *rebus sic stantibus* (el mismo estado de las cosas), de la que se encuentran antecedentes en el derecho romano, y que en el derecho moderno se denomina “teoría de la imprevisión” [Miranda, 2007], es acogida por el derecho colombiano en el artículo 884 del Código de Comercio.

La imprevisión, según Miranda [2007], se presenta cuando se dan los siguientes presupuestos:

- El contrato debe comportar prestaciones futuras.
- La alteración sobrevenida en la relativa equivalencia de las prestaciones debe sobrepasar, sensiblemente, las previsiones que podrían ser racionalmente hechas en la época de la celebración del contrato por una persona diligente.
- El acontecimiento debe ser posterior a la celebración del contrato.
- Debe ser independiente a la voluntad de las partes.

- Debe tratarse de un acontecimiento de gravedad y de no corta permanencia, de modo que comporte un serio perjuicio para una de las partes.
- La remisión sólo puede tener lugar tratándose de contratos oneroso-commutativos.

El Consejo de Estado [2013], en sentencia del 18 de septiembre, ha resumido los presupuestos así: i) que el hecho sea exógeno; ii) que no haya podido ser razonablemente previsto por las partes al momento de contratar; y iii) que produzca una afectación de la ecuación económica del contrato extraordinaria y excepcional.

Aunque en la teoría del hecho del príncipe y en la de la imprevisión convergen algunos elementos que las hacen parecidas, principalmente en relación a lo gravoso que resulta el cumplimiento del contrato para una de las partes si se ejecuta en medio de las nuevas circunstancias, estas no pueden verse como equivalentes por varios motivos.

Para empezar, en la teoría de la imprevisión las nuevas circunstancias se presentan por un motivo distinto a la voluntad de las partes, es decir, provienen de causas completamente exógenas a los contratantes y que perjudican a uno de ellos sin que medie responsabilidad alguna de la otra parte. Ejemplos de esta situación son las guerras, las devaluaciones de la moneda, las catástrofes, etc.

Por el contrario, en la teoría del hecho del príncipe las nuevas circunstancias, que hacen excesivamente onerosa la ejecución del contrato, provienen de la expedición de un acto de una de las partes, o sea, se le atribuyen a uno de los contratantes. Al respecto, el Consejo de Estado refiere que siendo la ley la forma por excelencia en que se manifiesta el Estado, en

principio no podría decirse que esto acarree una responsabilidad para él, pero atendiendo a patrones fácticos específicos sí podría hablarse de esta.

Para finalizar, en la teoría del hecho del príncipe es necesario que el acto que rompa la ecuación económica haya sido expedido por la misma autoridad contratante porque, de lo contrario, debería encuadrarse el caso en lo atinente a la teoría de la imprevisión.

– **Silencio administrativo positivo**

Este derecho es una garantía para el contratista. Así, las peticiones, que haya elevado debidamente, al no ser contestadas oportunamente se entenderán como aceptadas tácitamente. El acto administrativo ficto en materia contractual, por supuesto, tiende a beneficiar al contratista que elevó la petición.

– **Acción de tutela**

La acción de tutela es la principal herramienta que tiene el Estado social de derecho para la defensa de los derechos fundamentales. Está consagrada en el artículo 86 de la Constitución y su aplicación, en materia contractual, no se limita. Así, en tanto se viole un derecho fundamental, y no exista otro mecanismo para la protección del mismo, procederá la acción de tutela. Así mismo cuando se quiera evitar un perjuicio irremediable, situación en la cual procederá incluso existiendo otro mecanismo de defensa.

Este derecho, que deriva de la Constitución misma, es autónomo e independiente de las distintas regulaciones. Por tanto, no importa si la ley lo reconoce o no. Por supuesto, en

cada caso habrá que analizar cuestiones procesales, toda vez que existe la posibilidad de que la norma de rango legal establezca mecanismos más especiales.

#### **2.2.4 El poder negocial en España**

En España el poder negocial, en la contratación pública, opera de manera muy parecida a Colombia: hay ciertas libertades, pero también ciertas restricciones y puede entenderse, también, a partir de los principios que orientan la contratación estatal.

Para empezar, si se parte de la estructura del Estado español, el poder negocial del Estado tiene una connotación sustancialmente distinta. Esto, en razón a que su organización las comunidades autónomas tienen competencias dentro de sus territorios, y precisamente más adelante se verá cómo se han dado regulaciones en este sentido. En particular, la Constitución española establece en su artículo 148.1.19 la competencia exclusiva del Estado en cuanto a la “legislación básica” de los contratos.

Esta legislación “básica” tiene dos hitos recientes por analizar: el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto 3/2011 (Ministerio de Economía y Hacienda, 2011), en donde se fija un objeto que es bastante dicente en cuanto a las limitaciones y fundamentos del poder negocial. Dice, al respecto, el inciso primero del artículo 1 (objeto y finalidad):

La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en

conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Esto prueba, como se dijo en el inicio de este acápite, que la contratación del sector público en España comparte con Colombia la semejanza de estar gobernada por principios. De hecho, se puede decir que los principios fundadores y limitadores van en igual sentido que en nuestro país: la celebración de contratos de manera transparente y pública donde se respete la igualdad de quienes participen en el proceso.

Pero además de los principios que están contenidos en el artículo 1 del Texto Refundido, se debe mencionar que el artículo 22 establece claras limitaciones al poder negocial en el sentido de exigir, sobre todo, que la contratación se lleve a cabo para el cumplimiento de los fines institucionales

1. Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de

ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

2. Los entes, organismos y entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley. [Ministerio de Economía y Hacienda, 2011]

En el Real Decreto Legislativo 3 de 2011, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se establece una libertad para configurar los contratos, imponiendo como límites unas formas mínimas que debe contener el contrato. En el artículo 25 numeral 1 se estableció la libertad de pactos: “En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”.

Bajo la égida de esta disposición se entiende, así como sucede de Colombia, que la contratación del sector público en España tiene una naturaleza instrumental. Es decir, debe producirse en tanto se necesite para cumplir unos fines superiores. No es posible, entonces, que el poder negocial esté orientado sólo a la obtención de utilidades por cuanto el “negocio” no es un fin primordial del Estado.

Luego se expidió y entró en vigencia la Ley 9/2017 que, según establece expresamente es “[...] por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014” [República de Colombia, 2017]. Esta ley tiene básicamente el mismo objeto de la anterior. Existen algunos cambios no muy relevantes como pasar de referirse de “candidatos” a “licitadores”. El cambio trascendental se da por la inclusión de un numeral tercero en el artículo 1 (no contenido en el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto 3/2011) y que, en su tenor literal reza así:

3. En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social. (Ministerio de Economía y Hacienda, 2011)

Aquí se evidencian dos situaciones: en primer lugar, España ha procurado que la contratación del sector público se torne sostenible y, por eso, incluye los criterios medioambientales; en segundo lugar, el Estado procura darle un contenido social, no solo incorporando de manera abstracta este criterio, sino que de manera expresa establece un sistema de inclusión para pequeñas y medianas empresas y empresas de economía social, siendo estas últimas la parte fundamental de esta investigación.

Esta última parte tiene un claro origen comunitario. El Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (2014) expone, así, que:

La ausencia de unas normas claras a nivel de la Unión en el ámbito de la adjudicación de contratos de concesión acarrea problemas de inseguridad jurídica, obstaculiza la libre prestación de servicios y falsea el funcionamiento del mercado interior. Como resultado de ello, los operadores económicos, en particular las pequeñas y medianas empresas (PYME), se ven privados de los derechos que les confiere el mercado interior y pierden grandes oportunidades comerciales. [Directiva 2014/23/UE, p.1]

Por otro lado, en cuanto a la necesidad e idoneidad de los contratos del sector público, la nueva norma incluye un par de numerales:

3. De acuerdo con los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia establecidos en este artículo, las entidades del sector público podrán, previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, celebrar contratos derivados de proyectos promovidos por la iniciativa privada, en particular con respecto a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, incluidos en su modalidad de sociedad de economía mixta.

4. Las entidades del sector público programarán la actividad de contratación pública, que desarrollarán en un ejercicio presupuestario o períodos plurianuales y darán a conocer su plan de contratación anticipadamente mediante un anuncio de información previa previsto en el artículo 134 que al



menos recoja aquellos contratos que quedarán sujetos a una regulación armonizada. [Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2014]

Además de ello, en España el principio de responsabilidad tiene mayor envergadura, puesto que, en cuanto a la responsabilidad penal, puede ser declarada incluso sobre personas jurídicas. Las reformas de 2010 y 2015 establecieron controles más estrictos a las actuaciones a través de personas jurídicas y estas pueden ser declaradas responsables incluso cuando no se individualice al autor como persona natural, por violación del “debido control”.

Ahora bien, el poder negocial debe entenderse, también, a partir del poder de las Comunidades Autónomas. En ellas se fijan normas que orientan la forma en que el Estado (representado entonces por la Comunidad) celebra sus contratos, principalmente los del concierto social<sup>67</sup>. Por ejemplo, la Guía sobre contratación pública de las Islas Baleares establece que esta contratación debe someterse a los principios de “[...] libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos” [Gobierno de Islas Baleares, s.f., p.3].

En este sentido, la contratación española no dista de la colombiana. Mientras allá se habla de libertad de acceso a las licitaciones aquí se habla de libre competencia que, en términos generales, es lo mismo. La transparencia, la no discriminación y la igualdad también son valores encontrados en ambos ordenamientos.

---

<sup>67</sup> Esto tiene fundamento en el artículo 180.1.20, donde se otorga competencia para las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social.

Por otro lado, se puede poner el ejemplo de la Comunidad Autónoma de Murcia donde, con base en el artículo 148.1.20 de la Constitución, avoca competencia en materia de asistencia social y bienestar, desarrollo comunitario, política infantil y de tercera edad, entre otros. Todo esto a través del Decreto 10 /2019, de 14 de febrero, por el que se establece el régimen jurídico de los conciertos sociales en la Región de Murcia en los servicios sociales especializados en los sectores de personas mayores y personas con discapacidad.

En esta Comunidad se regula este asunto, además, a partir de principios que orientan la contratación. En particular, el artículo 3 contiene los principios de publicidad, transparencia y no discriminación, utilización racional y eficiente de los recursos públicos, control de la gestión de los servicios concertados, cooperación y servicio efectivo a la ciudadanía. Esto indica que el poder negocial se ve limitado y fundamentado básicamente por los mismos principios.

### **2.2.5 Aspectos del poder negocial de las partes en los contratos del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia**

Los contratos de interés público que se celebran en virtud del artículo 355 de la Constitución presentan unas particularidades que hacen que escapen en principio a las disposiciones de la Ley 80 de 1993. El régimen especial, regulado a través del decreto autónomo 092 de 2017, no puede ser entendido en el mismo sentido del Estatuto General. Incluso el análisis de la forma en que operan los principios no puede ser igual.

En gran medida, los principios, por la estructura abstracta que tienen, pueden adaptarse a materias distintas. Y es que si bien en ambos casos se regulan aspectos contractuales, estos pueden llegar a tener una aplicación divergente de acuerdo al régimen aplicable.

Este estudio diferenciado también debe hacerse en cuanto a la aplicación de las cláusulas excepcionales o exorbitantes. Así, a continuación se exponen ideas sobre el poder negocial en los contratos del 355 de la Carta Superior Colombiana a partir de los temas ya tratados genéricamente, los cuales, por supuesto, guardan mayor relación con las disposiciones de la Ley 80 de 1993.

Corresponde empezar esta exposición mencionando que el Decreto 092 de 2017 (norma que actualmente reglamenta y desarrolla el artículo 355 de la Constitución) se refiere a la aplicación de principios en materia de contratos de interés público con personas de derecho privado sin ánimo de lucro. El artículo 7 establece lo siguiente<sup>68</sup>:

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

---

<sup>68</sup> Esta norma expedida por el Presidente de la República de Colombia, le da desarrollo de manera autónoma al artículo 355 de la Constitución Política de Colombia.

entidad privada sin ánimo de lucro contratista deberá entregar los subcontratos que suscriba para desarrollar el programa o actividad de interés público previsto en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató la información de pagos. [República de Colombia, 2017]

Este artículo resulta llamativo porque, en primer lugar, abre la posibilidad para que se apliquen plenamente los principios de la contratación estatal; sin embargo, la redacción se hace confusa en tanto otorga consecuencias relativas a un principio en particular: la publicidad.

De hecho, ese principio se desarrolla muy bien puesto que la norma incorpora exigencias como el uso del sistema SECOP; pero más allá de eso no desarrolla ningún otro principio. Desde aquí se defiende la idea de no solo lo relativo a la publicidad es de “obligatorio cumplimiento”, como lo dice la norma, sino que los demás principios también lo son. Lo que corresponde, entonces, es determinar cómo operan.

Colombia Compra Eficiente [s.f.] explica, en su guía, la forma en que debe usarse el SECOP, lo cual permite garantizar la materialización del principio de publicidad<sup>69</sup>:

---

<sup>69</sup> Colombia Compra Eficiente, entidad pública encargada de regular aspectos relacionados con la contratación pública y los precios del mercado, ha sido objeto de cuestionamiento en la medida que para algunos estudiosos del derecho atenta contra la descentralización administrativa de las entidades territoriales, promovida desde el año 1991. Esta entidad es la responsable de SECOP, el cual como Sistema Electrónico para la Contratación Pública, no sólo publicita los procesos sino que se constituye en un espacio transaccional que permite a compradores y proveedores realizar el proceso de contratación en línea.

Las entidades privadas sin ánimo de lucro requieren abastecerse en el mercado de los insumos para su funcionamiento, sin embargo, también puede acudir al mercado para realizar actividades que desarrollen el objeto del contrato celebrado con una Entidad Estatal. En ese último caso, estamos frente a un evento de subcontratación que debe ser informado al público a través del Sistema Electrónico de Contratación Pública. Adicionalmente, todos los documentos que registren las decisiones y los fundamentos de las mismas en relación con la contratación 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 deben ser publicados en el SECOP. [p.22]

Lo anterior, aun cuando tiene que ver con lo dicho sobre el principio de publicidad, está intrínsecamente relacionado con el principio de transparencia, que no puede obviarse dentro de la celebración de estos contratos de interés público. No puede haber mayor variación entre la aplicación de la transparencia en la Ley 80 de 1993 y el Decreto 092 de 2017. Adicionalmente, la exigencia de actuaciones de buena fe, al ser constitucional, también se presenta en los dos regímenes de contratación casi sin modificación.

Por otro lado, se encuentra el principio de economía, que debe entenderse a partir del principio transversal en este tipo de contratos: el interés público. La economía, vista así, debe interpretarse en razón de la existencia de límites (máximos y mínimos). Es fácil entender que debe racionalizarse el gasto para no gastar más de lo necesario, es decir, evitar el derroche, lo cual desnaturalizaría el objeto de estos contratos y los convertiría en algo parecido a los

proscritos auxilios parlamentarios. Si se recuerda la intervención de Horacio Serpa Uribe en sesión de la Asamblea Nacional Constituyente, se entiende que en gran medida lo que se buscó fue evitar el derroche de dineros por parte del Estado, haciendo el gasto mucho más racional.

Existen, además límites mínimos, los cuales están determinados por la necesidad de garantizar el interés público. En resumen: la economía debe evitar los gastos excesivos, pero también los gastos minúsculos que no permitan que el objeto se desarrolle plenamente. No en vano el artículo 2 literal C, del Decreto 092 de 2017, establece que aunque existan en el mercado ofertas de bienes, obras y servicios iguales a los que ofrece la entidad sin ánimo de lucro, puede contratarse con esta última cuando “[...] la contratación [...] represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía<sup>70</sup> y manejo del Riesgo”<sup>71</sup> [República de Colombia, 2017].

Ahora bien, ¿la Guía de Colombia Compra Eficiente es garantía alguna en términos de economía? Al analizar brevemente el texto de la misma [en detalle será analizada en otro

---

<sup>70</sup> Subrayado no original.

<sup>71</sup> El Riesgo está definido en la Guía de Colombia Compra Eficiente como un evento que pueda generar efectos adversos. La gestión del Riesgo como criterio orientador será, entonces, la forma en que la entidad está preparada para afrontar los eventos anormales pero por lo menos previstos como probables. La eficacia hace referencia a la capacidad para lograr los objetivos. La eficiencia, por su parte, es muy parecida a la economía en tanto se determina por la capacidad de alcanzar mayores resultados usando la menor cantidad de recursos posibles.

capítulo] es posible observar que sobre el particular no se agregaron cuestiones sustanciales; más bien se reprodujo, un tanto más explicado, lo que el Decreto estableció.

Actualmente, coexisten otro aspecto sobre la economía que no puede pasarse por alto: la economía del tiempo. Si se trata de garantizar el interés público la agilidad constituye un papel importante. Estos contratos de interés tienen un alto impacto sobre la materialización de los derechos fundamentales, por lo cual sus trámites para celebrarlos y su posterior ejecución deben darse de forma rápida. No compaginaría con este fin un proceso de contratación tedioso y extenso. De hecho, en gran medida, este régimen es especial porque es más económico en el sentido que se está tratando. Las normas que regulan el asunto son mucho menos complejas que las consagradas por la Ley 80 de 1993 y esto se traduce en menos trámites, es decir, en economía, no vista desde el gasto medido en dinero sino en tiempo, teniendo presente que estos dos regímenes son diferentes y aplican para situaciones disímiles.

Otro principio importante es el de selección objetiva. Aquí sí hay particularidades tratándose de contratos de interés público del artículo 355 constitucional. La selección sigue siendo objetiva, por supuesto, pero se rige por unos parámetros específicos: por un lado, el universo de personas con posibilidades de celebrar estos contratos con el Estado es más reducida si se compara con el universo propio de la Ley 80 de 1993. Esto tiene una razón de ser: el Constituyente de 1991 quiso, como primera medida, prohibir los auxilios parlamentarios, pero adicionalmente quiso preservar algunas formas de ayuda para un tipo de personas de derecho privado en concreto: las entidades sin ánimo de lucro. Esto quiere decir que de estos contratos se pueden favorecer [beneficio no medido en términos de

utilidad] menos sujetos que con la Ley 80. Así las cosas, la selección objetiva recaerá solo sobre este tipo de personas.

Los beneficios de las entidades sin ánimo de lucro pueden medirse de varias formas. Por ejemplo, estas pueden verse beneficiadas en términos de *good will*, el cual, a pesar de ser intangible [algo radicalmente distinto al dinero], representa un valor agregado para cualquiera. La reputación de una entidad sin ánimo de lucro puede verse mejorada a partir de la celebración y buena ejecución de los contratos de interés público.

Pero, si bien la selección objetiva desde ese punto de vista es más restringida, desde el poder de decisión sobre con quién se celebra el contrato este principio es más laxo. El interés público como concepto jurídico indeterminado permite cierto margen de acción. Ya se explicó en el primer capítulo que el operador jurídico (cualquiera que sea su naturaleza), debe darle forma y contenido a este en cada situación concreta.

Hay menores límites para que la Entidad Estatal seleccione al contratista. Esto crea un escenario particular en términos de competencia, el cual se puede resumir así:

– **Libre concurrencia limitada**

La concurrencia, principio inescindiblemente ligado a la selección objetiva, está limitada constitucionalmente. Como se dijo, los contratos solo pueden celebrarse con personas de derecho privado sin ánimo de lucro, lo cual reduce el universo de posibles contratistas.

– **Mayor discrecionalidad en la selección**



Al momento de elegir la persona con que se celebra el contrato hay mayor discrecionalidad que en la Ley 80. Pero no puede entenderse esto como arbitrariedad; la selección no puede ser caprichosa e incluso hablándose de discrecionalidad puede acudir a criterios objetivos de selección.

– **Régimen excepcional en casos de cultura, deporte, arte y promoción de la diversidad étnica**

El Decreto 092 de 2017 estableció una excepción al proceso competitivo en los casos mencionados. En el artículo 4 inciso tercero indica:

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 diversidad étnica colombiana, que solo puedan desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos. [República de Colombia, 2017]

Aquí el Ejecutivo-legislador<sup>72</sup> otorgó a las Entidades Estatales una potestad discrecional. Se dice que “no están obligadas”, no se dice que no adelanten el proceso

---

<sup>72</sup> Debido a la naturaleza de los decretos autónomos, puede decirse que el Ejecutivo actúa en la misma forma en que lo hace el legislador. Y no puede decirse ni siquiera que lo hace excepcionalmente ya que en materia de contratos de interés público del artículo 355 constitucional esto es la regla. Por eso nos atrevemos a usar aquí la fórmula “Ejecutivo-legislador”. Se aclara que se usa la palabra “legislador” sin la inicial en mayúsculas porque no nos referimos al órgano que ostenta dicho nombre realmente. Aquí dicha palabra funciona solo como un complemento para denotar la aptitud y la actitud del poder Ejecutivo.

competitivo. Esto significa que es opcional: podrán realizarlo en tanto lo estimen conveniente.

– **Régimen excepcional en casos de entidades sin ánimo de lucro que aporten sus dineros en el contrato**

Esta es otra forma de evitar el proceso competitivo en la celebración del contrato de interés público. La norma establecida en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 prevé que se le dé prelación a las entidades sin ánimo de lucro que comprometan sus recursos en una proporción no inferior del 30% del valor total del contrato. Esto significa que si el contratista aporta sus recursos, tendrá más posibilidades de desarrollar la labor de interés público sobre la cual verse el contrato.

El Decreto no habla de “precio” sino de valor<sup>73</sup>, por lo cual se entiende que este no solo puede ser medido en términos de dinero, sino en otros términos: labores de apoyo y logística, aporte de personal, aporte de *know how* [saber hacer], etcétera.

Sin embargo, puede darse el caso en que más de una entidad sin ánimo de lucro quiera hacer aportes no inferiores al 30%, caso en el cual, aunque no haya proceso competitivo, sí

---

<sup>73</sup> No habla de precio toda vez que este término está limitado para actuar bajo la ley de la demanda y la oferta, de compra y venta de bienes y servicios, donde se paga por una contraprestación que en este caso satisface un número determinado de personas pero que el Estado debe atender dentro de su función propia. Distinto es hablar de valor en los contratos de interés público del artículo 355 de la CP, donde no se está comprando un servicio sino satisfaciendo de un interés público para unas personas más reducidas que las primeras, mediante la suscripción de contrato que coadyuven a mejorar su dignidad humana, condición humana y se garanticen sus derechos fundamentales.

deberá haber una justificación objetiva de la selección de la entidad. Señala el inciso segundo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017:

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 contrato, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección. [República de Colombia, 2017]

Las funciones asignadas por Ley a una Entidad Estatal de las que trata ese artículo son las contenidas en el artículo 96 de la Ley 489 de 1989. Esta norma remite a su vez al artículo 209 de la Constitución, donde se establecen los principios de la función pública y crea un imperativo para las autoridades administrativas: la coordinación para el cumplimiento de los fines del Estado.

– **Sistema de discriminación positiva**

Todo esto permite concluir que en los contratos de interés público del artículo 355 constitucional colombiano hay un sistema de discriminación positiva, legítimo por cierto, que primero da prelación a las entidades sin ánimo de lucro; luego a las que desarrollen actividades relacionadas con el deporte, la cultura, el arte y la promoción de la diversidad étnica; y finalmente, a las que comprometan parte de sus recursos en proporciones no inferiores al 30% del valor total del contrato.

Pasando a otro principio, se encuentra el tema de la responsabilidad. Esta, por supuesto, también existe en los contratos tratados. El interés público no puede servir de excusa para realizar cualquier tipo de contratos y desviar el espíritu de la norma. Por expresa remisión normativa del artículo 6 del Decreto 092 del 2017 se tiene en cuenta el mismo régimen de prohibiciones, incompatibilidades e inhabilidades de la Ley 80 de 1993. Esto deriva en responsabilidad disciplinaria, penal, fiscal, en los mismos términos en que se explicó este principio anteriormente.

El principio de la planeación también le es aplicable a este tipo de contratos, pero de manera un tanto diferente a los contratos celebrados a través de Ley 80 de 1993. Al tratarse de contratos donde no hay una contraprestación directa, la planeación corresponde tanto a la Entidad Estatal como al particular sin ánimo de lucro. Aquí no hay intereses contrapuestos cuando se celebra el contrato, hay intereses conjuntos; por tal motivo, es de imperiosa necesidad que ambas partes planeen el desarrollo del mismo de manera responsable.

Más allá de la discusión que existe en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el principio de planeación y la responsabilidad que sobre este tiene el particular, en estos contratos esa discusión no debe existir. Sin embargo, corresponde hacer unas precisiones.

Hay que decir que tanto el Decreto 092 como la Guía de Colombia Compra Eficiente no tratan el principio de planeación de manera general y satisfactoria. Ambos documentos hacen referencia a una etapa de planeación, pero esta se asimila más a la etapa precontractual (o preconvencional, si se quiere en este caso). En dicha etapa es, por ejemplo, donde determina si hay más de una entidad sin ánimo de lucro que ofrece las actividades propias

del programa de interés público, lo cual hace surgir la necesidad del proceso competitivo. En la Guía de Colombia Compra Eficiente [s.f.] se menciona lo siguiente sobre la etapa de planeación:

En la etapa de planeación la Entidad Estatal debe documentar los análisis que determinaron la decisión de utilizar la contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política y la situación de la población beneficiaria del proyecto que va a desarrollar la entidad sin ánimo de lucro. En ese análisis se debe documentar la complejidad del problema social, la cantidad y fuente de los recursos que la Entidad Estatal va a emplear en apoyar a la entidad sin ánimo de lucro, las metas del proyecto, los mecanismos de seguimiento que va a utilizar la Entidad Estatal y los criterios de evaluación final. [p.17]

Según esto, la planeación implica distintos tipos de mediciones, estudios y análisis. Sin embargo, se considera que tanto el Decreto como la Guía se quedan cortos. Aquí se trata tan solo un aspecto del principio de planeación que puede ser equiparado con lo que se conoce como “estudios previos”. Pero tales estudios, importantísimos sin duda, no satisfacen totalmente este principio.

Más allá de eso, se olvidan tanto el Decreto como la Guía de un supuesto de hecho muy importante: hay casos en donde el contrato surge de la iniciativa privada. Esto es, no surge de una decisión de la Administración como punto de partida sino que es el particular el que

propone la celebración del contrato. Mutis y Quintero [2000] hace referencia a cerca de diferentes formas de contratos que rigen por esta norma<sup>74</sup> y expresan:

La primera de estas hipótesis se presenta cuando la entidad sin ánimo de lucro solicita a la entidad estatal una suma de dinero para poder financiar el desarrollo de un proyecto de terminado y específico que ella misma ha concebido, pero que no tiene recursos suficientes para ejecutar. Sería por ejemplo, el caso de una fundación que prepara un proyecto para contribuir a la recuperación de un barrio o localidad cuyas viviendas han sido afectadas por un desastre natural.

El segundo caso es parcialmente semejante pero se refiere a cuando la entidad sin ánimo de lucro simplemente solicita una suma de dinero para poder dar continuidad a la normal realización de las actividades que hacen parte de su objeto, en cuanto persona jurídica. [p.568]

En estos dos supuestos no es la Entidad Estatal la que empieza a dar curso a la satisfacción del principio de planeación. Es el particular el que realiza los estudios previos. Y es que sin éstos resulta inverosímil que alguien se atreva a solicitar los aportes del Estado para desarrollar su actividad; pero resulta aún más inverosímil que haya una Entidad Estatal que siquiera considere realizar el contrato sin que estos estén presentes.

---

<sup>74</sup> Cabe resaltar que estos autores escribieron en vigencia del Decreto 777 y no del Decreto 092. Sin embargo, su opinión sobre los distintos tipos de iniciativas es intemporal.

Pero como se dijo, “etapa de planeación” y “principio de planeación” no son necesariamente lo mismo. Este último se extiende sobre todas las etapas del contrato. En la primera etapa, la de planeación, se expresa a partir de los estudios previos como ya se dijo. En la segunda, la de selección, se expresa a partir de la forma en que se escoge al particular atendiendo los criterios de discriminación positiva y selección objetiva, además de los de eficiencia, eficacia, economía y gestión del riesgo, cuando estos se ameriten. Por ejemplo, analizando el concepto de “personas políticamente expuestas”, para evitar incompatibilidades, inhabilidades, conflictos de intereses, etcétera. En la tercera etapa, la de ejecución y liquidación, este principio se expresa a partir del seguimiento que se realiza al contrato; o como señala la Guía:

La gestión del contrato es fundamental para alcanzar los objetivos de política pública. El diseño del contrato debe permitir evaluar durante la ejecución que la entidad privada sin ánimo de lucro continúa siendo idónea para desarrollar programas y actividades previstas en el plan de desarrollo. La Entidad Estatal no recibe una contraprestación directa en la contratación objeto de esta guía, lo cual no impide a la Entidad Estatal hacer un seguimiento pormenorizado de la ejecución del programa o actividad prevista en el plan de desarrollo y objeto del contrato. La Entidad Estatal puede incluir en el contrato las herramientas que requiera para hacer un seguimiento adecuado a la ejecución del programa o actividad y puede establecer metas, criterios mínimos de nivel de servicio o calidad y mecanismos de verificación.

[Colombia Compra Eficiente, s.f., p.20]

Esta planeación compartida se justifica porque se trata de un convenio y no de un contrato<sup>75</sup>. Razón para que en los casos de Ley 80 dicha planeación compartida no sea tan de recibo en la doctrina. Si ambas partes van en la misma dirección, ambas asumen las mismas responsabilidades sobre la garantía de este principio.

No obstante, y aun cuando es aceptable la cooperación que pueda existir entre ambas partes para alcanzar un bien común para el interés público<sup>76</sup>, ello no es óbice para desnaturalizar el contenido de la carta política colombiana, que es clara al referirse a los contratos en el artículo 355 de la misma.

Ahora bien, es preciso resaltar que, si bien el principio de planeación puede estar ausente cuando la iniciativa viene del privado, ello no despoja a la entidad pública para, previamente, hacer un análisis planificado que determine por qué es importante acompañar o apoyar a determinada entidad; establecer las ventajas, los riesgos, las posibles consecuencias para el interés público y la afectación de no hacerse, los grupos beneficiados, el nivel de complejidad y por qué no recurrir a la Ley 80 de 1993 o régimen contractual general.

---

<sup>75</sup> Bajo el entendido de que en el convenio no hay una contraprestación expresa, sino una conjunción de voluntades para conseguir un fin común. Para efectos del presente trabajo se hace referencia a contratos de interés público, aun cuando doctrinantes del derecho se refieren a estos como convenios para el caso colombiano.

<sup>76</sup> Es muy respetable que algunos juristas y doctrinantes asuman estos contratos como convenios, lo cual permite las apreciaciones jurídicas necesarias, pero resulta necesario diferenciarlos de los convenios que establece la ley 489 de 1998 expedida en Colombia, a la cual se hará mención posteriormente.



Otro tema importante a tratar es el de aplicación de las cláusulas de exorbitancia, controversiales en este tipo de contratos. Aquí se identifican dos momentos: antes y después de la vigencia del Decreto 092 de 2017. Este tránsito normativo trajo cambios que deben ser mencionados. Manifiesta Chávez [2008], sobre el particular, que<sup>77</sup>:

El Decreto 777 faculta a las entidades públicas para incluir las cláusulas exorbitantes, remitiéndose para el efecto al estatuto de contratación pública vigente en el año 1992, que estaba contenido en el Decreto 222 de 1983. La anterior remisión debe entenderse realizada al estatuto de contratación actual, es decir, a la Ley 80 de 1993.

Sobre esta materia, es necesario tener en cuenta que no obstante la remisión hecha al régimen general de dichas cláusulas, el artículo 15 del Decreto 777 establece expresamente que la entidad contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato y exigir el pago de perjuicios a que haya lugar, cuando quiera que las entidades contratistas incurran en incumplimiento de sus obligaciones contractuales. [p.389]

Este panorama, relatado por Augusto Ramón Marín Chávez, delata que anterior a la vigencia del Decreto 092, en primer lugar, se otorgaba la posibilidad de establecer el régimen de exorbitancia en los contratos de interés público del artículo 355 de la Constitución Política

---

<sup>77</sup> La obra del Doctor Augusto Ramón Marín Chávez, cobra especial relevancia en este trabajo, toda vez que es de los pocos autores o tratadistas que se han ocupado de este tema en Colombia. Por ello, es referencia relevante y se le cita constantemente.

de Colombia y, en segundo lugar, se otorgaba “por ley” el poder exorbitante de la terminación unilateral.

Ya con la entrada en vigencia del Decreto 092 de 2017 la discusión cambia. Aquí el debate, incluso, resulta ser mayor puesto que, mientras en vigencia del Decreto 777 de 1992 se debatía la forma en que operaba la exorbitancia, ahora se discute si esto puede o no aplicarse. Y es que ni la norma vigente ni la Guía de Colombia Compra Eficiente hacen mención alguna sobre las cláusulas excepcionales.

Se considera que la regla general que opera en los contratos de interés público del artículo 355 constitucional es que no se aplican las cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común. Sin embargo, la excepción puede darse sobre el poder exorbitante de interpretación unilateral. Este poder está contenido en el artículo 15 de la Ley 80 de 1993 así:

Artículo 15°. De la Interpretación Unilateral. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia. (Congreso de la República de Colombia, 1993)

Ahora, teniendo en cuenta que el Decreto 092 de 2017, en su artículo 7, hace una remisión normativa a las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, se crea un escenario donde así sea de manera remota pueda presentarse una interpretación unilateral,

explicado así: si dentro del contrato algunas cláusulas hacen referencia a estas prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, lo más lógico es que ante una controversia sobre este punto, la consecuencia sea la que otorga la ley 80 de 1993 (Norma reguladora de la contratación en Colombia).

Visto esto desde el principio de la autonomía de la voluntad y la autonomía administrativa al momento de contratar, puede decirse que sí pueden pactarse cláusulas de exorbitancia. La norma vigente no otorga ese poder para pactar pero tampoco se opone. Es decir, no hay una norma de orden público que limite en ese sentido la capacidad para pactarlas.

No obstante, al ser esto definido fundamentalmente por ley, es remota la posibilidad de que se dé. Quizá en un escenario de inhabilidades e incompatibilidades futuras –dependiendo de quien tome la dirección de la entidad sin ánimo de lucro luego de la celebración del contrato de interés público- puede darse aplicación a la interpretación unilateral.

Otro aspecto a tocar es el del denominado equilibrio contractual. Este, como se vio en su momento, puede ser roto por circunstancias como el hecho del príncipe o del soberano, o la teoría de la imprevisión. En estos casos el Estado debe restablecer el equilibrio para que el particular no reciba un menoscabo en sus intereses. Sin embargo, en gran medida esto se justifica porque en materia de contratación se valora y se protegen los intereses económicos de los particulares, es decir, se protege el hecho de que la celebración de los contratos esté inspirada en la obtención de utilidades económicas, ganancias.

Si esto no ocurre en la celebración de contratos de interés público, puesto que la exigencia principal es que se hagan con entidades sin ánimo de lucro, la conservación del equilibrio contractual no tendría entonces la misma fundamentación que tiene en los contratos celebrados en virtud de la Ley 80. Si estos contratos tienen mucho parecido con las donaciones modales, ¿por qué habría de restablecer el equilibrio si de cualquier manera no hay ánimo de lucrarse? Pues bien, aquí se propone una solución a dos escenarios concretos.

– **Subsistencia del equilibrio en los casos de contratos donde las entidades sin ánimo de lucro obliguen su patrimonio**

En este caso la conservación debe ser una obligación del Estado. Al comprometerse recursos propios, la ruptura del equilibrio trae necesariamente mayores consecuencias para la entidad sin ánimo de lucro. Si bien no hay intención de obtener utilidades, tampoco pueden generarse pérdidas económicas. Es apenas un tema de justicia. Esto no solo aplicaría en los casos donde se evada el proceso competitivo por aportes no inferiores al 30% sino ante cualquier contrato con aporte privado. Por supuesto el restablecimiento deberá ser proporcional a esto.

Se ve más clara la necesidad de conservación en tanto se trate de un hecho del príncipe puesto que es una de las partes (el Estado) el que rompe el equilibrio. En cuanto a la teoría de la imprevisión, al ser tan compartido el riesgo y la planeación, esto no se ve así. La propuesta que se hace es que solo sea obligatorio en el primer supuesto y facultativo en el segundo.

– **Subsistencia del equilibrio en los demás casos. El concepto de equilibrio convencional**

En los demás casos, donde los recursos correspondan todos al Estado, el restablecimiento y la subsistencia del equilibrio debe ser, si bien no una obligación, sí una opción preferencial, se pasaría de un equilibrio contractual a un equilibrio convencional.

En la primera forma de equilibrio la justificación está dada por la protección de los intereses económicos de los particulares en razón de un sistema preminentemente capitalista. En la segunda forma de equilibrio la justificación está dada por la necesidad de garantía del interés público. Así, si se celebra un contrato, la ruptura del equilibrio, además de perjudicar *a priori* al particular, también perjudica la función pública desempeñada por la Entidad Estatal puesto que hay menor posibilidad de alcanzar el objetivo: la ejecución de un programa de interés público y, por ende, el cumplimiento de los planes de desarrollo y la consecución de los fines del Estado.

Esto daría pie para plantear una discusión todavía problemática en la doctrina colombiana: la modificación de los objetos contractuales. Se hace necesario que la norma permita la modificación de los objetos contractuales. Esta es una teoría finalista defendida por García de Enterría y Fernández [1998], quienes lo explican así:

Lo que se persigue con estos contratos es satisfacer de la mejor manera posible el interés público; se trata, ante todo, de construir la obra pública que demanda el interés general, de prestar el servicio público en las condiciones que exijan en cada momento las necesidades públicas que el servicio está

llamado a cubrir, de facilitar la Administración las cosas muebles que ha menester. Si para conseguir estos fines, implícitos en el contrato y connaturales al mismo, es necesario adaptar a las nuevas necesidades los términos de lo pactado, esta adopción es obligada. La inalterabilidad del fin impone o puede imponer la alteración parcial, o mejor aún, la adaptación del objeto. [p.721]

Sobre esto corresponde anotar varias cuestiones: en primer lugar, García de Enterría y Fernández [1998] proponen esta teoría finalista para los contratos estatales, como los de obra, servicios públicos o suministro. Esto quiere decir que la proponen para un supuesto sustancialmente distinto, ya que aquí se ha venido sosteniendo la distinción entre contratos generales, Ley 80 de 1993 y contratos de interés público, entiéndase artículo 355 de la Constitución Política.

Ahora bien, los autores sustentan su teoría finalista en un fin particular: el interés público. Esto permite transpolar la teoría haciéndola aplicable no solo al régimen de la Ley 80 de 1993 sino también al régimen del artículo 355 de la Constitución. Si los contratos de esta norma constitucional son, precisamente, “de interés público”, no hay mayor problema para aceptar que la posición descrita es aplicable plenamente.

Así las cosas, con el propósito de mantener altas las probabilidades de conseguir el fin previsto, se propone que sea posible modificar los objetos de los contratos de interés público. A modo de ejemplo, si en un contrato de atención a la primera infancia, donde se prevé la atención a 500 menores a través del servicio de alimentos, por cualquier circunstancia uno

de los menores presenta una condición médica que conlleva a que los alimentos necesarios para su subsistencia sean sustancialmente distintos (tanto en su naturaleza como en su costo) ¿se puede desprender de aquí la posibilidad de modificar el objeto? Se considera que sí.

Lo cual se puede explicar a partir de la respuesta a la pregunta: ¿El contrato se celebra para satisfacer el interés público o para dar alimentación? El fin del contrato (y de todos los contratos del artículo 355 de la CP) es el interés público; la alimentación de los menores, por tanto, sería uno de los tantos medios que se pueden usar para alcanzar una mejor nutrición en una determinada población. En este caso, por tanto, la norma debe permitir, acogiendo la teoría de García de Enterría y Fernández, que se modifique el objeto, de manera que la alimentación de los menores no sea solamente la estándar, sino también la que eventualmente de modo excepcional, y por condición médica, requiera un usuario. Lo que no se puede variar o cambiar es el fin que persigue el objeto contratado, por cuanto se desnaturaliza la contratación y afectaría la destinación de los recursos públicos, a tal punto de constituirse una destinación indebida de dineros y una celebración no debida del contrato.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que, en Colombia, la justicia guarda especial restricción en relación a la modificación del objeto contractual, lo cual, ante el riesgo de la desnaturalización de la contratación (consecuencia de conductas de corrupción, falta de ética empresarial o beneplácito de las entidades públicas a través de sus servidores), es comprensible. Además de sostenerse el desconocimiento del principio de la planeación.

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, y para efectos del presente texto, el primer error que se comete, al momento de planear y celebrar un contrato, es establecer una

especie de apellido o extensión que va adjunto a la descripción del objeto contractual, desde el punto de vista formal y descriptivo; por ejemplo, un contrato puede tener por objeto la pavimentación de una vía **en material rígido y de un abscisado determinado** (lo resaltado sería la extensión). Ello dificultaría la variación del objeto, teniendo mayor rigor jurídico y contractual que la extensión fuera parte de las especificaciones técnicas o del alcance del objeto.

### **2.2.6 Conclusiones sobre el poder negocial de las partes.**

El concepto de “poder negocial” puede entenderse como el espectro o margen de acción dentro del cual las partes de un negocio jurídico pueden moverse sin violentar el orden jurídico. En el caso de la contratación estatal este poder negocial no solo se expresa en las tratativas precontractuales y el momento de la celebración, se extiende en toda la ejecución del contrato. Este poder de las partes en la contratación estatal está enmarcado por principios, deberes y derechos que orientan la formación de un auténtico negocio jurídico entre la Administración y los particulares.

Sobre el poder del Estado, en primer lugar, hay que decir que éste se encuentra en una posición de superioridad manifiesta con respecto a los particulares. Su envergadura es muy superior. Así mismo, la forma en que actúa también es distinta a la de los ciudadanos. Cuando se trató el tema del negocio jurídico en el derecho privado se mostró cómo la autonomía de la voluntad estaba poco limitada. Pues bien, para la Administración la autonomía de la voluntad opera de manera diferente.



El primer y gran límite que tiene el poder negocial del Estado es el principio de prevalencia del interés general, tratado en el primer capítulo ampliamente. Posteriormente, pueden verse como límites del poder negocial los principios de selección objetiva, economía, responsabilidad, transparencia, etcétera, puesto que estos imponen talanqueras al momento de celebrar un contrato.

El principio de legalidad, también tratado en el primer capítulo, constituye otro límite al poder negocial, toda vez que, como refiere García [1991]: “La Administración sólo actúa en aquello que se le permite por la norma (legal, normalmente), mientras que el particular (aquí se toma esta palabra y no la de administrado, porque entre éstos caben también Administraciones) pueden hacer todo lo no prohibido” [p.65]. En este sentido, los contratos no pueden surgir de la nada jurídica; por el contrario, deben encontrar sustento en el ordenamiento.

Uno de los aspectos más relevantes en la discusión sobre el poder negocial es el de las cláusulas exorbitantes. Estas otorgan unos poderes excepcionales al Estado, los cuales derivan en una relación desproporcional con respecto a los contratistas. Sin embargo, estos poderes tienen unos límites, es decir, se habla de potestad reglada, ya que no responden a caprichos de las entidades contratantes.

Palacio [1997] explica muy bien este sistema de freno y contrapeso:

En el contrato estatal, la ley confiere a la Administración contratante poderes excepcionales que desbordan la autonomía de la voluntad, afectan la igualdad de los contratantes [...]; por tanto, como contraprestación para el

particular contratista, se ha impuesto la teoría del equilibrio financiero del contrato, que señala la obligación para la Entidad contratante de mantener intangible la remuneración pactada y de mantener las facilidades otorgadas al contratista en la ejecución del contrato. Con lo cual, si bien es cierto que la Entidad goza de poderes y privilegios excepcionales, a su vez, el particular que contrata con la Administración tiene derechos, dentro de los cuales sobresale uno especial, como es el de protección de su finalidad lucrativa.

[p.311]

De una u otra manera el legislador busca equiparar la balanza al exigir el respeto de la ecuación económica en el contrato estatal. Sin embargo, hay que decir que los poderes excepcionales inclinan ésta a favor del Estado.

En el poder negocial la autonomía de la voluntad se entiende de manera distinta según sea la parte que se esté observando: mientras los particulares se inspiran, por lo general, en las posibles utilidades económicas, la Administración se inspira [y además se limita] por el interés general y el interés público. Pero, a su vez, el legislador busca que aunque existan distintos móviles, estos puedan confluir plenamente, dándole valor al consenso. Benavides [2004] comenta que “La posición del legislador busca la protección del acuerdo de voluntades para ofrecer el máximo de seguridad a las partes contratantes y al intercambio de prestaciones del contrato” [p.198].

El poder negocial de las partes en los contratos de interés público del artículo 355 de la Constitución presenta unas particularidades que escapan a las disposiciones de la Ley 80

de 1993. En este escenario hay mayor espacio para la discrecionalidad al momento de seleccionar al contratista, pero a su vez hay menor rango de acción en cuanto a la cantidad de postulantes. También la planeación aparece como un aspecto fundamental a la hora de negociar porque esta puede ser responsabilidad de ambas partes incluso desde la etapa precontractual.

Finalmente, se puede concluir que hay mayor flexibilidad al momento de celebrar los contratos (algunos convenios). El principio de interés público –piedra angular de este tipo de contratación-, al ser un concepto jurídico indeterminado, permite que se justifiquen en razón de él diversas necesidades, lo cual no puede entenderse en términos de arbitrariedad o capricho de la Administración, lo cual comportaría un desconocimiento del espíritu de la norma.

### **2.2.7 El convenio interadministrativo y el poder negocial.**

Hasta el momento el poder negocial ha sido tratado para efectos del contrato administrativo. Además de haberse hecho referencia, de manera previa, a los contratos de interés público; no obstante, surge la necesidad de saber cómo opera este poder en cuanto a los convenios interadministrativos. De entrada hay mucha diferencia entre las partes contratantes puesto que en estos últimos se trata de dos entidades de derecho público, esto es, dos entidades que representan al mismo Estado. Diferente a los contratos de interés público

Chávez [2008] conceptúa así:

Para identificar conceptualmente la figura del convenio interadministrativo puede considerarse una definición conforme a la cual este es el vínculo jurídico establecido mediante un acuerdo de voluntades celebrado entre dos o más personas jurídicas públicas con el objeto de coordinar, cooperar o colaborar en la realización de funciones administrativas de interés común a los sujetos contratantes. [p.132]

Puede asegurarse, entonces, que hay identidad de las partes en cuanto a su pertenencia al Estado; pero lo más importante es el objeto contractual. Aparecen los verbos rectores cooperación, coordinación y colaboración como los que identifican a esta figura. He aquí el principal elemento de distinción con el contrato interadministrativo. Es decir contrato y convenio interadministrativo son diferente.

Los convenios interadministrativos se distinguen de los contratos interadministrativos porque estos últimos, celebrados al igual que los primeros entre personas jurídicas públicas, no tienen como objeto la realización común de intereses compartidos como ocurre con los convenios interadministrativos típicos, sino el logro de los fines estatales de alguna de las partes. En los contratos interadministrativos se busca obtener de otra persona jurídica pública la prestación de un servicio específico, la ejecución de una obra o el suministro de un bien, la realización de una actividad determinada que podría ser llevada a cabo por un particular. [Chávez, 2008, p.140]

Estos, a su vez, se diferencian del acuerdo interorgánico en el sentido de que se caracterizan porque los que celebran el convenio son órganos de una misma persona jurídica, lo que significa que cada una de las partes no está dotada de una personería jurídica propia, sino que esta deriva de la personería jurídica de la entidad a la que pertenecen.

Ahora bien, entendiendo esto, es posible plantear diferencias en la forma como opera el poder negocial puesto que aquí no se trata de un particular contratando con el Estado sino dos personas jurídicas de ese mismo Estado celebrando un convenio.

El poder negocial de las partes está enmarcado, entonces, por varios principios, siendo el primero la separación de poderes. La división tripartida del poder público permite entender el Estado no solo como un todo, sino como un todo fraccionado, donde cada una de las ramas de poder ostenta cualidades y facultades especiales. Así, cada rama obtiene parte de esa personalidad jurídica del Estado y, por tanto, puede celebrar, con otra, convenios interadministrativos con el fin de alcanzar los fines constitucionales.

Este principio guarda relación con el de colaboración armónica. Por este último se impone la necesidad de que las ramas del poder público no actúen de manera aislada. Sobre estos dos menciona la Corte Constitucional [2004], en Sentencia C-246 de 2004:

Si bien es cierto que el principio de separación de poderes es el fundamento para el reconocimiento de la necesaria independencia y autonomía de los diferentes órganos del Estado, a fin de que puedan cumplir cabalmente sus funciones, también lo es que dicho principio debe ser interpretado en función de su vinculación con el modelo trazado en el artículo

113 Superior, según el cual, cada uno de los órganos del poder público debe colaborar armónicamente para la consecución de los fines estatales. Colaboración armónica que no implica que determinada rama u órgano llegue a asumir la función de otro órgano, pues no debe olvidarse que cada uno de ellos ejerce funciones separadas.

Así mismo, este poder negocial está determinado por la autonomía administrativa de las entidades que participan en el convenio y esta autonomía es la que les permite concretar su capacidad contractual con el fin de colaborar armónicamente.

En el caso de Colombia, aun siendo un Estado unitario, es decir, con un solo centro de impulsión política, existen las figuras de la descentralización y la desconcentración del poder administrativo. Esto también constituye una base para el poder negocial en materia de convenios interadministrativos ya que a partir de estas figuras se adquiere autonomía para la toma de decisiones, en este caso, para la celebración de contratos y convenios.

En síntesis, se considera que hay tres claves para entender el poder negocial dentro de los convenios interadministrativos:

– **La naturaleza de las partes**

La posibilidad de celebrar los convenios interadministrativos se limita por la naturaleza de las partes puesto que ambas deben ser públicas y con autonomía administrativa. De otra manera se torna imposible jurídicamente la celebración de un convenio de esta naturaleza.

– **El objeto contractual**

El objeto nunca supone una contraprestación de entidad pública con respecto de otra puesto que en ese supuesto se configuraría un contrato interadministrativo. El convenio debe basarse en una cooperación, una coordinación o una colaboración.

La cooperación hace referencia a un reparto de tareas para alcanzar fines que son comunes a las entidades que celebran el convenio. La coordinación hace referencia a un trabajo sin contradicciones, pero donde cada entidad hace las tareas que normalmente le corresponden. La colaboración hace referencia a una ayuda que presta una entidad a otra para que esta última cumpla con sus fines propios [Chávez, 2008].

– **Los fines constitucionales superiores**

El artículo segundo de la Constitución establece como fines del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad, facilitar la participación ciudadana, la defensa de la independencia nacional, entre otros. El artículo primero, al definir al Estado colombiano, establece que el mismo se fundamenta en la prevalencia de interés general. Estos principios-fines no están pensados para una autoridad en especial. Si bien puede decirse que la Administración tiene mayores responsabilidades en la materialización de estas normas constitucionales, también puede asegurarse que son todas las ramas las que tienen este deber.

Por tanto, la celebración de los convenios interadministrativos debe estar inspirada en estos fines constitucionales, puesto que son comunes a todas las entidades públicas, sea cual sea la naturaleza y la jerarquía. En conclusión, el poder negocial se encuentra circunscrito a un marco con límites formales y materiales. Los primeros referidos a las partes en sí, los segundos, al objeto y los fines constitucionales.

### 2.3 El Acto Complejo y El Acto Colectivo

El problema conceptual de los actos complejos y los actos colectivos se centra, en particular, en la manifestación de la voluntad, que constituye “[...] la expresión de lo querido o deseado conforme a derecho, la cual debe ser de naturaleza unilateral” [Santofimio, 1998, p.129].

Tanto los actos complejos como los actos colectivos poseen, como todos, declaraciones de voluntad. La diferencia radica en la forma en que esta se compone. En los actos complejos confluyen varias voluntades hacia una misma dirección, pero fundadas en una sola. Estos son, al decir de Sánchez [2004]:

Los resultantes del concurso de la voluntad de varios órganos o sujetos de la administración pública y sobre ellos, el Consejo de Estado ha concluido que el acto administrativo complejo es una manifestación de la voluntad estatal formada por pronunciamientos sucesivos de dos o más autoridades administrativas por obra de las instancias o de los recursos que sean posibles en la vía gubernativa. [p.235]

Como contrapartida, los actos colectivos si bien también se componen de varias voluntades de órganos de la administración pública, estas no se funden y, aunque sean iguales, permanecen distintas y autónomas.

Chávez [2008] presenta, así, la distinción entre acto complejo y acto colectivo:



Se distingue del acto complejo el acto colectivo, el cual se presenta cuando hay simplemente una suma de declaraciones de voluntades unilaterales concordantes, sin que haya propiamente un acto unilateral como producto de esa manifestación colectiva. Se dice que el acto resultante no es una convención ni un acto complejo, pues las voluntades no se funden y se unifican en una sola voluntad como ocurre en el acto complejo, sino que simplemente, se unen en una sola declaración y para efectos de la misma permaneciendo jurídicamente autónomas las voluntades participantes. [p.56]

Esta distinción tiene consecuencias prácticas, sobre todo en lo relativo a los vicios de la voluntad. Tanto Chávez [2008] como Sánchez [2004] coinciden en que la voluntad viciada de una de las partes tiene consecuencias según el tipo de acto: para los actos complejos, al fundirse las voluntades en una sola, el vicio invalida todo el acto; para los actos colectivos, al permanecer autónomas las voluntades, un vicio solo invalida una de esas manifestaciones de voluntad.

Sobre esto hay que decir que los convenios interadministrativos tienen ciertas características de los actos complejos. No pueden verse como equivalentes, eso sí, puesto que estos actos no son convenios. Sin embargo, tanto en los unos como en los otros, hay una suma de voluntades encaminadas hacia un mismo fin.

Se retorna a la discusión planteada al inicio de este capítulo. El acto no puede ser equiparado al negocio, aunque en este caso se parezcan. El convenio interadministrativo es un negocio jurídico mientras que el acto complejo no tiene tal calidad.

## **2.4. Convenios de la Administración**

Al tratar este tema se regresa a lo planteado al inicio sobre la distinción entre “convención” y “contrato”. Se manifestó que la equiparación que hacía el Código Civil Colombiano era errónea, toda vez que la convención era un término mucho más amplio.

Esto no solo es aplicable en el derecho privado, también en el público. Sin embargo, la diferenciación aquí no se establece en los términos de género-especie sino de dos géneros distintos. Mientras en el derecho civil los contratos son una de las formas de convención, aquí no se ve así: los convenios son de una naturaleza distinta a la de los contratos. Las voces “convenio administrativo” y “contrato administrativo” están desligadas por su contenido.

La actividad convencional de la administración puede darse de varias formas, siendo de las principales los convenios interadministrativos y los administrativos.

### **2.4.1 Convenio administrativo**

Estos convenios, forma típica de la actividad convencional de la Administración, son definidos por la Alcaldía Mayor de Bogotá [2011] así:

Negocio jurídico bilateral de la administración en virtud del cual ésta se vincula con otra persona jurídica pública o con una persona jurídica o natural privada para alcanzar fines de interés mutuo en el marco de la ejecución de funciones administrativas, fines que, como es obvio siempre deberán coincidir con el interés general. [p.23]

De entrada, se puede resaltar que aunque sean “negocios jurídicos” no son contratos. En los convenios administrativos no hay una contraprestación, sino una unión de voluntades tendientes a cumplir fines comunes; sin embargo, esta unión de voluntades crea obligaciones en términos muy parecidos a las de un contrato.

Se diferencian del contrato administrativo, precisamente, por la ausencia de contraprestación, y se diferencian del acto complejo puesto que en este último hay una declaración unilateral, aun cuando resulte de varias declaraciones, es decir en el acto complejo ni siquiera hay negocio jurídico.

El convenio de la Administración Pública, a diferencia del contrato estatal, parte del supuesto de que los intereses de las partes son coincidentes. En ese sentido, las partes del convenio unen esfuerzos para sacar adelante un cometido común.

Ahora bien, este acuerdo de voluntades crea obligaciones para las partes, al igual que el contrato de sociedad. Esto es, no se trata de meras manifestaciones de buena voluntad.

Aunque un sector minoritario de la doctrina sostiene que los convenios no tienen un carácter obligacional (Santofimio Gamboa, 2004, p. 247 y 248), este trabajo se circunscribe y defiende la concepción del convenio de la Administración como un acuerdo que crea vínculos jurídicos entre las partes, tal como se evidencia en la gestión que se desarrolla en las entidades públicas [Perdomo, 2014, p.14].

Estos, a su vez, pueden darse de manera distinta. En el derecho colombiano se encuentran convenios tales como los convenios de asociación, los de cooperación, los de apoyo y los interadministrativos. Cada uno de ellos tiene sus particularidades y sus semejanzas, pero tal cuerpo no es el objeto de la investigación.

Lo que sí comporta parte del objeto de la investigación son los tipos de convenios administrativos y los contratos de interés público, celebrados en virtud del artículo 355 de la Constitución Política Colombiana, que se diferencian, por ejemplo, de los convenios interadministrativos en que los contratos de interés público son celebrados entre una entidad del Estado y una persona natural o jurídica de derecho privado (siempre que no exista el ánimo de lucro) en tanto un convenio puede guardar similitud con el contrato anterior, pero la entidad de uno de los extremos puede ser con ánimo de lucro y el objeto puede tener una dimensión diferente, lo que permite, también, que se diferencie, naturalmente, de los contratos administrativos.

Esto tiene una consecuencia práctica: no hay en ellos una remuneración a un servicio prestado, un bien suministrado o una obra construida. Lo que hay es un apoyo para lograr fines comunes. El interés público es ese fin común que debe buscarse a través de estos. Dicho apoyo consiste en un constante acompañamiento y un desarrollo de tareas conjuntas para alcanzar el objetivo.

La entidad pública que celebra estos convenios no puede desentenderse de la ejecución ni tampoco debe limitarse a ejercer control y vigilancia. Lo que corresponde es desarrollar el objeto de la mano de la persona natural o jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro con

la cual se celebre. De lo contrario se estaría incurriendo en una donación ilegítima; precisamente lo que ha sido prohibido por el inciso primero del artículo 355 de la Constitución Política Colombiana.

Con el propósito de hacer una aproximación diferencial entre el convenio administrativo y el contrato de interés público es indispensable hacer alusión al artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

El artículo 96 de la Ley 489 de 1998<sup>78</sup> señala, en relación a los convenios:

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.

---

<sup>78</sup> También conocida como ley de modernización del estado.

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. [Congreso de la República de Colombia, 1988]

Esta norma es de suma relevancia en la medida, pues hace referencia a los convenios y es precisamente este texto positivo de convencionalidad entre estado y particulares el que permite la suscripción de los convenios mencionados. Pese a ello, hace

una precisión fundamental al expresar que es *para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley* (entiéndase entidades públicas). Significa que las funciones se encuentran en poder del estado colombiano, a través de sus diferentes entidades, como uno de los requisitos para celebrar el convenio administrativo. Obviamente, para ello se permite la asociación o la existencia de una nueva entidad entre otras formas.

Para esta disposición, que puede parecer similar a la establecida en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, el legislador, que no el Constituyente, decidió usar la connotación de convenios a pesar de remitir al texto del artículo 355 de la Constitución Política Colombiana<sup>79</sup>, que hace referencia a contratos.

Otra consideración que se pone de manifiesto es que en el convenio autorizado por esta ley se deben observar los requisitos de la norma superior colombiana y el Decreto 092 de 2017 para su suscripción: que se trate de una ESAL, la idoneidad, la realización de actividades propias de la función, que permite inferir una complementación a la labor principal de la entidad pública, en tanto el artículo 355 de la carta magna colombiana se refiere a apoyar programas de interés público<sup>80</sup>. Por el contrario, cuando se cumplen funciones de un organismo público se comparte la presencia del convenio administrativo.

---

<sup>79</sup> Véase artículo 96 de la Ley 489 de 1998 de Colombia, en cuanto a los requisitos y exigencia. Seguidamente, consúltese el artículo 355 de la Constitución Política Colombiana.

<sup>80</sup> Por esta razón, algunos tratadistas hablan de donaciones modales para las ESAL (nótese cómo la norma no condiciona que ese apoyo, a través de un contrato, sea para el cumplimiento de funciones de la entidad pública).

Cuando se discorra sobre contratos de interés público, se volverá sobre este planteamiento no pasivo para la doctrina jurídica.

## **2.6 Conclusiones**

La actividad negocial y convencional del Estado presenta aspectos complejos. No es algo definido en una norma, por lo cual corresponde acudir a la interpretación de todo un sistema jurídico con el fin de definirla y explicarla. La primera de las conclusiones a la que se llega es que en esta actividad juega un papel fundamental la personalidad jurídica del Estado, lo cual permite ver al Estado en una de sus facetas más importantes: como contratante.

Más allá de las calificaciones jurídicas que reciban las entidades estatales, como por ejemplo “sin personería jurídica”, se concluye que la actividad negocial y convencional está determinada por el reconocimiento de una personalidad general del Estado visto como un todo. Éste, a su vez regula a través del legislador su propia capacidad para contratar.

Los fines constitucionales que el constituyente primario consagra en la Constitución son el fundamento básico para esta actividad. El aseguramiento y la materialización de estos suponen distintos frentes de acción, siendo uno de ellos la contratación con particulares.

En el desarrollo de este frente de acción, contractual, el Estado colombiano no se ha encausado en una sola dirección. Se creó en la Constitución de 1991 un régimen especial en el artículo 355 de la CP, el cual permitió al Presidente de la República hacer una regulación sobre contratos de interés público con personas de derecho privado sin ánimo de lucro. Se concluye que esto es una oposición a la práctica nefasta de los auxilios parlamentarios



propios de la Constitución de 1886. En este nuevo régimen constitucional se pretendió reservar las donaciones [modales, por su puesto], a través de un régimen contractual especial.

Esta actividad negocial está sumamente determinada por principios y no por reglas. Los principios de contratación fundamentan y a la vez limitan al Estado al momento de contratar. Encontramos conceptos como transparencia, selección objetiva, libre concurrencia, planeación, etcétera. Estos guían y regulan el ejercicio de la autonomía de la voluntad en el campo estatal, el cual es radicalmente distinto al ejercicio del mismo derecho en el campo privado.

La exorbitancia, por su lado, otorga al Estado mayor poder en la actividad convencional. Los poderes de interpretación, modificación, terminación, entre otros, convierten a una de las partes en superior a la otra. La relación contractual no está nivelada en términos normativos.

Esta exorbitancia por supuesto no tiene solo consecuencias en la celebración sino en toda la relación contractual. Estos aspectos fundamentales no tienen igual aplicación en todos los regímenes contractuales. Precisamente, al tratarse de principios es posible realizar adaptaciones según se trate la Ley 80 de 1991 o el artículo 355 de la Constitución y sus desarrollos a través de decretos autónomos.

Como presupuesto inicial para la aplicación diferenciada de principios se tiene que los dos regímenes crean figuras distintas: a partir de la Ley 80 se habla de contratos, donde las partes tienen una oposición de intereses y donde se valora y se protege la búsqueda de utilidades por parte de los particulares; por otro lado, en el artículo 355 constitucional se

habla de contratos de interés público (aunque muchas veces se haga referencia a convenios), en los cuales no hay oposición de intereses ni se valora o protege la búsqueda de utilidades ya que este tipo de contratación está reservada para personas de derecho privado sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.

Al tratarse de contratos, los principios aplican de forma distinta [unos más que otros]. La economía, por ejemplo, es vista desde límites máximos como mínimos puesto que la garantía del interés público es un imperativo constitucional para el Estado. Así las cosas, no puede gastarse más de lo necesario, pero tampoco menos, lo cual derivaría en inversiones ineficaces para conseguir tal fin.

En tratándose de contratos de interés público la economía también tiene un alto impacto sobre el proceso de contratación: la celebración debe ser expedita, los trámites deben ser ágiles. Esto se justifica en gran medida porque los estos contratos están relacionados directamente con la materialización de derechos fundamentales.

En este tipo de contratos la planeación es más compartida entre las partes que en la Ley 80. Incluso desde la etapa precontractual del artículo 355 de la CP puede hablarse de planeación por parte del particular, sobre todo en los dos supuestos en donde el la relación surge de la iniciativa privada: (i) el inicio de un programa de interés público y (ii) la continuación de un programa ya iniciado. En ambos casos incluso los estudios previos pueden tener participación del particular, lo cual, aunque no satisface totalmente el principio de planeación, sí comporta un punto de partida importante. Este principio se debe extender

sobre todas las etapas de los contratos de interés público: planeación, selección y, por último, ejecución y liquidación.

El principio de preservación del equilibrio contractual no puede aplicarse de manera igual a la Ley 80 cuando se trata de contratos de interés público del artículo 355 de la CP. Sobre el punto se concluyen unas necesidades y se plantean unas propuestas ya que no hay a día de hoy una solución normativa para el asunto. Se propone entonces pasar de hablar de equilibrio contractual a equilibrio convencional.

El equilibrio convencional encuentra justificación y se legitima a partir del principio de interés público. Este imperativo crea la necesidad de que ante una ruptura pueda restablecerse con el fin de conseguir los objetivos inicialmente planteados en el contrato que goza de esta especialidad que se analiza. Se plantean dos escenarios: (i) un restablecimiento obligatorio en casos de personas de derecho privado sin ánimo de lucro que comprometan sus recursos, fundamentalmente para casos de hechos del príncipe; (ii) un restablecimiento facultativo en los demás casos, todo con el fin de poder seguir garantizando el interés público.

Esto da pie para concluir que la aplicación de los principios generales de la contratación pública sí es posible hacerla en los contratos del artículo 355 de la CP; sin embargo, esta aplicación debe hacerse de manera cuidadosa para moldear el principio de tal forma que no trastoque la naturaleza de este régimen especial de contratación.

Así mismo, se concluye que el poder negocial opera de forma distinta cuando estamos en presencia de convenios interadministrativos. Naturalmente esto debe ser así por la naturaleza de las partes que los celebran: dos entidades. Aquí la búsqueda de la satisfacción

de los fines del Estado debe tomar mucha más relevancia puesto que ni siquiera hay una satisfacción de intereses particulares. La colaboración, la coordinación o la cooperación deben responder a los fines constitucionales de parte y parte.

Los actos complejos y los actos colectivos son conceptos que permiten entender las diferencias que existen entre contrato y convenio. Si bien en derecho privado es posible que estas voces signifiquen lo mismo, hay que decir que en derecho contractual público no es así: el contrato, como se sostuvo, supone intereses distintos; el convenio, por el contrario, fusiona intereses. Así ocurre con estos tipos de actos: en el acto complejo hay una fusión de voluntades. Claro está, el uso de estos conceptos es ilustrativo toda vez que aunque un acto administrativo pueda contener varias manifestaciones de voluntades, esto no lo convierte en un acto contractual.

El convenio administrativo es, dentro de todas las figuras contractuales, la que más se parece al acto complejo. En este no hay oposición de intereses sino una confluencia de los mismos. El Estado y un particular comparten el mismo fin. Es por esto que por lo menos en esta modalidad debe permitirse la modificación del objeto, dependiendo de las necesidades que surjan y siempre con un objetivo claro: cumplir los fines constitucionales. Aquí debe reforzarse el carácter instrumental de la contratación. La aceptación de dicha posición no debe ser problemática. En materia puramente contractual puede resultar distinto el debate puesto que la modificación puede afectar las expectativas de utilidad que tiene el contratista. Sin embargo, esto tiene una solución: la restauración del equilibrio por hecho del príncipe.

### **Capítulo 3. Miramientos Jurídicos para la Celebración de los Contratos de Interés Público – Aproximación Comparada**

Este capítulo aborda la desigualdad de varios aspectos propios de los contratos<sup>81</sup> de interés público, existente en los regímenes colombiano y español. Para ello, en principio, se hará una aproximación al concepto de contrato de interés público y su cercanía con los llamados contratos del Tercer Sector de Acción Social en España.

Sumado a lo anterior, se forjará un razonamiento sobre el concepto de ánimo de lucro y su contrapartida, la ausencia del ánimo lucrativo. Ello, con el propósito de conocer el tipo de

---

<sup>81</sup> Se utiliza el término “contrato”, en contraposición al de “convenio”, por la denominación constitucional, que hace más apropiado utilizar el término contrato de interés público. Aunque para algunos tratadistas de Colombia no constituya un contrato (a tal punto de hacerse una denominación indistinta, refiriéndose en ocasiones a contrato y en otros a convenio, en tratándose de lo preceptuado en el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia) y por su naturaleza consideren que se acerca más al concepto de convenio.

organizaciones típicas dentro de este novísimo concepto (fundaciones, veedurías, organizaciones religiosas, entre otras).

Por otro lado, se discurrirá sobre un asunto muy importante para la investigación: las formas de control sobre estas contrataciones. Especialmente, las diferencias entre el control fiscal que realizan la Contraloría General de la República de Colombia y el Tribunal de Cuentas español. Además de considerar las figuras de interventoría y supervisión.

### **3.1 Concepto de convenio/contrato de Interés Público en Colombia y España**

Para abordar este acápite se debe, en primer lugar, hacer una precisión conceptual, toda vez que la voz “convenio de interés público” contiene expresiones susceptibles de ser valoradas de varias formas<sup>82</sup>. Así las cosas, para efectos de esta parte del estudio, se presentará la expresión “convenios de interés público” como aquellos contratos de los que trata el Decreto 092 de 2017<sup>83</sup>, que reglamenta el artículo 355 de la Constitución Colombiana. El artículo 355 Constitucional colombiano expone que “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” (República de Colombia, 1991, Capítulo 3, del Presupuesto, párr.23). Y el Decreto 092 de 2017, explica, en el Artículo 2, que “Las Entidades Estatales del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal

---

<sup>82</sup> Sin embargo, no corresponde hacer una profundización, ya que el tema conceptual fue abordado, en su momento, de manera concreta.

<sup>83</sup> La advertencia se hace toda vez que el Decreto en mención no le pone un nombre específico a los mismos. Aunque, por regla general, habla de contratos y no de convenios; precisamente ahí radica la necesidad de precisar.

**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” [República de Colombia, 2017, p.1]. Como se aprecia, en ambos casos se utiliza el término “contratos” y no “convenios”.

El Decreto 092 de 2017, además, parece hacer una distinción entre dichos conceptos en el último inciso del artículo 5, donde dice que “Estos **convenios** de asociación son distintos a los **contratos** a los que hace referencia el artículo 2 y están regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y los artículos 5, 6, 7 y 8 el presente decreto” [República de Colombia, 2017, p.3].

Así las cosas, y siguiendo el tenor literal de la norma, resulta pertinente, en este evento, hablar de contratos de interés público. Sin dejar de lado, que por fuera de dicho tenor, y acudiendo al fundamento de la teoría de los contratos, es posible utilizar el término “convenios”. De hecho, otros autores hablan de “convenios de asociación e interés público”. Al respecto, afirma Naranjo [2014]:

O como se afirma que: “A través de unos convenios se formalizan formas de apoyo para que un particular realice actividades que la administración tiene bajo su responsabilidad, pero que no está en posibilidad de afrontar, o apoyos a actividades respecto de las cuales la administración no tiene una responsabilidad directa de ejecución y atención, pero que debe fomentarlas en razón de políticas económicas o de otra naturaleza. Estas, al contrario de las simples manifestaciones de buena voluntad, constituyen

verdaderas relaciones jurídicas, respecto de las cuales son aplicables las normas que regulan las obligaciones en los estatutos civil o comercial, según el caso”.

Ante estas actuaciones denominadas convenios, es factible proponer una clasificación basada en la naturaleza de los sujetos que participan, por un lado están los convenios que se constituyen por acuerdos entre dos o más entidades públicas o convenios interadministrativos (Alexy, Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios, 2003); por otro están los que se conforman entre entidades del Estado con el concurso de los particulares. [p.28]

De manera que el ordenamiento jurídico colombiano contiene, por un lado, los convenios de asociación, surgidos del acuerdo de voluntades entre una Entidad Estatal y un particular, que se asocian para cumplir conjuntamente con los cometidos y funciones que la ley le ha otorgado a la Entidad. Es decir, la asociación tiene como propósito cumplir un objeto conforme al giro ordinario de los negocios de la Entidad pública<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> Al respecto, merece especial análisis la ley 489 de 1998, que interfiere con los requisitos exigidos en el artículo 355 de la Constitución, reglamentado por el decreto 777 de 1992 y derogado por el Decreto 092 del 2017. Así, se cuestiona si dicha ley puede regular este tema, en los términos de la norma Constitucional, cuando tal potestad se encuentra en el ejecutivo; y si el decreto 092 de 2017, al ser autónomo, puede regular los convenios de que trata la misma.



Y, por otro lado, los llamados contratos de interés público (para algunos, convenios) que emergen (si se quiere acudir a la literalidad de interés público) de un acuerdo de voluntades entre una Entidad Estatal del Gobierno (nacional, distrital, departamental o municipal) sin que haya una obligación conmutativa y atendiendo a unos fines y condiciones especiales contenidas en el Decreto 092 de 2017<sup>85</sup>, principalmente, en los numerales 1 y 3 del artículo segundo.

### **3.2 Sobre las formas de Estado en Colombia y España**

Las formas de Estado determinan, en gran medida, la manera en que se regulan los contratos de interés público en cada país.

El Estado colombiano está organizado, de acuerdo al artículo 1 de la Constitución, en forma de “República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales” [República de Colombia, 1991, Título 1. De los principios fundamentales, párr.1]. Carácter unitario que se ve reflejado en aspectos como la producción legislativa: si bien existe autonomía territorial, las ordenanzas (producto de las asambleas departamentales) y los acuerdos (producto de los concejos municipales) no cuentan con el mismo valor que el de una ley de la República. En otros términos, tales actos son administrativos, mas no legislativos.

En cuanto a España, el artículo 1 de la Constitución de 1978 estipula que está organizada en forma de Monarquía parlamentaria; no obstante, la misma Constitución establece una fuerte autonomía regional a partir de la creación de las Comunidades

---

<sup>85</sup> Vale la pena recordar que este es un “decreto autónomo”, como ya se trató en esta investigación.

Autónomas y de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla (ambas enclaves en el norte del continente africano).

La Constitución de 1978 reconoció y garantizó el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la nación española y la solidaridad entre todas ellas. El desarrollo de las previsiones constitucionales ha conducido a una profunda transformación de la organización territorial del Estado, mediante la creación de las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, con el consiguiente proceso de redistribución del poder político y administrativo entre las instancias centrales y las autonómicas. El resultado de este proceso ha convertido a España en uno de los países más descentralizados de Europa.

Cada Comunidad Autónoma tiene su Estatuto de Autonomía, aprobado por ley orgánica, que es la norma institucional básica de la Comunidad, reguladora de aspectos esenciales como la organización y el funcionamiento de su Parlamento y de su Gobierno, las competencias que la Comunidad asume, su Administración, las señas de identidad y los hechos diferenciales tales como la lengua o el derecho civil y las relaciones con el Estado y con otras Comunidades Autónomas. [Gobierno de España, s.f.]

Sin duda alguna, su nivel de autonomía es de mayor envergadura que el de Colombia, en donde, por mandato expreso de la Constitución, en el ampliamente citado artículo 355, la regulación de estos contratos radica, exclusivamente, en el Gobierno Nacional. Por tanto, aunque a nivel nacional, departamental y municipal se pueden materializar las normas

contenidas, fundamentalmente, en el Decreto 092 de 2017, no pueden establecerse regulaciones propias, más allá de algunos asuntos menores. Mientras que en España las Comunidades Autónomas han creado auténticas normas jurídicas sobre esta materia.

A continuación, con base en la información contenida en el portal del grupo de investigación ICCP [s.f.], la tabla 1 expone las normas dictadas al interior de las comunidades autónomas.

Tabla 1

*Normas de las comunidades autónomas.*

Territorio	Normatividad
Andalucía	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>Ley 9 del 27 de diciembre de 2016, de servicios sociales.</i></li> <li>• <i>Decreto 41 del 20 de febrero de 2018, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales.</i></li> </ul>
Aragón	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>Decreto Ley 1 del 17 de mayo de 2016, del Gobierno de Aragón, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario.</i></li> <li>• <i>Decreto 62 del 11 de abril de 2017, del Gobierno de Aragón, sobre Acuerdos de Acción Concertada de Servicios Sanitarios y Convenios de Vinculación con Entidades Públicas y Entidades sin Ánimo de Lucro.</i></li> </ul>
Castilla y León	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>Ley 8 del 30 de agosto de 2010 art. 65 (modificado por Ley 2/2017).</i></li> </ul>
Comunidad Valenciana	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>Decreto Ley 7 de 5 de noviembre de 2016, del Consell, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario.</i></li> <li>• <i>Ley 7 del 30 de marzo de 2017, de la Generalitat, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario (convalidada el D-Ley 7/2016).</i></li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Orden 3 del 1 de marzo de 2017, de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se regula la acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario.</li> </ul>
Región de Murcia	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Decreto 10 del 14 de febrero de 2018, por el que se establece el régimen jurídico de los conciertos sociales en la Región de Murcia en los servicios sociales especializados en los sectores de personas mayores y personas con discapacidad.</li> </ul>

Autoría propia.

La tabla 1 refleja la multiplicidad de normas que existen en España sobre la contratación con entidades sin ánimo de lucro y los llamados “conciertos sociales”. Así las cosas, puede decirse que el concepto de contrato y/o convenio de interés público en el país ibérico tiene una naturaleza mucho más extensa que la de Colombia.

### **3.2.1 Particularidades específicas y diferenciaciones.**

Para sentar una base sobre la forma de contratación en España, corresponde ver, grosso modo, cómo operan las normas allí. Así, para empezar, se puede citar el ejemplo de Andalucía, donde se aprobó la Ley 9 de 2016, que regula los aspectos propios del “concierto social”, definido, para efectos de la ley andaluza, en el artículo 101, numeral 1;

1. A los efectos de la presente ley, se entiende por concierto social el instrumento por medio del cual se produce la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública a través de entidades, cuya financiación, acceso y control sean públicos. Las Administraciones Públicas de Andalucía con competencias en materia de servicios sociales, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, darán prioridad a las entidades de iniciativa social para la gestión de los servicios previstos en el Catálogo de Prestaciones del Sistema

Público de Servicios Sociales de Andalucía mediante el régimen de concierto social. [Comunidad Autónoma de Andalucía, 2016, p.60]

Ahora bien, lo más llamativo está contenido en el numeral 2, que consigna “Excepcionalmente, en ausencia de entidades de iniciativa social que cumplan las condiciones establecidas en esta ley, las administraciones públicas podrán concertar con entidades privadas con ánimo de lucro” [Comunidad Autónoma de Andalucía, 2016, p.60]. En Aragón, por otro lado, el Decreto-Ley 1 de 2016 da cuenta de las dificultades que se han tenido, en esta materia, con entidades del Tercer Sector;

La acción concertada es una forma de gestión de servicios con una larga tradición en nuestro Ordenamiento jurídico. La normativa sobre sanidad, educación o servicios sociales ya la contempla como una alternativa a la gestión directa o indirecta de los servicios. Sin embargo, el régimen jurídico al que debe ajustarse la celebración de los conciertos no siempre ha estado claro, hasta el punto de que, en los últimos años, y quizás por la falta de claridad de la normativa de contratos públicos, se ha venido asimilando el régimen de los conciertos al propio de una determinada modalidad de contrato público. Tal asimilación nunca ha tenido un encaje perfecto, y en la práctica, ha dificultado que en la organización de la prestación de servicios no económicos pero de interés general como los sociales, sanitarios y educativos pudieran participar, en mayor medida, las entidades del Tercer Sector sin ánimo de lucro. [Gobierno de Aragón, 2016, párr.1]

Los “acuerdos de acción concertada”, equivalentes a los convenios de interés público, constituyen una de las formas contractuales bajo las cuales se brinda la prestación de

servicios a las personas; siempre supeditada, claro está, al principio de subsidiariedad, “[...] conforme al cual la acción concertada con entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro estará subordinada, con carácter previo, a la utilización óptima de los recursos propios” [Gobierno de Aragón, 2016, Artículo 4, literal a, párr.12].

En Valencia, el Decreto-Ley 7 de 2016 también plantea la posibilidad de una “acción concertada” para la prestación de servicios sociales.

Este decreto ley da cabida a la prestación de servicios a las personas mediante la acción concertada de la Administración con entidades sin ánimo de lucro; no planteando duda alguna desde el punto de vista del operador económico ya que se entiende que si este operador aspira legítimamente a obtener un beneficio empresarial, como consecuencia de su relación con la Administración, esta solo podrá hacerlo en el marco de un proceso de contratación pública<sup>86</sup>. [ICCP, s.f.]

Otro ejemplo es el de Baleares, donde se promulgó la Ley 3 de 2018, sobre la organización del Tercer Sector, que, en su artículo 3, consigna:

1. A efectos de esta ley, forman parte del Tercer Sector Social de las Illes Balears las entidades de iniciativa social y privada, en las cuales la finalidad principal es promover la inclusión socio-laboral y el ejercicio efectivo de los derechos de personas, familias, grupos, colectivos o comunidades que afronten situaciones de vulnerabilidad o exclusión, desprotección, discapacidad o dependencia; presten apoyos o realicen las

---

<sup>86</sup> Esta cuestión se planteará más adelante, cuando se exponga el ánimo de lucro y la ausencia de este.

actividades necesarias en los ámbitos de servicios sociales, laboral, educativo, sanitario, o cualquiera otro transversal que afecte a los mencionados colectivos. [Comunidad Autónoma de las Illes Balears, 2018, p.6]

La norma en mención establece, asimismo, la naturaleza y obligación principal de una entidad sin ánimo de lucro, consignadas en el artículo 3, numeral 2, literal a: “[...] no persiguen la distribución de beneficios económicos y tienen establecida jurídicamente la obligación de reinvertir cualquier beneficio en la misión de la organización o, lo que es lo mismo, la imposibilidad de distribuir beneficios” [Comunidad Autónoma de las Illes Balears, 2018, p.6].

En Colombia, por otra parte, la cuestión no es tan difusa porque las normas en este sentido son y han sido pocas, lo que se evidencia en el recorrido normativo que se ha hecho, en el presente texto, sobre los decretos que han regulado los contratos de interés público del artículo 355 de la Constitución Política Colombiana. Regulaciones que son, mayoritariamente, controladas por el Gobierno Nacional, producto de la estructura organizativa del Estado. Por otra parte, las formas contractuales no pueden hallarse plenamente en el Decreto 092 de 2017, pero se pueden contemplar haciendo un ejercicio valorativo:

– **Por iniciativa de la Entidad**

En esta modalidad contractual la Entidad considera la necesidad de satisfacer el interés público de una forma que no es propia de sus funciones. De manera que, con los estudios previos, define los requisitos que las ESAL deben presentar en los Documentos del Proceso.

– **Por iniciativa particular**

Bajo esta modalidad una ESAL puede plantear la necesidad de celebrar el contrato con el fin de satisfacer, del modo que lo considere, el interés público. Se puede decir, entonces, que la ESAL realiza una serie de “estudios previos” que, por supuesto, deben ser fortalecidos y completados por la Entidad.

Aunado a lo anterior, ambas modalidades deben respetar las reglas de competencia que se establecen en el Decreto 092 de 2017 y ajustarse a los límites estipulados para la celebración de estos contratos (existentes, sobre todo, en la segunda modalidad). Así las cosas, más allá de que un convenio<sup>87</sup> pueda ser visto bajo el tamiz del interés público, hay objetos que no pueden contratarse, a saber:

- Contratos que implican una contraprestación directa a favor de la entidad pública contratante.
- Transferencias del presupuesto público a las entidades privadas.
- Apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas de carácter público o de participación mixta.
- Transferencias a personas naturales.

Contratos de ejecución para la entidad pública [Chávez, 2008].

Sobre el primero de los objetos proscritos cabe añadir que, si bien Chávez [2008] lo agrega antes de la vigencia del actual decreto, se mantiene sin sufrir ninguna variación. El literal b, del artículo 2, establece la prohibición de celebrar convenios donde haya una “relación conmutativa” que represente una “contraprestación directa” (Ejemplo clásico de esto es el contrato de obra). No obstante, es posible que se intente evadir la aplicación de la

---

<sup>87</sup> Recuérdese que para algunos tratadistas no se tratan de contratos sino más bien de convenios.



Ley 80 de 1993 para pasar de una licitación pública a una selección directa a través del Decreto 092 de 2017.

En relación a la naturaleza de la norma, Blanco [2008] escribe

Es claro entonces que a través de este instrumento jurídico las entidades sin ánimo de lucro no pueden prestar servicio alguno a las entidades públicas pues en este caso estarían invadiendo el espacio que le corresponde a los empresarios privados y es por eso que el numeral 1 del artículo 2 del decreto 777 de 1992 excluye los contratos que impliquen contraprestación a favor de la entidad terminando delimitando los contratos excluidos como aquellos que podrían celebrarse con personas públicas o privadas con ánimo de lucro de acuerdo con las normas de contratación vigente.

El contrato de obra al igual que los demás contratos propios de la actividad estatal, son contratos que pueden ser ejecutados por entidades privadas o públicas con ánimo de lucro y por ese motivo el mecanismo que debe utilizarse para celebrarlos es el previsto en la ley 80 de 1993 concordada con la ley 1150 de 2007.

Actuar desconociendo lo anterior es una clara manifestación de arbitrariedad proscrita, además, en el derecho administrativo, especialmente, en materia contractual. Aún así, en ocasiones, los operadores jurídicos buscan quebrar los postulados del deber ser para acomodar su actuación a una situación carente de ética y moral pública. Accionar que conlleva consecuencias penales, disciplinarias e incluso fiscales, las cuales dependen del costeo o valoración del producto respecto al sistema de contratación general y especial; y,

posiblemente, de los aspectos tributarios, la contraprestación y el ánimo lucrativo que, quizás, se pueda ocultar de manera indirecta.

### **3.3 Entidades sin Ánimo de Lucro en Colombia y España**

La contratación especial, a que se ha venido haciendo referencia, trae como exigencia *sine qua non* que para el vínculo que se gesta entre una entidad pública y privada, esta última ha de ser sin ánimo de lucro, expresión compuesta por las palabras “ánimo” y “lucro”, definidas, respectivamente, por la Real Academia Española de la lengua (s.f), como “Intención, voluntad” (num. 3) y “Ganancia o provecho que se saca de algo” (num.1). En esa medida, el ánimo de lucro puede definirse como la intención de obtener ganancia de algo o, atendiendo al plano jurídico, la intención de sacar provecho económico –léase utilidades- de un negocio jurídico; concepto que se ve reflejado, particularmente, en el derecho de sociedades, donde funge como elemento característico.

Sobre la ausencia de ánimo de lucro, tema principal del apartado, el derecho de sociedades posee ciertas particularidades que deben ser expuestas. Así, en primera instancia surge el siguiente interrogante: si la sociedad es una persona (jurídica), distinta a las personas (naturales o jurídicas) que la conforman, ¿de quién se predica la ausencia de ánimo de lucro, de la sociedad o de los socios que la conforman?

La pregunta constituye una disyuntiva entre dos situaciones muy distintas, con efectos prácticos indiscutibles: (i) si la ausencia de ánimo de lucro se predica de la sociedad, entendiendo que esta trabaja manejando balances financieros que no dejan utilidades, la misma no genera ganancias, trabaja “a costo”; (ii) si, por el contrario, se predica de los socios,

la primera puede generar utilidades, pero estas, al no ser esperadas por ellos, no pueden ser repartidas.

La Corte Constitucional ha hecho una recopilación de su jurisprudencia anterior y en Sentencia C-287 de 2012 explica:

Se debe precisar, que el ánimo de lucro no se relaciona con las utilidades obtenidas, sino con la destinación que se les otorgue, de manera que lo que diferencia a una entidad sin ánimo de lucro de una que sí lo tiene, es que las utilidades no pueden ser repartidas a sus miembros cuando se retiran, ni al final de cada ejercicio contable, ni cuando la entidad se liquida. Sobre este aspecto, esta Corte ha precisado que “la ausencia del ánimo de lucro se predica de las personas que son miembros de una asociación o corporación, pero no de ésta en sí misma considerada.” Por su parte el Consejo de Estado ha sostenido que “el criterio de lucro o las finalidades de lucro no se relacionan, no pueden relacionarse a las utilidades obtenidas, sino con la destinación que se les dé. La estipulación o norma que elimina los fines de lucro, es la que tiene como consecuencia, que los rendimientos o utilidades obtenidas no sean objeto de distribución o reparto entre socios o integrantes de la persona moral que los genera. Este criterio ha sido tradicionalmente concebido y respetado siempre”. [Corte Constitucional, 2012]

El derecho colombiano se decanta, entonces, por la segunda de las situaciones expuestas: la ausencia de ánimo de lucro se predica de los socios y no de la sociedad. Por tanto, es legítimo hablar de las ESAL haciendo mención de entidades que generan ganancias

económicas y aumentan su patrimonio social; lo que no es legítimo es la repartición de utilidades entre los socios, ya que esto desvirtuaría el objeto social.

Para realizar una diferenciación más técnica, corresponde traer a colación los conceptos de utilidad y dividendo. El primero, hace referencia al fruto que se saca de algo, en este caso, a las ganancias que obtiene una empresa dentro de un ejercicio contable. El segundo, refiere a la parte de la utilidad que se reparte, en el caso de las ESAL, hay utilidades, que no se reprochan por parte del ordenamiento jurídico, pero no hay dividendos, pues de los socios no puede predicarse un ánimo de lucro<sup>88</sup>.

Ahora bien, lo que genéricamente se conoce como ESAL encierra, a su vez, muchas especies; en otras palabras, son múltiples las formas en que una sociedad se construye con ausencia de ánimo de lucro. Según la lista de la Confederación Colombiana de ONG [2016] Confederación Colombiana de ONG, en el derecho colombiano es posible identificar: juntas de acción comunal; entidades de naturaleza corporativa; fondos de empleados; asociaciones mutuales y sus organismos de inspección; instituciones auxiliares de cooperativismo; entidades ambientalistas; entidades científicas, tecnológicas, culturales e investigativas; asociaciones de copropietarios, coarrendatarios, arrendatarios de vivienda y compartida y vecinos; instituciones de utilidad común que prestan servicios de bienestar familiar; asociaciones agropecuarias y campesinas nacionales y no nacionales; corporaciones, asociaciones y fundaciones; entes gremiales; asociaciones profesionales, juveniles, sociales, de egresados, de padres de familia; instituciones de educación superior; instituciones de

---

<sup>88</sup> Puede consultarse al respecto el Diccionario de la Real Academia Española de la lengua sobre estos dos conceptos.

educación formal y no formal, a que se refiere la Ley 115 de 1994; iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones, confederaciones, asociaciones de ministros; entidades privadas del sector salud de que trata la Ley 100 de 1993; sindicatos y asociaciones de trabajadores y empleadores; partidos y movimientos políticos; organizaciones comunitarias; asociaciones de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos de que trata la Ley 44 de 1994; personas jurídicas extranjeras de derecho privado sin ánimo de lucro, con domicilio en el exterior que establecen negocios permanentes en Colombia; establecimientos de beneficencia y de instrucción pública de carácter oficial y corporaciones y fundaciones creadas por leyes, ordenanzas, acuerdos y decretos regulados por el Decreto 3130 de 1968; propiedades regidas por las leyes de propiedad horizontal, cajas de compensación familiar reguladas por la Ley 21 de 1982. Y existe la posibilidad de incluir otras.

El anterior listado denota que hay una multiplicidad de escenarios en los que se encuentran entidades denominadas sin ánimo de lucro que, con base en su naturaleza, se destacan como agentes de desarrollo en distintos ámbitos de la vida nacional. Algunas de ellas, no obstante, lo son en la teoría, mas no en la práctica; entre otras cosas, porque los beneficios jurídicos que reciben las vuelven propicias para la corrupción y el delito (como el lavado de activos). Por eso el control sobre las mismas debe ser riguroso, lo cual no siempre es así. Ruiz [2016] explica la problemática de la siguiente manera:

No obstante, estas organizaciones generan también, en la opinión y el regulador, una gran suspicacia pues en Colombia y el mundo aparece ligadas, con frecuencia, a todo tipo de escándalos (simulación, evasión de impuestos, bypass a la contratación estatal no-competitiva, clientelismo, falsas

donaciones, lavado de activos, financiación del delito etc.) Ahora bien, escándalos como el de los Panamá Papers sobre personas jurídicas comerciales y tantos más que recaen sobre personas jurídicas gubernamentales demuestran que los disfuncionamientos no son atribuibles sólo a las sin ánimo de lucro y/o no gubernamentales, aunque la desconfianza respecto de éstas sea más generalizada y recurrente. [...] Esta suspicacia no es inherente pero sí estructural a este sujeto de derechos y obligaciones y se debe a su indefinición. Los términos empleados en el lenguaje, al menos en culturas y sistemas legales de influencia Euro-Latina, Anglo-Americana e Islámica, demuestran que ni la sociedad ni el derecho han logrado representar esta suerte de personas (ficticias, jurídicas) per se; que no hay claridad sustantiva en el concepto. [párr.1]

Sin embargo, y más allá de las dificultades que puedan suponer, este tipo entidades son necesarias, pues representan un apoyo para la consecución de diversos fines estatales y para la comunidad en general, precisamente, por la divergencia existente en la naturaleza de cada una. Por supuesto, hay unas más relevantes que otras. La Corte Constitucional, en Sentencia C-219 de 2015, destaca, particularmente, la importancia de las que giran en torno al sector de la tecnología y la ciencia:

La Corte ha reconocido que la realización de actividades de desarrollo y promoción de la investigación científica y tecnológica, es un objetivo que el Estado debe realizar por mandato constitucional y que puede desarrollarse en asocio con personas privadas, a través de corporaciones sin ánimo de lucro que, para estos efectos, se consideran entidades descentralizadas por servicios

de carácter indirecto. Aun cuando las normas de derecho privado regulan el funcionamiento de dichas asociaciones, la participación pública en las mismas, ordena la aplicación de medidas especiales en relación con el control administrativo y fiscal. [Corte Constitucional, 2015]

A continuación se expone una distinción, mucho más detalladas, de algunos de los diferentes tipo de ESAL existentes en Colombia.

#### **a) Organizaciones No Gubernamentales**

Una ONG es aquella conformada por un grupo de ciudadanos con intereses altruistas que prestan servicios comunitarios como labores de beneficencia, servicios humanitarios y políticos [Federación Antioqueña de ONG, s.f]. Estas pueden ser de distinto tipo [fundaciones, asociaciones, etc.], pero comparten una característica: la ausencia de ánimo de lucro.

Estas organizaciones, que pueden constituirse según cualquiera de las diferentes entidades sin ánimo de lucro reguladas en la legislación colombiana, normalmente en la medida en que buscan ayudar a las comunidades y a la población en general se constituyen como fundaciones, asociaciones o corporaciones y reciben su nombre de no gubernamentales, precisamente, porque no forman parte de la estructura político-administrativa de un Estado, sino que surgen de la iniciativa de los particulares, para la realización de actividades de beneficio común. [Gaitán, 2014, p.8]

En Colombia hay muchas ONG de distinto tipo, algunas de las cuales han sido catalogadas y premiadas por su carácter innovador: la Fundación Un Litro de Luz (encargada de llevar internet a comunidades aisladas), la Patrulla Aérea Civil Colombiana (que lleva

misiones de salud a zonas de difícil acceso) y The Nature Conservancy (que masificará una herramienta virtual para la gestión de las cuencas hidrográficas) [Dinero, 2017].

De todos modos, aún existe en el país cierta animadversión a contratar con estas entidades, por lo cual no han logrado compenetrarse, a plenitud, con el estado; contrario a lo que sucede en los países europeos, donde existe plena confianza de su actividad. Las razones y los fundamentos para la falta de confianza derivan de aspectos tales como su constitución, la conformación de los grupos o personas que se sienten representados en ellas, la potencial evasión tributaria, la posible corrupción, etc<sup>89</sup>.

### **b) Fundaciones**

En el imaginario común existe la idea de que las fundaciones son, por antonomasia, las sociedades destinadas a las labores altruistas dentro de un conglomerado. Noción que no está lejos de la realidad: en circunstancias normales, una fundación tiene como objetivo contribuir al bienestar social a través de sus obras.

Nacieron en la Edad Media producto de la búsqueda, propia del cristianismo, de la recompensa celestial por las obras caritativas realizadas en la tierra y las condiciones precarias, de la mayoría de la población, que las propiciaban. A ello, se sumaba la inexistencia de un Estado como lo conocemos hoy día (los súbditos no tenían ni mecanismos para solicitar

---

<sup>89</sup> Es hora, por tanto, de que Colombia y su sociedad trasciendan para lograr, con una correcta regulación y control, una mayor participación de dichas entidades en la actividad comercial del estado. No se puede seguir dejando de lado a la ESAL con su amplio conocimiento, sensibilidad social e interés de contribuir al desarrollo de país, especialmente en momentos donde la humanidad se ve afectada por una pandemia mundial (COVID 19).



ayudas al Estado, ni destinatario de sus peticiones), por tanto, muchas personas asumieron responsabilidades humanitarias inspiradas por el don de la caridad [Valderrama, 2011].

En cuanto al concepto, Gaitán [2014] refiere:

Una fundación es una persona jurídica sin ánimo de lucro que nace de la voluntad de una o varias personas naturales o jurídicas y cuyo objetivo es propender por el bienestar común, bien sea a un sector determinado de la sociedad o a toda la población en general. La fundación surge de la destinación que haga su fundador o sus fundadores, de unos bienes o dineros preexistentes para la realización de unas actividades que, según su sentir, puedan generar bienestar social. Dada la naturaleza eminentemente patrimonial de la fundación, se dice que ésta existe mientras subsista su patrimonio, aun cuando sus administradores, sean personas naturales o jurídicas, dejen de existir, ya que éstos pueden ser remplazados por otros y la fundación continuará existiendo. [p.10]

Es importante resaltar, como refiere Gaitán [2014], que las fundaciones, y su objeto social, no están supeditados a la existencia de los “administradores”. En ese sentido, no hay consecuencias patrimoniales por la muerte de una persona natural o la disolución de una persona jurídica, que componga el cuerpo de administradores de una fundación, ya que estos (al menos formalmente) nunca tuvieron el ánimo de lucrarse con las utilidades de la misma.

### **c) Asociaciones o corporaciones**

Definir a las asociaciones y corporaciones como entes jurídicos sin ánimo de lucro que buscan generar bienestar a sus asociados o a la comunidad en general [Gaitán, 2014], parece,

a primera vista, correcto; pero, además de ser una noción bastante genérica, resulta problemática toda vez que, en primer lugar, se equiparan dos conceptos que están lejos de ser iguales: asociaciones y corporaciones.

La diferencia fundamental entre asociación y corporación es la calidad de las personas que las componen: las asociaciones “[...] se caracterizan por ser abiertas, es decir, cualquier persona puede ingresar en ella mientras respete sus estatutos y efectúe los aportes correspondientes” (Cámara de Comercio de Cúcuta, s.f., p.2); la corporación, por el contrario, “[...] es cerrada o restringida, es decir, que sus integrantes tienen en común que los ata a la corporación, excluyendo a quienes no llenan ese requisito” [Cámara de Comercio de Cúcuta, s.f., p.2].

Por otro lado, la diferencia entre una corporación y una fundación, que también resultan parecidas a primera vista, es que en la primera hay un grupo de personas asociadas que buscan su propio bienestar; la segunda, se compone de un grupo de personas que persiguen un fin social altruista, es decir, no un bienestar para sí mismos, sino un bienestar social determinado. Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia del 21 de agosto de 1940 [Citado en Cámara de Comercio de Cúcuta, s.f.], refiere:

La corporación está formada por una reunión de individuos y tiene por objeto el bienestar de los asociados, sea físico, intelectual y moral. No persigue fines de lucro.

La fundación se distingue de la corporación en que es un ente que persigue un fin especial de beneficencia o de educación pública, para lo cual destinan bienes determinados. [p.2]

En síntesis, la corporación se diferencia de la asociación por la calidad de sus miembros, principalmente; y de la fundación, por la calidad de su fin. Manteniendo, claro está, la ausencia de ánimo de lucro.

#### **d) Entidad del sector solidario**

El sector solidario en Colombia está representado, especialmente, por uniones de personas que conforman las denominadas cooperativas, pero también por fondos de empleados y asociaciones mutuales; y se asemeja a las corporaciones en que el beneficio es para sus afiliados.

La Unidad Administrativa Especial de Organizaciones Solidarias [s.f], adscrita al Ministerio del Trabajo, define las organizaciones solidarias de desarrollo como:

[...] aquellas formas de asociatividad solidaria sin ánimo de lucro, que empleando bienes y servicios privados o gubernamentales, construyen y prestan bienes y servicios para el beneficio social, dirigiendo su accionar principalmente hacia terceros, comunidades y la sociedad en general. La finalidad de su constitución es ejercer la solidaridad principalmente de adentro hacia afuera [p.4].

Este amplio sector, mueve cerca de 33 billones de pesos en Colombia [Portafolio, 2017], cifra nada despreciable para la economía nacional, y cuenta con un significativo número de personas vinculadas: cerca de la mitad de la población colombiana se encuentra afiliada o vinculada, directa o indirectamente, al sector solidario. Según Héctor Raúl Ruiz, Superintendente de la Economía Solidaria [citado en Portafolio, 2017], “Es un sector que tiende a consolidarse y a crecer en número de asociados. De hecho, está atendiendo alrededor de 6 millones de asociados y si uno los cuenta con sus familias serían más de 20 millones de personas” [¿El sector tiende a crecer o no?, párr.1].

Su nacimiento, o formalización, data de 1931, con la expedición de la ley 134. En 1998, en el gobierno de Ernesto Samper, con la conversión del Departamento Nacional de Cooperativas en Departamento Administrativo de la Economía Solidaria, se crearon la Superintendencia de la Economía Solidaria, órgano encargado de ejercer control y vigilancia sobre el sector, y el Fondo de Garantías del Sector Cooperativo [Supersolidaria, s.f.].

Las entidades de este sector se caracterizan por la mutualidad entre los miembros que las componen, tener un alto sentido altruista y apoyarse a través de las cooperativas, fondos o asociaciones mutuales, en cuestiones como préstamos, recreación, deporte, cultura, estudios, etc. Por lo general, las cooperativas son las más representativas.

Una cooperativa es una empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la que sus trabajadores o usuarios aportan los dineros para su funcionamiento; estos aportes son permanentes, mínimos e irreductibles. Los trabajadores y usuarios se encargan de gestionar por sí mismos, el desarrollo de su objetivo

social: producir o distribuir bienes y servicios que satisfagan la necesidad de sus asociados, sus familias o de la comunidad en general. [Gaitán, 2014, p.12]

Las cooperativas, entonces, tienen fines diversos que varían, o no, de acuerdo a la gestión de los afiliados, teniendo en cuenta que los beneficios pueden recaer sobre estos, como en las corporaciones, o sobre la comunidad en general, como en las fundaciones.

#### **e) Veedurías ciudadanas**

Las veedurías ciudadanas son, por excelencia, las encargadas de ejercer control social. Esto es, el poder que tienen los ciudadanos para controlar las actividades de las autoridades públicas, de distintas maneras: a través de quejas, peticiones, objeciones, observaciones, denuncias, acciones de tutela, acciones populares, acciones de cumplimiento, entre otras. Tienen como fundamento constitucional el artículo 270 de la Constitución de 1991 y son definidas, por la Ley 850 de 2003, de la siguiente manera:

Se entiende por Veeduría Ciudadana el mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades, administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público. [Congreso de la República de Colombia, 2003]

Según el artículo 64 de la Ley 1757, de 2015, algunos de sus objetivos son: fortalecer la cultura de lo público; mejorar la eficiencia, eficacia y transparencia de la gestión pública; prevenir los riesgos y los hechos de corrupción en la gestión pública, en particular, los relacionados con el manejo de los recursos públicos; fortalecer la participación ciudadana para que esta contribuya a que las autoridades hagan un manejo transparente y eficiente de los asuntos públicos; apoyar y complementar la labor de los organismos de control en la realización de sus funciones legales y constitucionales; poner en evidencia las fallas en la gestión pública por parte de agentes estatales y no estatales y formular propuestas para mejorarla; entre otros.

Estas, por supuesto, no tienen ánimo de lucro, pues su principal pretensión es el bienestar general producto de la vigilancia de la función pública.

#### **f) Instituciones de educación superior**

Como es sabido, las instituciones de educación superior no son, propiamente, una ONG. Aun así, conservan algunas de sus características, como es la ausencia de ánimo de lucro, que deviene de la doble naturaleza de la educación como derecho y servicio público con función social, lo que impide que se le convierta en un negocio. Tal como lo estipula la Corte Constitucional (2013) en Sentencia T-743:

El artículo 67 de la Constitución reconoce en la educación una doble condición de derecho y de servicio público que busca garantizar el acceso de los ciudadanos al conocimiento, a la ciencia y a los demás bienes y valores culturales. [...]. En cuanto a servicio público, la educación exige del Estado

unas actuaciones concretas, relacionadas con la garantía de su prestación eficiente y continua a todos los habitantes del territorio nacional, en cumplimiento de los principios de universalidad, solidaridad y redistribución de los recursos en la población económicamente vulnerable. En su dimensión de derecho, la educación tiene el carácter de fundamental, en atención al papel que cumple en la promoción del desarrollo humano y la erradicación de la pobreza y debido a su incidencia en la concreción de otras garantías fundamentales, como la dignidad humana, la igualdad de oportunidades, el mínimo vital, la libertad de escoger profesión u oficio y la participación política.

Asimismo, la Ley 30 de 1992 apunta, en el artículo 98, que: “Las instituciones privadas de Educación Superior deben ser personas jurídicas de utilidad común, sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones, fundaciones o instituciones de economía solidaria<sup>90</sup>” [Congreso de la República de Colombia, 1992].

Con base en dicha ley, en el país se ha planteado el debate sobre la conveniencia o no de universidades con ánimo de lucro [El Espectador, 2011]. Y aunque todavía se prohíbe, la experiencia internacional indica que no es una propuesta necesariamente negativa para el sector, y que puede haber una coexistencia entre las instituciones actuales y otras que se

---

<sup>90</sup> Esto quiere decir que no son formas asociativas autónomas, sino que se dan a partir de las figuras expuestas.

puedan crear o reformar con ese ánimo. Al respecto, Guzmán, Restrepo, y Trujillo [2012] concluyen que:

Un sistema dual generaría una especialización de funciones y focalización de esfuerzos, que harían que las instituciones desarrollen sus actividades de manera más orientada a la obtención de ciertos objetivos. La universidad sin ánimo de lucro conservaría su enfoque hacia la investigación, el desarrollo tecnológico y científico y la transferencia tecnológica hacia el sector productivo. Lo anterior implica altas inversiones en infraestructura como laboratorios y recursos bibliográficos, planta profesoral y desarrollo del talento humano, entre otros. Las instituciones con ánimo de lucro estarían especializadas en ofertas de bajo costo, competitivas y de calidad para la formación técnica, tecnológica y especializada de personas de escasos recursos o adultos mayores, principalmente; esto, acompañado de estrategias de reducción de costos y economías de escala. Así, se marcará una diferencia clara entre los dos tipos de instituciones. [p.75]

La coexistencia, sin embargo, no puede afectar la doble naturaleza de la educación (como derecho y como servicio público). Y el ánimo de lucro *per se* no desvirtúa esto, pero sí exige una regulación adecuada para que el reparto de utilidades entre los socios no vaya en detrimento de la eficiencia en la prestación del servicio. En ese sentido, una buena alternativa sería limitar la cantidad de utilidades que pueden repartirse, reservando un porcentaje para la reinversión en el objeto social de la sociedad.



### **g) Instituciones religiosas**

La relación entre el Estado y la Iglesia ha sido íntima a lo largo de la historia; prueba de ello es el denominado Concordato. El último, por ejemplo, celebrado en 1973 y aprobado por la Ley 20 de 1974, iniciaba de la siguiente manera:

La República de Colombia y la Santa Sede con el propósito de asegurar una fecunda colaboración para el mayor bien de la Nación colombiana, animados por el deseo de tener en cuenta las nuevas circunstancias que han ocurrido, tanto para la Iglesia Católica, Apostólica y Romana como para la República de Colombia desde 1887, fecha del Concordato suscrito entre ellas, han determinado celebrar un nuevo Concordato, que constituye la norma que regulará en lo sucesivo, sobre bases de recíproca deferencia y mutuo respeto, las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado. [Congreso de la República de Colombia, 1974]

Para entonces, el catolicismo era reconocido como la religión oficial del Estado, situación que cambió con la Constitución de 1991, en la que se alcanzó un alto nivel de igualdad entre las confesiones religiosas<sup>91</sup>, toda vez que se consagró, por un lado, la laicidad del Estado, y por otro, la libertad de culto.

---

<sup>91</sup> Además, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de algunas normas del Concordato por ser contrarias a la nueva Constitución.

Actualmente, las instituciones religiosas, con personería jurídica, tienen como fin la divulgación de una determinada forma de fe y, al menos formalmente, no tienen ánimo de lucro, lo que las hace beneficiarias de exenciones tributarias importantes.

**h) Entidades públicas sin ánimo de lucro con participación de dineros públicos [caso EPM]<sup>92</sup>**

Además de las anteriores entidades, existen otras que cuentan con participación tanto de dineros públicos como de particulares. Un caso emblemático en Colombia es el de la Fundación EPM (Empresas Públicas de Medellín).

Cabe anotar que EPM es una empresa industrial y comercial del Estado, descentralizada del nivel municipal, conformada por personas jurídicas de distinta naturaleza, a saber: las universidades CEIPA, UPB, EAFIT y el Fondo de Empleados de EPM, ESAL a las que les corresponde el 10% de participación; y EPM que, como empresa, conforma el 90% restante.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> EPM, Es la Empresa Pública de la Ciudad de Medellín (Colombia), de naturaleza Pública, responsable del manejo de los servicios público de la ciudad, que ha demostrado mucha eficiencia en su gestión.

<sup>93</sup> Nació el 10 de agosto del año 2000 como respuesta a un interés permanente de EPM por atender una serie de necesidades sociales requeridas para el desarrollo integral de la comunidad, y al mismo tiempo para tener la posibilidad de contar con un instrumento administrativo que le permitiera proyectarse con mayor fuerza a nivel nacional e internacional como una empresa socialmente responsable.

A diferencia de otras organizaciones sin ánimo de lucro, el accionar de la Fundación EPM no ha sido la filantropía, sino que siempre ha estado orientada hacia el desarrollo de estrategias, materializadas en sus programas y proyectos, que promueven en las comunidades el asumir como propia la responsabilidad de su progreso.

Esta figura jurídica, por tanto, es especial en relación a las anteriores, pues se compone de capital mixto. Y aunque este es, mayoritariamente, público su personalidad jurídica no está determinada por esta participación, o sea, es autónoma. Al cuestionarse, entonces, si EPM puede contratar en los términos del artículo 355 constitucional colombiano, la respuesta es sí, en la medida en que cumple con todos los requisitos: inexistencia de ánimo de lucro y sometimiento al derecho privado, que es lo más importante.

Además, no ha existido una norma, en el artículo 355, el decreto 777 de 1992, el 1403 de 1994 o el 092 de 2017, que limitara o restringiera los contratos de interés público con estas ESAL públicas; situación que cambiaría si se presentara una causa de incompatibilidad, conflicto de interés o moralidad pública que no les permitiera suscribir contratos, más aún cuando están presentes los principios de la función pública.

Con respecto a la reconocida idoneidad, no se hará una evaluación exhaustiva sobre esta, máxime que ello depende del contrato a ejecutar. Para el caso de la entidad en mención, sin embargo, dicha idoneidad está comprobada.

Por otra parte, los objetivos de EPM también se enmarcan dentro del concepto de interés público, ya que se encarga del “[...] desarrollo de territorios sostenibles y competitivos, [...] a través de programas y proyectos de gestión social y ambiental que propicien en los territorios el cuidado de los recursos naturales y el uso adecuado de los servicios públicos” [Fundación EPM, s.f., p.1].

---

En cuanto a la contratación, el caso de EPM es particular, ya que coexiste una combinación de regímenes: el artículo 2 del Decreto 362, de 2014, dictado por la Junta Directiva, establece que la empresa “[...] se registrá por las normas del derecho privado nacional e internacional, las disposiciones de las leyes 142 y 143 de 1994, 689 de 2001, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y por las demás disposiciones normativas especiales que le sean aplicables” [Empresas Públicas de Medellín E.S.P, 2014, Régimen Jurídico Contractual, párr. 1], regla que, sin embargo, opera solo para efectos de su acción como contratante, pues el mismo artículo establece, en el inciso tercero que, como contratista, debe someterse al régimen de la entidad contratante.

En relación a la contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado, la regla estipula que depende, fundamentalmente, del tipo de actividad contractual: cuando se trata de una actividad propia, la contratación se da a través del derecho privado; cuando la actividad consiste en asegurar el objeto, pero no su fin específico, la contratación se da por medio del régimen general de contratación pública. El Consejo de Estado [2015] lo explica, brevemente, en la Sentencia con radicado Rad. No.: 50001-23-31-000-2008-00031-01(38600):

No se evidencia violación legal en ese procedimiento de contratación, toda vez que la regla de acceso de la empresa industrial y comercial del estado a la contratación directa, fue permitida en la Ley 80 con excepción del contrato de obra, a su vez modificada por la Ley 489 de 1998, bajo la cual el régimen de contratación aplicable dependió de la actividad propia de cada empresa industrial y comercial del estado, es decir que el criterio para acudir al derecho privado en la contratación, se determinó con fundamento en la

relación entre la actividad para la que fue creada la empresa industrial y comercial del estado y el objeto del respectivo contrato. En esta última ley se distinguió entre los contratos para el desarrollo de la actividad propia y los contratos para asegurar el cumplimiento del objeto<sup>94</sup>. [p.3]

Ahora bien, para el caso de la Fundación EPM, dicha regla no aplica, ya que no se trata de una empresa industrial y comercial del Estado; su finalidad se enmarca dentro del concepto de interés público. Establece la Fundación EPM [s.f.] como su propósito:

Aportar al desarrollo de territorios sostenibles y competitivos, en las áreas de influencia, actuales y potenciales del Grupo EPM, a través de programas y proyectos de gestión social y ambiental que propicien el cuidado de los recursos naturales y el uso adecuado de los servicios públicos. (párr.1)

En cuanto a los dineros públicos que recibe, la norma no limita la participación de fundaciones que reciban este tipo de ingresos, sólo exige que las mismas sean de derecho privado, como sucede, justamente, con EPM.

### **3.3.1 Nuevo régimen tributario para las ESAL**

La reforma tributaria implantada por el gobierno de Juan Manuel Santos, por medio de la Ley 1819 de 2016, trajo consigo algunos cambios para las ESAL que limitaron sus libertades en cuestiones de manejo y gestión. Así, el artículo 140 (modificatorio del artículo 19 de Estatuto Tributario), por ejemplo, establece que “[...] todas las asociaciones,

---

<sup>94</sup> Subrayado del autor.

fundaciones y corporaciones constituidas como entidades sin ánimo de lucro, serán contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, conforme a las normas aplicables a las sociedades nacionales” [Congreso de la República de Colombia, 2016].

En virtud de esta reforma el Gobierno expidió el Régimen Tributario Especial, que reglamenta varios aspectos de la Reforma Tributaria. En el caso de las ESAL, se tomaron medidas para evitar el ánimo de lucro (encubierto por medio de artimañas como el establecimiento de salarios desorbitados) y que sean usadas como fachadas para la evasión de impuestos.

El nuevo Régimen Tributario Especial es producto de la Reforma Tributaria de 2016, que estableció la obligación para estas organizaciones de reportar toda su información financiera a la Dian e impuso límites en la redistribución de recursos para evitar que las mismas sean utilizadas como figuras de evasión de impuestos.

Legis destacó que, por ejemplo, “la nueva norma, exige que las remuneraciones laborales o pagos a los fundadores, aportantes, administradores, representantes legales, donantes, sus cónyuges o sus familiares, parientes hasta cuarto grado de consanguinidad o afinidad o entidades jurídicas donde estas ellos posean más de un 30% de la entidad en conjunto, u otras entidades donde se tenga control, corresponderá a ‘precios comerciales promedio’”. [Dinero, 2018]

Los nuevos controles implican, además, la publicación de información detallada sobre su gestión. En particular “[...] tendrán que publicar en la página web dispuesta especialmente

por la Dian toda la información sobre su Junta Directiva y directivos, las actividades que realizan, su balance fiscal y la calificación otorgada por la Dian” [Dinero, 2017, párr.3].

### **3.4 Las Entidades sin Ánimo de Lucro en España**

En España, como en Colombia, el sector no lucrativo, conocido como el Tercer Sector, tiene una gran importancia dentro de la economía. Tanto así que le han dedicado diversos estudios, sobre todo en la última década. Su nacimiento proviene del auge de las ideas de bienestar social, altruismo y solidaridad, tal como apunta Jaraíz Arroyo [2018]:

Las organizaciones del tercer sector que hoy conocemos nacen en un contexto expansivo de las ideas de bienestar social, responsabilidad pública y garantía de derechos. Estos han sido los referentes que han condicionado y al mismo tiempo enriquecido el contenido de su función prestadora. Este es sin embargo un hecho más o menos reciente, como ya hemos dicho anteriormente. Antes, hasta la II Guerra Mundial, la acción social se había movido entre dos polos denominados por Castell (1977): de intervención sin Estado (modelo liberal puro) y el Estado Asegurador ligado exclusivamente a la protección de los trabajadores.

Después, y hasta nuestros días, las OTSAS van a ser un actor cívico que desarrolla y construye su guion a la sombra de un patrón de acción social inédito hasta entonces, al que Join Lamberet (1977) denominó Estado Protector. [p.94]

Las personas vinculadas a este sector son, entonces, el reflejo de una nueva idea de Estado, en el que se busca que los asociados gocen de bienestar. Además de ello, y a pesar de

la crisis económica que ha sufrido España, este sector se ha visto en crecimiento, tanto financiera como académicamente. En relación al último aspecto, desde el año 2005 existe la Revista Española del Tercer Sector, impulsada por la Fundación Luis Vives [Gimeno, 2015] que se ha encargado de diagnosticar el estado del arte, entender los problemas y generar propuestas en torno al sector.

Ahora bien, en relación a su conceptualización, para el Consejo Estatal de ONG de Acción Social [citado en Camuñas, 2015], el Tercer Sector se define como

[...] el ámbito formado por **entidades privadas de carácter voluntario y sin ánimo de lucro** que, surgidas de la libre iniciativa ciudadana, funcionan de forma autónoma y solidaria tratando, por medio de acciones de interés general, de impulsar el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales, de lograr la cohesión y la inclusión social en todas sus dimensiones y de evitar que determinados colectivos sociales queden excluidos de unos niveles suficientes de bienestar. [párr.1]

Se entiende entonces que las entidades vinculadas a este sector tienen algunas características fundamentales y, aunque no son entes jurídicos de un solo tipo, cumplen con unas condiciones básicas que resultan imprescindibles para poder determinar su pertenencia. Por tanto, para ser parte del Tercer Sector, una organización debe “Estar organizada, ser privada, no repartir beneficios entre los propietarios o administradores, gozar de autonomía y tener un marcado grado de participación voluntaria” [Ruiz Olabuénaga, 2001. p.56].

Estos rasgos son explicados por Cabra de Luna y De Lorenzo [2005] con las siguientes denominaciones:



- Organización formal: debe tener objetivos generales y estar organizada de tal forma que los recursos estén destinados a cumplir esos objetivos. Aunque, por lo general, se organizan en forma de fundaciones o asociaciones, ello no es óbice para que no se tengan en cuenta, dentro de esta denominación, algunas organizaciones *de hecho*.
- Privada: no puede ser parte de la administración pública.
- Sin ánimo de lucro: está imposibilitada para distribuir los beneficios entre los miembros que la conforman.
- Dotadas de autogobierno: debe contar con órganos propios que gobiernen la gestión de la organización.
- Altruista: debe tener alto contenido de voluntariado.

En España hay muchas de estas formas de asociatividad: asociaciones, fundaciones, cooperativas, mutualidades de Previsión Social, centros de enseñanza, clubes deportivos, cajas de ahorro con obra social y hospitales [Ruiz Olabuénaga, 2001].

La Universidad de Valencia [2016] hace la siguiente “radiografía” del Tercer Sector en España, destacando la importancia de las cooperativas:

Según la **memoria de Actividades 2014 de COCETA** , la Confederación Española de Cooperativas de Trabajo Asociado, los datos respecto a las cooperativas creadas en España eran los siguientes: 974 En el año 2011, 1005 En el año 2012, 1166 En el año 2013, 1293 En el año 2014. [...]

Otra de las razones por las que las cooperativas reportan beneficios en toda la sociedad, según este informe, **son los puestos de trabajo**. En 2014 se han

crearon aproximadamente 7000 empleos en las cooperativas de nueva creación. Una cifra que va unida al número de Cooperativas de Trabajo, que han crecido más de 15 puntos desde 2007. De hecho, el 78% de las cooperativas creadas en España en 2014 han sido de este tipo.

En los últimos años (2014) **se crearon un 5,7% más de nuevas cooperativas de trabajo que en 2013**. El último de los datos positivos es que, frente a la crisis, las cooperativas destruyen hasta 10 puntos menos de empresas que las tradicionales. [párr.3 y 5]

Lo anterior demuestra el crecimiento sostenido, por lo menos en tratando, de las cooperativas de trabajo asociado. Por otro lado, la incidencia política es algo que también se ha comentado en la doctrina especializada sobre el Tercer Sector.

Para el caso de Colombia, las veedurías ciudadanas son las que, principalmente, hacen vigilancia sobre la administración pública, incidiendo en la política local, regional o nacional según sea la magnitud de la labor; sin embargo, las ESAL de otro tipo también pueden hacer gestión al respecto.

En España, la cuestión se plantea desde el concepto amplio de “organizaciones sociales” que, en sus propias palabras, “[...] tenemos una identidad, una misión y unos valores, estamos situados en un lado de la realidad –la de los más vulnerables- y desde ahí miramos, sentimos y actuamos” [Abril, 2018, p.80] e inciden, políticamente, desde los valores (justicia y fraternidad), el lugar social, la legitimidad, la credibilidad, las propuestas, la interlocución, la creatividad y persistencia, entre otros [Abril, 2018].

Con base en lo expuesto, se evidencia que el Tercer Sector en España presenta algunas similitudes con las ESAL Colombianas, incluso desde los aspectos nominativos

(fundaciones, asociaciones, cooperativas, fondos mutuales, entre otros). Para destacar, se le reconoce al Tercer Sector, además de la ausencia de ánimo de lucro, un alto sentido altruista que en Colombia no es tan claro o, específicamente, no es una exigencia; aunque, claro está, en la práctica constituye, también, una característica propia de las ESAL.

### **3.5 Control a los Recursos entregados a las Entidades sin Ánimo de Lucro en Colombia y España**

La contratación pública, como se ha venido explicando, debe responder a los fines del Estado. De manera que los contratos, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, representan una de las vías fundamentales para garantizar el artículo primero de la Constitución Colombiana. Por ello, es necesario que sean vigilados y controlados; sobre todo, teniendo en cuenta que los recursos usados son públicos y deben invertirse de manera idónea y racional.

Con base en lo anterior, en este acápite se expondrá la forma en que opera la interventoría en los contratos y el control que ejerce la Contraloría General de la República, en especial el control fiscal que, para el caso de España, se denomina control jurisdiccional y es realizado por el Tribunal de Cuentas, que también hace esfuerzos por reducir los niveles de corrupción en los contratos del sector público, en general.

Para empezar, es menester mencionar la Ley 7 de 2017, que, en el artículo 1, establece como objeto, entre otros, la “[...] libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos”<sup>95</sup> [Congreso de la República de Colombia, 2017]. La

---

<sup>95</sup> El objeto completo de esta norma, contenido en el artículo 1 de la Ley 7 de 2017, reza: “1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no

ley en mención, aun cuando no supone un cambio trascendental, al punto de ser tildada de “continuista”, representa un avance en materia de control y vigilancia sobre la contratación.

Gimeno Feliú, [2018], refiere al respecto que:

Es cierto que puede parecer un texto “continuista” o, en palabras de S. del Saz, en relación a la Ley de 2007, “un mismo traje con distintas rayas”. Sin embargo, existen notables diferencias, principalmente porque, tras el debate parlamentario, se han dado importantes pasos para intentar solucionar problemas estructurales de transparencia y de prevención de la corrupción, en especial derivados de la dualidad de regímenes jurídicos en función de la consideración o no de Administración pública, o de debilidad del control, lo que ponía en cuestión el objetivo inicial de impulsar una diferente “gestión práctica” de la contratación pública. Y pretende, además, un cumplimiento de las exigencias europeas, así como una reorientación de la contratación pública desde la perspectiva de estrategia para implementar políticas públicas.

---

discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. 2. Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar. 3. En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”.

De hecho, el preámbulo de la norma consigna dos objetivos inspiradores: (i) lograr mayor transparencia y (ii) lograr una mejor relación en términos de calidad y precio. Es evidente, así, que se pone en primer plano un asunto directamente relacionado con la vigilancia y el control de la contratación.

### **3.5.1 Vigilancia y control administrativo. Interventoría y supervisión**

Aunque la labor de vigilancia y control a los contratos, por parte de la Administración, puede llevarse a cabo de varias maneras, por antonomasia, se utilizan las de interventoría y supervisión.

Las primeras formas de interventoría datan de la antigua Mesopotamia, en el año 500 A.C., donde se supervisaban los trabajos y se hacían cálculos a partir de planos. Situación que se formalizó con el Imperio Romano, el cual creó cargos, como los censores o curadores, destinados, fundamentalmente, a esa labor. Para la época de la Edad Media surgen, además de la figura del maestro de obra (máximo jefe de una construcción), los aparejadores y veedores, quienes ejercían lo que hoy se conoce como interventoría; sobre todo los primeros, pues contaban con conocimiento técnico para ello [CUC, s.f].

Que un Estado vigile y controle los contratos que celebra con los particulares, en tanto no sobrepase los límites que impone el principio de buena fe en clave de presunción, no puede encuadrarse como una acción intervencionista o policiva; simplemente es la consecuencia lógica que conlleva poner en el mercado los recursos públicos a través de las distintas formas de contratación. Se trata, entonces, de una medida, apenas necesaria, de responsabilidad con los recursos que la sociedad aporta al fisco esperando una inversión decente.

El derecho Colombiano es claro al afirmar que la participación del interventor en los contratos estatales hace parte de la obligación de ejercer vigilancia y control, por un lado, y de asegurar, por otro, que los fines constitucionales se logren a través de la contratación. Su fundamento jurídico, de orden superior, está dado por la necesidad que existe de que los contratos se desarrollen de forma idónea, sin dilaciones, sin sobrecostos o imprevistos no controlados que generen detrimentos patrimoniales y otros problemas para el Estado y/o la comunidad.

El Consejo de Estado [2013], Sección Tercera, Subsección B, en sentencia del 28 de febrero, explica la naturaleza jurídica de la interventoría así:

La existencia de la interventoría en los contratos estatales, obedece al deber que el legislador ha impuesto a las entidades en el numeral 1º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en el cual se consagran los medios que ellas pueden utilizar para el cumplimiento del objeto contractual y de esta manera lograr los fines de la contratación.

[...] El interventor adelanta, básicamente, una función de verificación y control de la ejecución contractual, pero no le compete introducir modificación alguna en los términos del negocio jurídico sobre el cual recae su función, puesto que esa es materia del resorte exclusivo de las partes del contrato, entidad contratante y contratista.

Se puede apreciar, en la intervención del Consejo Estado, que existe una estrecha relación entre la interventoría de los contratos y los fines de la contratación, lo cual significa que la primera, además de verse como una labor formal, con la que se vigila el cumplimiento de un objeto, debe concebirse desde un sentido material; esto es, yendo más allá del simple

objeto jurídico contratado para observar los fines que se pretenden cumplir con la contratación, sin variar, claro está, el objeto con la intención de asegurar los fines constitucionales.<sup>96</sup>

Ahora bien, respecto al contrato de interventoría y lo que hace el interventor, dentro del desarrollo del contrato estatal, Colombia Compra Eficiente [s.f.] explica:

La interventoría es el seguimiento técnico a la ejecución de contratos de distintas tipologías, realizado por una persona natural o jurídica contratada para ese fin por la Entidad Estatal, en los siguientes casos: (i) cuando la ley ha establecido la obligación de contar con esta figura en determinados contratos, (ii) cuando el seguimiento del contrato requiera del conocimiento especializado en la materia objeto del mismo, o (iii) cuando la complejidad o la extensión del contrato lo justifique. No obstante, la Entidad Estatal puede determinar que la interventoría cubra no sólo acciones de carácter técnico, sino también administrativo, financiero, contable y/o jurídico. El contrato de interventoría es principal y autónomo y aunque el objeto del mismo supone la existencia de otro contrato respecto del cual se va a ejercer la vigilancia, el mismo es independiente de éste último y por lo tanto, su existencia no depende de la existencia del contrato vigilado. Sin embargo, los contratos de interventoría pueden prorrogarse por el mismo plazo que se hubiera

---

<sup>96</sup> Previamente, se hizo referencia a la posibilidad de modificar el objeto contractual, mas no el fin del contrato.

prorrogado el contrato objeto de vigilancia con el fin de que no se interrumpa el seguimiento al contrato vigilado. [p.5]

En síntesis, la interventoría es, tal como lo reseña la Ley 1474 de 2011<sup>97</sup>, un seguimiento técnico que hace una persona natural o jurídica sobre el cumplimiento de un contrato estatal [Silva, 2014], en los casos donde la ley lo exige o cuando se hace obligatorio por la naturaleza del mismo.

Sin embargo, y a pesar de que existe un concepto bastante claro de esta figura jurídica, suele ser confundida con la de supervisión, que es, sustancialmente, distinta; particularmente, en los siguientes dos puntos: (i) Sujeto activo: la primera diferencia está dada por el sujeto activo de quien realiza la vigilancia sobre el contrato. En ese sentido, la interventoría es realizada por una persona natural o jurídica, externa a las partes del contrato y vinculada a través de un contrato autónomo; la supervisión, por su parte, es ejercida por la misma Entidad contratante, es decir, no se celebra un contrato autónomo de supervisión, sino que esta va inmersa dentro de las funciones de la Entidad. (ii) Tipo de vigilancia: esta es la diferencia fundamental, puesto que la interventoría, necesariamente, se da en razón de un conocimiento técnico, o sea, un conocimiento especializado sobre el objeto contractual a desarrollar; la supervisión, por el contrario, no exige un conocimiento especializado.

Sin embargo, existen algunas excepciones a la regla. Una de ellas es que se designe como supervisor a alguien que no sea parte de la entidad, es decir, a una persona contratada a través de la modalidad de prestación de servicios. El artículo 83 de la Ley 1474 de 2011

---

<sup>97</sup> Anteriormente fue regulada por el Decreto 150 de 1976 y, posteriormente, en menor medida por la Ley 80 de 1993.



establece, sobre el particular, que “Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos” [Congreso de la República de Colombia, 2011].

Otra excepción incurre cuando los dos cargos (supervisión e interventoría), eventualmente, confluyen. En cuyo caso se deben dejar claras las obligaciones de cada uno, evitando, así, la duplicidad de funciones [Colombia Compra Eficiente, s.f.].

La interventoría, al ser una función autónoma, desde el punto de vista contractual, requiere de un proceso de selección que debe seguir unas reglas objetivas.

La interventoría es una especie del contrato de consultoría por lo que la selección del interventor siempre debe hacerse a través de la modalidad de selección de concurso de méritos salvo que el presupuesto corresponda a la mínima cuantía, caso en el cual esta debe ser la modalidad utilizada.

Es recomendable que el proceso de contratación para seleccionar al interventor se inicie al mismo tiempo con el proceso de contratación que tiene por objeto el contrato que va a ser vigilado, con el fin de que los dos contratos empiecen al mismo tiempo y el seguimiento se realice desde el momento en que empieza el plazo del contrato vigilado, especialmente para contratos como el de obra en el que es necesario contar con la interventoría para poder comenzar. [Colombia Compra Eficiente, s.f., p.7]

Es importante enfatizar que en razón a las funciones que ejerce en el desarrollo de la contratación (principalmente, como garante de los fines de esta), el interventor se encuentra sometido al régimen disciplinario, que implica, al menos transitoriamente, un ejercicio de

funciones públicas y al que deberá dar cuentas de su labor y responder cuando atente contra la misma.

En el caso de contratación con las ESAL, de reconocida idoneidad a través de los contratos de interés público del 355, ocurre algo especial: la norma vigente (el Decreto 092) no establece nada sobre interventoría o supervisión.

Lo curioso es que la norma anterior (el Decreto 777) sí establecía, con disposiciones claras, entre otras cosas, que la interventoría no podía exceder el 5% del valor total del convenio; que podía ser ejercida por un miembro del Gobierno a nivel nacional, departamental o municipal; y, por último, que se debían “[...] determinar las funciones correspondientes al interventor, entre las cuales debe hallarse la de exigir el cumplimiento del objeto y solicitarle al contratista la información y los documentos que considere necesarios en relación con el desarrollo del mismo” [Chávez, 2008, p.398].

Por su parte, Mutis y Quintero [2000] refieren, en relación al tema y bajo el tamiz de la norma anterior, que:

Consultando también la naturaleza de este tipo de contratos, cuyo común denominador es la financiación de actividades ejecutadas por entidades particulares con recursos estatales, el artículo 6° prevé la necesidad de que siempre exista respecto de ellos una interventoría, la cual tendrá las funciones de vigilancia y control que son usuales en estos casos. La norma añade que el interventor podrá ser un funcionario del gobierno en el respectivo nivel, designado por la entidad contratante. [p.579]

Particularmente, llama la atención que los autores mencionados discurren, basándose en el Decreto 777 de 1992, sobre una interventoría que reúne características propias de la

figura de supervisión, lo que quiere decir que, en materia de contratos de interés público, hay un híbrido entre ambas figuras.

Actualmente, la situación sigue siendo ambigua, ya que el Decreto 092 de 2017 no hace alusión al tema, es decir, no establece, como la norma anterior, si se debe contratar una consultoría-interventoría que propenda por garantizar lo acordado en materia de contratos de interés público; lo cual, sin duda, es un retroceso, pues disminuye la seguridad jurídica. Surge, entonces, el interrogante de si es posible legitimar el contrato de interventoría en razón de la norma vigente.

A modo de respuesta, la primera opción sería, ante la falta de regulación de la legislación actual, aplicar la anterior<sup>98</sup>. Sin embargo, esta pierde todo asidero en el artículo 11 del Decreto 092 de 2017:

Artículo 11. Vigencia y derogatorias. El presente decreto empieza a regir el 1 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. [República de Colombia, 2017, p.4]

---

<sup>98</sup> Vale la pena recordar los conceptos de derogatoria expresa y derogatoria tácita. La primera, hace referencia a la derogatoria que se consigna plenamente en la norma posterior, como es el caso del artículo 11 del Decreto 092 de 2017. La segunda, refiere a la que se da en relación a la contrariedad entre la norma anterior y la posterior, prevaleciendo esta última.

De modo que frente a la derogatoria expuesta por el artículo, que expresa la pérdida de vigencia de las normas anteriores, no existe ninguna posibilidad jurídica de aplicar los Decretos 777 y 1403 de 1992 y el 2459 de 1993.

Surge, entonces, la segunda opción: que la interventoría pueda contratarse en razón de la aplicación de los principios de la Ley 80 de 1993. En ese sentido, el artículo 7 del Decreto 092 de 2017 establece que: “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” [República de Colombia, 2017, p.3]<sup>99</sup>.

La interventoría, al ser un medio o herramienta<sup>100</sup> para alcanzar los fines de la contratación, satisface, también, los principios de transparencia y responsabilidad, entre otros. En esa medida, se hace posible la contratación de interventoría por vía de principios para esta clase de contratos de interés público.

Ahora bien, el artículo 8, del decreto 092 de 2017<sup>101</sup>, faculta a las entidades públicas para que acudan a las normas generales de contratación (recuérdese que se ha hablado de dos regímenes diferentes de contratación), para que este tipo de contratos cuenten con

---

<sup>99</sup> Sobre ello, se manifestó anteriormente que el Gobierno se había quedado corto ya que solo había desarrollado el principio de publicidad; sin embargo, esto no es óbice para que los demás principios también se apliquen.

<sup>100</sup> La interventoría también es un contrato estatal, por tanto, debe verse en sentido instrumental; esto es, como un medio para alcanzar los fines del Estado.

<sup>101</sup> Artículo 8o. 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 mismo.

supervisor o interventor, respetando, por supuesto, lo regulado en la ley 80 de 1993, y lo establecido en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, donde, en el área de contratación, se hace referencia a ambos cargos;

Artículo 83. Supervisión e Interventoría Contractual. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda. La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría. Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo,

la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor. El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal.

En ese sentido, la Ley 1474 del 2011 remite al principio de moralidad administrativa. No obstante, para evitar dudas sobre la necesidad de utilizar la figura del supervisor o del interventor en estos contratos, es necesario contar con una correcta planeación contractual, como se explicó previamente en otro capítulo.

No cabe duda, entonces, de la obligación que le asiste a las entidades públicas proteger los contratos y su materialización con un interventor o supervisor; aun cuando algunos académicos sostengan que al no estar directamente regulada, por el decreto 092 de 2017 (como lo consagraba la norma anterior), la obligatoriedad de contratar una interventoría, las entidades pueden elegir si tenerla o no, señalando cierta discrecionalidad de la administración para tal efecto.

Por otro lado, al ser la interventoría un contrato de consultoría regido por la ley 80 de 1993, está en el deber de seguir las reglas del concurso de méritos, además de pasar por el prisma de principios como la selección objetiva y la transparencia, por tratarse de un contrato estatal. Es menester, por ello, que haya una mejor regulación para que exista seguridad jurídica en la celebración de estos contratos de interés público.

Un problema que puede presentarse, producto de la falta de regulación (que posibilita que las Entidades usen su poder discrecional para celebrar un contrato de interventoría) es la incógnita frente al momento en que se celebra el contrato de interventoría, pues no se sabe si

la entidad en cuestión lo hace al inicio del proceso de contratación o una vez celebrado el contrato de interés público.

Lo ideal, en ese caso, sería que se contemple la posibilidad de incluir la interventoría o supervisión desde la construcción de los estudios previos, es decir, en los documentos del proceso. Ello, enfocándose, fundamentalmente, en la necesidad de la misma, determinada, en gran medida, por la complejidad del objeto para la utilización o del supervisor o interventor especializado.

Para los casos en que no se exija esa forma de conocimiento, resulta más fácil ejercer vigilancia sobre el contrato, toda vez que se puede supervisar de manera directa; y si no se cuenta con la persona indicada dentro de la Entidad, se puede recurrir al modelo de contratación por prestación de servicios, evitando la necesidad de recurrir al concurso de méritos, exigido para la interventoría.

### **3.5.2 Intervención de la contraloría y tribunales de cuentas en los contratos de interés público**

En Colombia y en España existen órganos especializados dedicados al control y vigilancia fiscales, que tienen como objetivo principal la racionalización de la actividad contractual a través de la vigilancia del gasto público y, por tanto, la potestad de imponer sanciones a quienes manejan los recursos públicos. A continuación, se presentan las particularidades más relevantes de cada uno.

#### **– Contraloría General de la República de Colombia**

La Contraloría es considerada, dentro del ordenamiento constitucional colombiano y junto al Ministerio Público, un órgano de control [artículo 117 constitucional] que, según el

artículo 119 de la Carta, “[...] tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración” (República de Colombia, 1991).

Sin embargo, es el artículo 267<sup>102</sup>, de la Constitución, el que determina lo que es la Contraloría al interior del Estado social de derecho:

Artículo 267. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 4 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a

---

<sup>102</sup> El Acto Legislativo 4 de 2019 cambió algunos aspectos estructurales de lo contenido en el artículo 267. El principal cambio consistió en permitir un control concomitante y preventivo que, aunque de manera excepcional, significa que ambas condiciones deben estar presentes. El carácter preventivo implica un control previo que no llega a ser vinculante, no permite que se dé una coadministración de recursos y funciona como advertencia para quien cumpla con la gestión fiscal.



través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.

El control concomitante y preventivo tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público. El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas. (República de Colombia, 1991)

Este control es, fundamentalmente, posterior y recae también sobre sujetos calificados; es decir, aquellos particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, o sea, que tengan deberes de guarda, custodia o administración de activos del Estado, independientemente del valor.

Sobre la naturaleza de este órgano, y sus decisiones, es preciso tener en cuenta que una cosa es hablar de naturaleza administrativa de las decisiones; otra, de responsabilidad administrativa; y otra, de funciones administrativas. Así, el artículo 267 Constitucional Colombiano le otorga funciones administrativas, con el fin de mantener su independencia y autonomía en relación al control fiscal que ejerce; su naturaleza administrativa tiene que ver con la fuerza vinculante de sus decisiones, que constituyen actos administrativos, mas no sentencias judiciales; y en cuanto a la responsabilidad fiscal que le atañe, no es penal,

disciplinaria ni administrativa, sino resarcitoria, como se verá a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La Contraloría General de la República es, entonces, un órgano de control, de carácter administrativo, que ejerce la labor de vigilancia y control sobre el fisco colombiano. Es, por tanto, la encargada de declarar dentro de los llamados procesos de responsabilidad fiscal.<sup>103</sup> Así las cosas, los fallos que emite buscan, exclusivamente, resarcir el daño que el “presunto culpable” ha causado al estado con su actuar. Y para ello, emite los denominados “fallos con responsabilidad fiscal”, actos administrativos que determinan la cuantía del daño y la forma en que el sujeto entra a responder.

La responsabilidad fiscal en Colombia, mencionada anteriormente, tiene tres elementos:

- El daño: una lesión o menoscabo a los bienes o dineros del Estado.
- La conducta: esta debe ser dolosa o gravemente culposa. Se excluyen del reproche fiscal las otras formas de culpa.

---

<sup>103</sup> Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia SU-620 de 1996, refiere: La declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos [Corte Constitucional, 1996]. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/94.

- Un nexo causal: este consiste en determinar que la conducta desplegada por el agente es la, directamente, determinante del daño causado a los bienes o dineros del Estado.

Expone la misma Contraloría General de la República [s.f] sobre la responsabilidad fiscal que:

La principal herramienta con que cuenta el Estado para determinar la responsabilidad fiscal es el proceso de responsabilidad fiscal, a través del cual se procura recuperar los dineros públicos malversados o extraviados como consecuencia de una inadecuada gestión fiscal. [...] Esta misma Contraloría Delegada prepara y publica trimestralmente el Boletín de Responsables Fiscales, que contiene un listado con los nombres de las personas naturales o jurídicas, con su respectiva identificación -cédula de ciudadanía o NIT- que han sido halladas responsables fiscales por la Contraloría General de la República y las Contralorías departamentales, municipales y distritales. [Párr.2 y 4]

La malversación de dineros públicos se puede asociar a una conducta dolosa; el extravío, a una conducta culposa que, como se dijo, debe ser grave y consiste en una negligencia que supera, por supuesto, la negligencia de cualquier hombre en sus negocios, acogiéndose el concepto del Código Civil colombiano; pero con los fallos con responsabilidad fiscal sucede algo llamativo, y es que si bien, como menciona la Corte Constitucional en su jurisprudencia, estos no son de naturaleza sancionatoria, la declaratoria de responsabilidad puede traer consigo una inhabilidad por vía de consecuencia.

Uno de los alcances de estas decisiones es la inclusión del responsable en el Boletín de Responsables Fiscales que conlleva, a su vez, una limitante sobreviniente<sup>104</sup>, la cual, sin embargo, al no fungir como sanción se elimina con el pago.

Los artículos 60, de la Ley 610 de 2000, y 6, de la Ley 190 de 1995<sup>105</sup>, fundamentan lo anterior. Pese a ello, surge el interrogante de si puede limitarse el ejercicio de derechos políticos a partir de una declaratoria de responsabilidad fiscal por parte de la Contraloría General como autoridad administrativa y no judicial.

La respuesta a dicha pregunta se puede encontrar en la figura del Bloque de Constitucionalidad, que le otorga a la Convención Americana de Derechos Humanos un rango constitucional, entre otros instrumentos internacionales. Convención que expresa, en el numeral segundo del artículo 23, que;

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Este artículo establece los criterios legítimos según los cuales pueden limitarse los derechos políticos. El último criterio, por ejemplo (condena, por juez competente, en proceso penal), implica que una decisión judicial que declare la responsabilidad penal de una persona

---

<sup>104</sup> Quienes figuren en el Boletín de Responsables Fiscales de la CGR, no pueden contratar con el estado ni pueden desempeñar un cargo público., hasta tanto no cancelen el valor establecido en el fallo administrativo. Situación está muy cuestionable como inhabilidad, sanción o limitación.

<sup>105</sup> Normas Colombianas que hacen referencia a las responsabilidad fiscal, la anti corrupción y anti tramites.

puede servir como asidero para limitar el ejercicio de un derecho político. Esta norma, no obstante, no permite, inicialmente, que alguien que, por ejemplo, fue escogido por la población para fungir como Gobernador de un departamento, sea retirado del cargo por responsabilidad fiscal.

Al tenor de esta norma, ni siquiera una decisión de la Procuraduría General de la Nación, que sí es una expresión del *ius puniendi* del Estado (derecho administrativo sancionador), puede retirar del cargo a quien fue escogido como representante de la población por voto popular. Aún así, ha de analizarse el contexto de la falta disciplinaria en cuanto a la moralidad administrativa, la protección de derechos humanos y el respeto por la normatividad de los servidores del estado, independientemente de las condiciones que dicha normatividad tenga.

Adicionalmente, el artículo 29 de la Convención Americana establece que las limitaciones a los derechos no pueden ir más allá de los términos previstos en la misma. Por tanto, y fruto de la adopción de dicha Convención como parte del derecho interno, existen dentro del Estado colombiano límites a la configuración legislativa.

En la sentencia del caso Castañeda Gütman vs México, la Corte Interamericana de Derechos Humanos [2008] expresó que;

[...] la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforma la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana. Conforme a lo establecido en el artículo 29.a *in fine* de dicho tratado ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en sentido de limitar los

derechos en mayor medida que la prevista en ella. [La restricción de los derechos políticos en el presente caso, párr.1]

En materia fiscal, por tanto, Colombia no puede limitar el ejercicio de un cargo que es expresión plena de la democracia por medio de decisiones de carácter fiscal que no son judiciales; ni siquiera el control de estas decisiones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo podría legitimar el menoscabo anticonvencional de los derechos políticos.

– **Tribunal de Cuentas de España**

Tribunal encargado de la fiscalización y judicialización en materia contable en España.

El Tribunal de Cuentas es un órgano de control externo reconocido en la Constitución Española que se configura como el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del sector público, sin perjuicio de su función jurisdiccional encaminada al enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de fondos públicos. También se le atribuye el control de la contabilidad y de la actividad económico-financiera de los partidos políticos, así como el de las aportaciones que reciban las fundaciones y asociaciones vinculadas a las formaciones políticas con representación parlamentaria. [Tribunal de Cuentas, s.f., párr.1]

Su naturaleza es externa, es decir, no pertenece a ninguna entidad estatal. Por tal razón, se diferencia de una oficina de control interno o de una interventoría. Por otro lado, por regla general, tiene como sujetos pasivos de su jurisdicción a todos aquellos que tengan manejo de fondos públicos, por lo que su alcance es bastante significativo.

Este, a diferencia de la Contraloría General de la Nación de Colombia, tiene un carácter jurisdiccional. Lo que quiere decir, siguiendo el artículo 136 de la Constitución de España, que es el “[...] supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado” [Senado de España, 1978, p.39]. Es, además, dependiente de las Cortes Generales, de las cuales emana, por vía de delegación, su función. Sin embargo, el informe anual que remite a las Cortes Generales, sobre infracciones o responsabilidades, se hace “sin perjuicio de su propia jurisdicción” [Senado de España, 1978, p.40]

Se evidencia que aunque no existe duda sobre su carácter jurisdiccional, el artículo 136 no deja claro cuál es su posición dentro del aparato judicial del Estado español. Al respecto, hay dos situaciones posibles: que sea dependiente de las Cortes Generales o independiente; la jurisprudencia constitucional se decanta por la segunda. Medina y Pajares [2005] explican:

El Tribunal Constitucional –en pocas palabras, porque la claridad del tema no exigía más– apuesta por una interpretación literal del término «jurisdicción», contenido en el segundo párrafo del artículo 136.2 de la Constitución; considera que cuando el Tribunal de Cuentas procede al enjuiciamiento contable lo hace en el ejercicio de su tradicional función jurisdiccional; señala que la responsabilidad contable es una especie de la responsabilidad civil; manifiesta que la función jurisdiccional de enjuiciamiento contable no es contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y afirma que es la propia Constitución la que permite la atribución de funciones jurisdiccionales al Tribunal de Cuentas [p.54].

En ese mismo sentido se estableció la Ley Orgánica, desarrollada por este Tribunal de Cuentas atendiendo a su concepción histórica (de órgano plenamente jurisdiccional), que se

otorga la competencia para juzgar las posibles responsabilidades contables como especie de responsabilidad civil, pero realizando los ajustes para su compatibilidad con el Estado social y democrático de derecho [Guijarro y Giménez, 2005].

En España se le ha dado una doble función a este Tribunal: de fiscalización, por un lado, y de enjuiciamiento contable, por otro, que viene a ser donde verdaderamente se expresa la naturaleza jurisdiccional de la corporación.

La función de fiscalización es una labor de carácter externo (se realiza de forma ajena al control interno de cada entidad), permanente y tiene como fin velar por el sometimiento de la actividad económica-financiera a los principios de la contratación pública: eficiencia, eficacia, legalidad y economía [Tribunal de Cuentas, s.f.].

Pérez [2014] refiere que;

La función fiscalizadora que ha de efectuar el Tribunal de Cuentas es una función financiera específica: la “función de control de las Haciendas Públicas”. A través de la misma el Tribunal de Cuentas controla la correcta ejecución de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año. Esta función fiscalizadora tiene un contenido más amplio que la ejercida por la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), ya que aquella no se reduce a un control de legalidad, sino que supone además un control de oportunidad. [p.30]

Se puede decir, entonces, que el Tribunal de Cuentas realiza, en gran medida y a través del ejercicio de la función fiscalizadora, una labor preventiva sobre ingresos y gastos de dineros públicos en España. No en vano fija como tipos de fiscalización: (i) fiscalización de cumplimiento, donde se vigila el cumplimiento de normas sobre la actividad económica-



financiera del Estado; (ii) fiscalización financiera, que da fe sobre los estados financieros; y (iii) fiscalización operativa o de gestión, por medio de la cual se evalúan los sistemas y procedimientos de las entidades [Tribunal de Cuentas, s.f.].

Por su parte, la tradicional función jurisdiccional no tiene un carácter preventivo, sino represivo o de reacción y se ejerce sobre sujetos pasivos cualificados. Así, según el Tribunal de Cuentas [s.f] “[...] se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos” [párr.1].

Están excluidos de su conocimiento los asuntos sometidos al Tribunal Constitucional; los de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo; los que constituyen delito o falta, es decir, de jurisdicción penal o disciplinaria; y los de naturaleza civil o laboral. Sin embargo, cuando el hecho constituya un delito, la consecuencia civil será determinada por este [Tribunal de Cuentas, s.f.].

Refiere Pérez López [2014] sobre la función jurisdiccional que:

Así mismo, la jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencias graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulten aplicables a las entidades del sector público; conocerá también de las responsabilidades en que incurran las

personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector. [p.34]

Con base en lo anterior, la estructura de la responsabilidad contable en España se divide en tres elementos y puede resumirse de la siguiente manera:

- Existencia de un daño: este supone un menoscabo en las finanzas del Estado.
- Modalidad de la conducta: esta puede verse tanto en sentido positivo como negativo, es decir, en acciones u omisiones. Se reprochan, contablemente, dos tipos de conductas: las dolosas y las gravemente culposas.
- Nexo de causalidad: este comporta una conexión de la conducta como causa del menoscabo en las finanzas del Estado.

Como conclusión parcial puede decirse que el Tribunal de Cuentas del Reino de España es la corporación encargada de velar por el idóneo estado financiero del Estado español, realizando labores tanto preventivas como represivas. Su carácter jurisdiccional no se pone en duda y su competencia puede confluir con otras como la penal o la disciplinaria. Esto significa que tiene un grado de autonomía que le permite juzgar contablemente a quienes tienen parte de la guarda y administración de los caudales económicos del Estado.

### **3.5.3 El control de las decisiones de la Contraloría y el Tribunal de Cuentas. Especial mención a las acciones de tutela y de amparo en Colombia y España.**

En toda democracia existen mecanismos que garantizan la defensa de un ciudadano frente a decisiones que lo afecten. Premisa que, por supuesto, también involucra las tomadas tanto por la Contraloría General de la República de Colombia como por el Tribunal de

Cuentas del Reino de España y que, por lo mismo, son controvertibles<sup>106</sup>. Sin embargo, en las dos entidades analizadas se presentan ciertas particularidades que las diferencian.

La Contraloría colombiana, al ser una entidad administrativa, no emite sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada. El Tribunal de Cuentas español y su “propia jurisdicción”, por el contrario, sí emite actos judiciales, lo cual trae consigo consecuencias jurídicas totalmente distintas.

La Corte Constitucional colombiana hace una diferenciación entre acto administrativo y acto judicial que, si bien emite desde el derecho nacional, es posible usarse para comprender la realidad española, entendiendo que el Tribunal de Cuentas se encuentra dentro de uno de los supuestos que relata la providencia. Así, la Sentencia C-189 de 1998 explica:

De un lado, por sus efectos, pues el acto administrativo no goza de fuerza de cosa juzgada mientras que el jurisdiccional es definitivo, por lo cual el primero puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada, mientras que el acto jurisdiccional, una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, es irrevocable. De otro lado, estos actos también se diferencian por la naturaleza de sujeto que los emite, pues sólo puede producir actos judiciales un funcionario que tenga las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces, En efecto, lo propio del juez es que no sólo deber estar previamente establecido por la ley (juez natural) sino que, además, debe ser ajeno a las

---

<sup>106</sup> No obstante, en los sistemas judiciales de occidente los procesos de única instancia son la excepción.

partes en la controversia (imparcial), sólo está sujeto al derecho y no a instrucciones de sus superiores o de los otros poderes (independiente), y goza de una estabilidad suficiente para poder ejercer su independencia y autonomía (inamovilidad). Por el contrario, el funcionario administrativo carece de algunos de esos rasgos. Desde el punto de vista constitucional, la distinción entre acto administrativo y acto jurisdiccional es en el fondo el carácter definitivo o no de la decisión tomada por la autoridad estatal. [Corte Constitucional, 1998]

Los fallos con responsabilidad fiscal que emite la Contraloría, entonces, se encuentran dentro del primer supuesto; y las decisiones del Tribunal de Cuentas, en el segundo. Ante la pregunta de cómo es posible controlar los actos de la Contraloría fuera del mismo proceso de responsabilidad fiscal, hay que decir que estos son sometidos a un control verdaderamente judicial, donde una autoridad imparcial es quien toma la decisión. De manera que, se hace en un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Lo que tiene una relevancia constitucional que explica la Corte Constitucional en la Sentencia C-189:

La Contraloría, si bien es un órgano autónomo, no es autárquico y se encuentra sometido a controles y, en especial, al principio de legalidad. Por lo cual en principio nada se puede objetar a que el Congreso regule la naturaleza de estos procesos y les atribuya carácter administrativo. Por todo lo anterior, la eventual revisión por la jurisdicción de lo contencioso administrativo no puede ser entendida como un desconocimiento de la autonomía de ese órgano de control, sino como una consecuencia del principio de que en un Estado de derecho no puede haber acto estatal sin

control. Es más, la estructura misma de la Contraloría, esto es, su organización jerárquica y administrativa, es congruente con la necesidad de que sus actuaciones puedan ser impugnadas ante un órgano que reúna las calidades propias de los funcionarios judiciales, como la jurisdicción de lo contencioso administrativo. [Corte Constitucional, 1998]

En ese sentido, el control de estas decisiones por parte de un funcionario judicial de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no solo es una expresión propia del Estado de derecho, es sumamente necesario, toda vez que la misma autoridad que realiza la imputación y la investigación es la que adopta la decisión. Así las cosas, al permitirse lo explicado por la Corte, se posibilita que el ciudadano contradiga la decisión ante una autoridad ajena al caso debatido (las cualidades de juez y parte no confluirían en un solo ente).

Ello se da, por antonomasia, a partir del medio de control “nulidad y restablecimiento del derecho”, contenido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 138. Aunque, en contadas excepciones es posible ejercer el control por vía de nulidad simple. Medio de control que supone una demanda para que el funcionario judicial declare la nulidad del acto administrativo de carácter particular (que puede ser tanto expreso como presunto o ficto) cuando se considere que, bajo el amparo de una norma jurídica, se ha lesionado un derecho, y este se restablezca. También se puede solicitar que se reparen los perjuicios sufridos. La norma hace una remisión a las causales de la nulidad simple para establecer en qué situaciones procede:

- a) Infracción a las normas en las que debía fundamentarse la decisión.
- b) Expedición del acto sin la competencia para hacerlo.
- c) Expedición del acto de forma irregular.

- d) Desconocimiento del derecho de audiencias o de defensa.
- e) Por falsa motivación.
- f) Por desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

Estos supuestos atacan, directamente, la presunción de legalidad, de que gozan los actos administrativos en el derecho colombiano, que al ser de tipo “legal” admite contradicción, la cual se hace ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el sentido expresado. Al respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-498 de 2016, recordó la Sentencia C-426 de 2002, donde se mencionan las características de este medio de control.

(i) ésta se ejerce no solo para garantizar la legalidad en abstracto, sino también para obtener el reconocimiento de una situación jurídica particular y la adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento o reparación. (ii) A diferencia de la acción de nulidad, la misma sólo puede ejercerse por quien demuestre un interés, esto es, por quien se considere afectado en un derecho suyo amparado por un precepto legal. (iii) igualmente, tal y como se deduce de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A, esta acción tiene un término de caducidad de cuatro meses, salvo que la parte demandante sea una entidad pública, pues en ese caso la caducidad es de dos años. [Corte Constitucional, 2016]

Por otro lado, el Tribunal de Cuentas de España, al ser una autoridad verdaderamente jurisdiccional, emite actos judiciales que no pueden ser controlados por otra jurisdicción, pues su control se da en el escenario mismo del proceso. El Tribunal de Cuentas encuentra sustento jurídico, fundamentalmente, en la Ley Orgánica 2 de 1982 y la Ley de

Funcionamiento 7 de 1988. Así, la llamada “LFCu” establece que los trámites se desarrollarán de conformidad con los preceptos aplicables a los trámites del contencioso-administrativo ordinario (Ley 29/1988), y una vez resueltos los recursos ordinarios (de apelación) y extraordinarios (de revisión y casación), que puedan proceder ante el Tribunal Supremo, la decisión hará tránsito a cosa juzgada, volviéndose inmodificable e irrevocable. Por tanto, desde lo formal, la responsabilidad contable en España (equivalente a la responsabilidad fiscal en Colombia) se decide en menos tiempo, pues aunque no se tengan datos de la duración de los procesos en cada uno de los países, el hecho de que en Colombia se vivan dos escenarios de discusión: ante la Contraloría y ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo pone de manifiesto.

Otro escenario de control es el de la Acción de Tutela (en Colombia) o de Amparo (en España), que tiene una naturaleza clara: la protección de derechos fundamentales al interior del Estado de derecho. Y entendiendo que las vulneraciones, dentro de ambos países, pueden ser de diferente orden, surge el interrogante sobre su procedibilidad para controvertir decisiones, ya sean administrativas o judiciales. Problemática que tiene algunos puntos críticos, puesto que en razón a que cada proceso tiene sus propios espacios de discusión, resulta complejo pensar en una acción que pueda atacar los resultados (administrativos o judiciales) de estos debates.

Existen dos planteamientos que hay que resolver:

- a) Procedibilidad de la Acción de Tutela contra los fallos de responsabilidad fiscal de la Contraloría General de la República.
- b) Procedibilidad de la Acción de Amparo contra las providencias del Tribunal de Cuentas del Reino de España.

Sobre el primer planteamiento no hay mayor discusión: actualmente, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y, en particular, de las *ratio decidendi* de las sentencias, que tienen un pleno valor vinculante, en Colombia se ha construido una teoría que puede denominarse “la teoría de la vía de hecho”, que tiene valor tanto para vías de hecho judiciales como administrativas.

Pero llegar a dicha teoría ha implicado una larga discusión en la tradición jurídica nacional que, al respecto, ha sido amplia, sobre todo en cuanto a la procedibilidad de la tutela contra providencias de las Altas Cortes, como la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, pues no resulta fácil aceptar que las decisiones de las cortes de cierre puedan ser revocadas en un proceso paralelo. Dicha discusión inició en 1993 con la Sentencia T-079 del mismo año, en la que se empezó a detallar claramente lo que hoy se conoce como doctrina de la vía de hecho judicial [Botero, 2006].

Que se comente aquí lo referente a las vías de hecho judiciales, aunque se esté hablando de posibles vías de hecho administrativas, tiene que ver con el hecho de que la Corte Constitucional haya fundamentado la solución a ambos problemas jurídicos con base en los mismos criterios. Extendiendo, de hecho, los efectos de sus pronunciamientos sobre “tutelas contra sentencias”<sup>107</sup> a las vulneraciones de derechos fundamentales en razón de decisiones administrativas.

Al respecto, la Sentencia T-682 de 2015 establece:

---

<sup>107</sup> Se usan las comillas para evidenciar una situación particular: siendo estrictos, no es posible hablar de tutelas contra sentencias o tutelas contra providencias judiciales, ya que en realidad procede sobre algo que no es ni sentencia ni providencia, aun cuando tenga la apariencia: las vías de hecho (y no de derecho) judiciales.



Para que se configure una vía de hecho administrativa, se requiere que al igual que en la vía de hecho judicial, se materialice alguna de las causales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, puesto que si bien se trata de escenarios diferentes, tales supuestos describen las formas más usuales de afectación del derecho al debido proceso. Por ende, dichas causales de procedencia “han servido como instrumento de definición conceptual para los jueces constitucionales, quienes determinan si los defectos que estas describen son comprobados en la actuación administrativa objeto de análisis”. [Corte Constitucional , 2015]

Corresponde, con base en lo anterior, establecer las causales por las que procede una tutela contra una decisión judicial y determinar, por extensión, cuándo procede una tutela contra un fallo de responsabilidad fiscal de la Contraloría General de la República. Sobre el tema ha habido mucha reiteración de jurisprudencia.

En esa medida, la Sentencia SU-659 de 2015 (reiterando lo expuesto en la Sentencia C-590 de 2005) recoge toda la jurisprudencia al respecto y presenta sus requisitos generales:

(i) Que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional, es decir, que plantee una confrontación de la situación suscitada por la parte accionada con derechos de carácter constitucional fundamental, por cuanto los debates de orden exclusivamente legal son ajenos a esta acción pública.

(ii) Que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela.

(iii) Que la petición cumpla con el requisito de inmediatez atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad;

(iv) Que en el evento de fundamentarse la solicitud de tutela en una irregularidad procesal, ésta tenga incidencia directa en la decisión de fondo que se estima violatoria de los derechos fundamentales del actor;

(v) Que el ciudadano identifique en forma razonable los hechos que generan la vulneración de sus derechos y que, de ser posible, hayan sido cuestionados al interior del proceso judicial; y

(vi) Que el fallo censurado no sea de tutela. [Corte Constitucional, 2015]

Entre las cosas que se ponen en cuestión con dichos requisitos está, en primer lugar, que la tutela contra vía de hecho judicial (o administrativa) no es una herramienta para revivir cualquier tipo de discusión al interior del proceso, sino para discutir asuntos de relevancia constitucional, o sea, que comporten violaciones a derechos fundamentales<sup>108</sup>.

En segundo lugar, está el mantenimiento de la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela. En otras palabras, que para que esta pueda proceder, es necesario que se hayan agotado todos los recursos. Lo cual significa que no puede ser usada para reemplazar las vías jurídicas que ha previsto el legislador en el uso de su libertad de configuración legislativa.

---

<sup>108</sup> Sin embargo, las violaciones también pueden ser objeto de debate en otros tipos de procesos; razón por la cual hay otros requisitos *sine qua non* para hablar de procedibilidad.

En tercer lugar, se encuentra el requisito de inmediatez, sobre el cual solo hay que decir que se tiene que encontrar justificación en una irregularidad procesal, determinante en el resultado del proceso, que daría pie para hablar de causales específicas de procedibilidad.

Para finalizar, los últimos dos presupuestos generales son la identificación concreta de los hechos que vulneraron los derechos fundamentales y que, en lo posible, hayan sido discutidos (para evitar que se traigan a discusión nuevos elementos que pudieron resolverse en el proceso) y, para evitar un círculo vicioso, la proscripción de la acción de tutela contra otros fallos de tutela, medida apenas necesaria para satisfacer el principio de seguridad jurídica, que se encuentra suficientemente flexibilizado con la permisión de tutelas contra providencias judiciales.

Además de las causales genéricas existen las específicas, que son sustancia de la tutela contra vía de hecho. No son requisitos *sine qua nom*, basta con que se pruebe la existencia de uno de ellos. Y son enumerados, también, por la Sentencia SU-659, a saber:

- a) Defecto orgánico: supone una carencia absoluta de competencia para dictar el fallo o acto administrativo.
- b) Defecto sustantivo: se da por una indebida aplicación de la “ley”. Entiéndase este vocablo en sentido material, tal como se explicó en el primer capítulo. Es por eso que la Corte expone varios supuestos que comportan un defecto sustantivo: aplicación de una norma declarada inexecutable por una sentencia de constitucionalidad, desconocimiento de una *ratio decidendi*, desconocimiento del *decisum* de una sentencia de exequibilidad condicionada, desconocimiento del alcance de los derechos fundamentales dado en las sentencias de constitucionalidad.

- c) Defecto procedimental: supone un desconocimiento de la ritualidad propia del proceso.
  - d) Defecto fáctico: fallas probatorias determinantes para tomar la decisión.
  - e) Error inducido: explica la Corte que se da “*como consecuencia del engaño u ocultamiento al funcionario judicial de elementos esenciales para adoptar la decisión, o por fallas estructurales de la Administración de Justicia por ausencia de colaboración entre las ramas del poder público*”.
  - f) Decisión sin motivación: cuando el *decisum* no guarda relación con las consideraciones de fondo.
  - g) Desconocimiento del precedente constitucional: entendiendo el valor vinculante que se le ha dado el precedente [explicado en el primer capítulo], su desconocimiento legitima la acción de tutela.
  - h) Violación directa de la Constitución: supone la aplicación de una norma en un sentido contrario a la Constitución o la no aplicación de la excepción de inconstitucionalidad cuando ésta haya sido solicitada.
- [Corte Constitucional, 2015]

Como conclusión parcial se tiene que los fallos de la Contraloría General de la Nación en Colombia pueden ser controlados de dos formas: la típica, que supone una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; y la atípica, por vía de tutela, que debe cumplir, en los términos que se han explicado, con unos requisitos generales y otros especiales.

La sentencia T-264 de 2018 estudia la posibilidad de que proceda la acción de tutela en contra de un fallo con responsabilidad fiscal (y contra actos administrativos en general). En dicha providencia la Corte reitera la jurisprudencia al respecto y, por supuesto, la no procedibilidad como regla. Sin embargo, el mecanismo en mención puede resultar válido por vía excepcional (aunque no en el caso estudiado en la sentencia).

Así, la vía gubernativa o la vía judicial ordinaria constituyen medios idóneos para la defensa de los derechos fundamentales con ocasión de procedimientos administrativos, no así la acción de tutela. En consecuencia, la Corte ha considerado que, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la acción de tutela resulta improcedente contra este tipo de actos. [Corte Constitucional, 2018]

Demó que, aun cuando existe una vía establecida por el legislador<sup>109</sup>, ante la misma existencia de una vía de hecho administrativa y la probabilidad de que se genere un perjuicio irremediable, es legítimo que se use el mecanismo constitucional.

Ahora, en cuanto al control por vía de Acción de Amparo, de las decisiones del Tribunal de Cuentas en el derecho español, la cuestión es distinta. Allí, la doctrina de la vía de hecho judicial no es de recibo en el derecho ibérico, por lo cual, su control se ve limitado

---

<sup>109</sup> La vía más común es la nulidad y restablecimiento del derecho. Se puede consultar un ejemplo de este medio de control en contra de un fallo con responsabilidad fiscal en la sentencia del Tribunal Administrativo del Cauca del 23 de enero de 2015 con radicado 19001333300420120013601. En esta, se declara la nulidad parcial de los actos administrativos a través de los que se falla con responsabilidad fiscal en contra de los ciudadanos Walberto Sinisterra Segura, Amparo Mercy García Sinisterra y Mauro Tomás García Sinisterra.

a los escenarios previstos por el legislador: recurso ordinario de apelación y recursos extraordinarios de casación y revisión ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

### **3.6 Conclusiones**

La primera conclusión a la que se llega en este capítulo es que la voz “contrato” no es tan precisa para denominar la figura contractual propia del artículo 355 de la Constitución, y su posterior desarrollo en el Decreto 092 de 2017. Ello, producto de la naturaleza de las prestaciones entre las partes: la figura se asemeja más a un convenio que a un contrato. Sin embargo, se exige esta última denominación, en razón a que tanto la constitución como el Decreto así lo establecen.

Ahora bien, esta figura (con independencia de la denominación), haciendo una comparación entre Colombia y España (los contratos del Tercer Sector), está determinada por el modelo del Estado bajo el cual se produzcan. En Colombia, por el carácter unitario y centralista (con un solo centro de impulsión política) la regulación no es tan variada<sup>110</sup>, se encuentra bastante limitada debido a la falta de regulación de ciertos aspectos relevantes. En España, por otro lado, el poder de las comunidades autónomas permite que haya varias regulaciones concretas al interior del territorio. En otras palabras, cada comunidad, dentro de los límites legales y constitucionales regula la contratación del Tercer Sector.

Esto lleva consigo que las formas contractuales en el país ibérico sean más variadas. En Colombia, por su parte, la contratación de interés público, propia del artículo 355 de la Constitución de Colombia, puede hacerse de dos maneras fundamentales: a iniciativa de la

---

<sup>110</sup> Es importante mencionar que en Colombia opera la figura de la descentralización, pero el estado es unitario: el gobierno central y el legislativo son uno.

Entidad y a iniciativa del particular. En ambos casos, por supuesto, deben surtirse las etapas y procedimientos del Decreto 092 de 2017, junto a lo contenido en la Guía de Colombia Compra Eficiente. Siempre respetando, en todo caso, los límites propios de este ámbito de contratación, por ejemplo, la evitación de contraprestaciones conmutativas entre las partes.

Sobre la posibilidad de que se apliquen las figuras de supervisión o interventoría se concluye que la falta de regulación por parte del Decreto 092 de 2017 no implica que exista un escenario de arbitrariedad dentro de la Administración. Ante la imposibilidad de aplicar ultractivamente el Decreto 777 de 1992 (en razón de la derogatoria expresa que hace el Decreto 092 de 2017 sobre todas las normas anteriores), se hace necesario acudir a una interpretación sistemática para poder decir que en aplicación de los principios generales de la administración pública (aplicables por remisión) debe seleccionarse a un supervisor o contratarse a un interventor (por concurso de méritos) que garantice la vigilancia sobre la materialización del interés público. La necesidad de esta figura debe constar en los estudios previos y las condiciones en que se contrata deben constar en los Documentos del Proceso.

Respecto al control de los recursos públicos, en materia de contratación, se concluye que existe una gran diferencia entre Colombia y España. En el primero, se cuenta con la Contraloría General de la República, autoridad administrativa encargada del control y vigilancia fiscal. En el segundo, existe, como órgano medianamente equivalente (por su función, mas no por su naturaleza), el Tribunal de Cuentas.

Precisamente, la diferencia sustancial en la naturaleza de estos dos órganos hace que los controles sean distintos. La Contraloría, como se dijo, es un órgano administrativo. El Tribunal de Cuentas es un órgano judicial. En el primero, entonces, es posible ejercer, luego

de los fallos, un control judicial a través de los medios de control propios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo; en el segundo, es imposible.

#### **Capítulo 4. Miramientos Jurídicos para la celebración de los Contratos de interés Público en Colombia**

Este capítulo recoge planteamientos y propuestas hechas a lo largo de la investigación, y enfatiza en los miramientos jurídicos básicos para poder celebrar contratos de interés públicos bajo los presupuestos del artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017.

En primer lugar, se estudiará el contexto general bajo el cual se celebran estos contratos; esto es, la regulación de los mismos, la autonomía del Decreto 092 de 2017 (condición donde es *sui generis*) y se hará referencia a la regulación que se ha incluido dentro de este Decreto para los convenios de asociación de la Ley 489 de 1998. Posteriormente, se realizará una aproximación consistente en la descripción de cómo operan las etapas del proceso de contratación, desde la planeación hasta la liquidación del contrato.

Finalmente, se tratarán aspectos puntuales y problemáticos como: la celebración de contratos bajo la modalidad de contratación directa (contratos de interés público y convenios de asociación), aplicación de cláusulas de exorbitancia, vigilancia y control a través de las



figuras de supervisión e interventoría, modificaciones de los objetos contractuales y las garantías.

En este sentido, se hace el miramiento jurídico donde se tiene oportunidad, como en otros apartados de esta investigación, de realizar algunos comentarios ya no contextualizados de modo general sino bajo la actualización de la norma reglamentaria para ser considerados por los lectores.

#### **4.1 Regulación de los Contratos de Interés Público**

El artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, se centra en regular los contratos de interés público; sin embargo, esta norma por sí sola no es suficiente, en la medida que la misma establece como requisito, que el Ejecutivo encabezado por el Presidente reglamente la materia;

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.

Ahora bien, el Ejecutivo colombiano, en ejercicio de la potestad *sui generis* que le dio el constituyente, procedió a reglamentar dicha materia con el Decreto 092 de 2017<sup>111</sup>, el cual debe catalogarse como “decreto autónomo”.

Previamente a la expedición del decreto mencionado, se expedieron otros reglamentos que regularon esta materia, pero fueron derogados por la presente normatividad; dichas regulaciones fueron Decreto 777 de 1992, Decreto 1403 de 1992, Decreto 842 de 1992, y Decreto 2459 de 1993. No obstante, en gran medida resultaban más acertadas las regulaciones que allí se consagraban que las actuales. Por cuanto se ocupaba de temas tan relevantes como las garantías, el control, las cláusulas excepcionales, la constitución de la entidad, entre otros temas.

#### **4.1.1 La autonomía del Decreto autónomo 092 de 2017**

El Estado colombiano se caracteriza por una división tripartita del poder público, donde cada rama o poder se encarga de desarrollar determinadas competencias que le asisten. La competencia para crear normas, reside por antonomasia en el Congreso de la República a través de la Cámara de Representantes (circunscripción departamental) y el Senado (circunscripción nacional).

Sin embargo, esta división tripartita del poder no es absoluta, pues se ve desdibujada por eventos particulares que crean situaciones excepcionales, donde un poder interviene en competencias, que, por naturaleza, le corresponden a otro poder. Es el caso de las

---

<sup>111</sup> Es importante señalar que el decreto 098 de 2017, deroga el decreto 777 de 1992, norma que se había preocupado por este tema y en desarrollo de la Constitución Política de Colombia que estableció esta clase de contratación excepcional con las ESAL.

competencias legislativas del Ejecutivo: los estados de excepción son un ejemplo clásico de cómo éste puede legislar.<sup>112</sup>

Una de estas situaciones excepcionales es la contenida en el recitado artículo 355 de la Constitución Política de 1991, donde el constituyente primario, luego de proscribir los auxilios parlamentarios, le otorga directamente al Gobierno la competencia de regular un ámbito de la contratación estatal.

La expedición de este decreto no necesitó (así como no necesitará otro decreto modificatorio o derogatorio) que el legislador le concediera una competencia reglamentaria al Presidente de la República. La competencia la otorgó, como se expuso, el constituyente, y no cualquier constituyente: el primario, no el derivado. Allí, radica la autonomía de esta norma.

Para su revisión corresponde entonces, hacer un contraste entre la norma dictada por el Presidente y el texto constitucional. Nunca un texto legal. Así las cosas, debe tramitarse a través de la nulidad por inconstitucionalidad. Su contenido, hay que decirlo, no es reglamentario sino legal.

#### **4.1.2 La ley 489 de 1998**

La Ley 489 de 1998, conocida como ley de modernización del Estado colombiano, debe mencionarse en este capítulo, no porque tenga la misma naturaleza del Decreto autónomo 092 de 2017 sino porque establece una remisión normativa al procedimiento de

---

<sup>112</sup> Hay que decir que el concepto de ley en sentido formal sí es exclusivo para referirse a los actos del Congreso de la República. Sin embargo, la expresión “ley” contenida en el artículo 230 constitucional tiene también un sentido material, refiriéndose así a todas las fuentes formales de derecho.

éste, para la contratación que le es propia. Cabe señalar que los artículos más relevantes de La Ley 489 de 1998 son el 95 y el 96. El segundo de ellos establece, [Departamento Administrativo de la Función Pública, 2017]

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.<sup>113</sup>

[Sentencia C-671-99 del 9 de septiembre, 1999]

Esta norma consagra el régimen de contratación para los denominados “convenios de asociación”. Al ser similares a los contratos del 355 constitucional colombiano (por ejemplo en la no contraprestación directa de obligaciones), el legislador decidió remitir expresamente al contenido del artículo constitucional y, por consiguiente, al decreto que regula la materia, siendo hoy el Decreto 092 de 2017.

Llama la atención que esta norma hace referencia a los convenios y no a los contratos. Acudiendo a lo estrictamente legal, y por la remisión que se decidió hacer, debieron

---

<sup>113</sup> Este artículo Ley 489 de 1998 fue declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-671-99 de 9 de septiembre de 1999, magistrado ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

denominarlos como “contratos de asociación”. Sin embargo, por la naturaleza –y aplicando las teorías del negocio jurídico– se considera que la denominación no es alejada de lo que se pretende, de todos modos, sería importante armonizar y unificar el concepto en torno al mandato entregado por la Constitución Política Colombiana, como se expuso al inicio de la presente investigación.

Ahora bien, con la posterior expedición del Decreto 092 de 2017 éste pudo referirse a un aspecto concreto sobre los convenios de asociación de la Ley 489 de 1998. En el artículo 5, se establece una excepción al proceso de competencia para la selección de la persona de derecho privado con la que se celebra el convenio. Esta excepción, tiene una condición y es que “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”. También, impone la necesidad de motivar la selección con criterios objetivos cuando haya más de una entidad de derecho privado que quiera comprometer recursos en las proporciones exigidas para esquivar el proceso de selección.

Pero más allá de la norma que en particular regula la competencia en materia de convenios de asociación, hay que hacer una reflexión sobre la naturaleza jurídica de este artículo en particular. Cuando se hizo referencia acerca de la autonomía del Decreto 092 de 2017, se expresó que la regulación se da en virtud de la facultad que el constituyente primario le otorgó al Gobierno Nacional. Sin embargo, el constituyente no le otorgó competencia para regular directamente los convenios de asociación, los que además no existían como los conocemos hoy; suficiente es mirar que la fecha de año de expedición de la ley 489 y determinar que corresponde al año 1998. Lo que sí hizo fue regular, en una técnica que

podríamos catalogar como de “ahorro legislativo”, la materia a través de otra regulación por la similitud establecida.

Es pertinente dar un vistazo a la frase usada en el artículo 96 citado “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 esa disposición el Congreso, entendido como el poder legislativo, hace una remisión, pero no cede la competencia para que sea el Gobierno Nacional quien regule expresamente aspectos atinentes a la celebración de convenios de asociación.

Esto deriva en un problema de validez y naturaleza de la de la norma. Se tiene a manera de ejemplo y como premisa supuesta, que el legislador sí otorgó la competencia al Gobierno Nacional, en este caso, la naturaleza particular de ese artículo 5 del Decreto 092 de 2017 (el que establece una excepción para el proceso de competencia cuando se comprometan recursos por valor mínimo del 30% del convenio) no es la misma que la del resto del decreto. El Gobierno no estaría en uso de una potestad constitucional sino legal. Sería, entonces, un artículo con naturaleza reglamentaria común.

Por otro lado, asumiendo la premisa que se considera correcta, es decir, que el legislador no otorgó esa competencia, sino que sólo hizo una remisión normativa, la norma carecería de validez. El Decreto regula la materia, porque el legislador lo acepta, pero lo regula tal como lo hace para regular la contratación del artículo 355 constitucional, no porque se haya otorgado la competencia.

En tanto hubiese una competencia otorgada, este artículo, aun estando dentro de un decreto autónomo, no sería controlado de la misma manera. Sería el medio de control, la

nulidad por ilegalidad la vía correcta. Sin embargo, ante la ausencia de la competencia, es la vía de la nulidad por inconstitucionalidad la que debe emplearse.

Pero además de lo sostenido, Colombia Compra Eficiente en su Guía<sup>114</sup> también consagró pautas de orientación para la celebración de convenios de asociación. Debe decirse, que la guía en este aspecto es fundamentalmente explicativa y no propositiva. Por lo menos, no se invadió la competencia de una manera tan fuerte. La única proposición que se encuentra, es la contenida en el párrafo final del punto VI: “En todo caso, el proceso competitivo que definan las Entidades Estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas, este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública”. [Gobierno de Colombia, s/f]

#### **4.2. Análisis del Sector y Estudios Previos de la ESAL**

En este punto, se procede a analizar si es pertinente realizar el estudio del sector para esta clase de contratos con estas entidades sin ánimo de lucro a fin de atender el interés público permitido por el Decreto 355 superior colombiano. Será necesario analizar, si la norma que reglamenta la materia, consagra tal obligación o si el análisis es facultativo de las entidades contratantes. Para despejar este interrogante, lo primero que se debe tener presente es conocer si el Decreto 092 de 1998, establece claramente la obligación de realizar un

---

<sup>114</sup> Colombia Compra Eficiente, Guía para la contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.



estudio del sector y luego proceder, lógicamente de ser afirmativa la respuesta, a determinar cómo sería el desarrollo del mismo.

En primer lugar, es necesario señalar que las normas sobre las cuales se soporta la necesidad de realizar el estudio del sector, están fundadas en la remisión que hace el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 hacía el Estatuto General de la Contratación Pública para aquellas situaciones que no estén expresamente reguladas en el mismo. Entonces, al analizarse éste, se observa en su contenido que el Ejecutivo no se ocupó directamente de este tema en la norma autónoma, lo que obliga a que, en virtud de la remisión, se aplique el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007 y como consecuencia, sus decretos reglamentarios como el Decreto 1510 de 2013 y el Decreto 1082 de 2015, así como la Guía sobre contratación pública con ESAL.

En este sentido, es claro que el Estatuto General de Contratación es la fuente mediante la cual se debe nutrir los contratos de interés público para efectos de realizar el estudio del sector. Sin embargo, es importante recordar que efectivamente en su momento, como se manifestó, se estarían aplicando a los contratos de interés público, unas normas que se fundamentan en el mercado de intercambio de servicios mediante la demanda y la oferta con propósitos lucrativos, a un contrato que no debería actuar bajo los regímenes de la mencionada competitividad, por las razones que se expusieron previamente en este mismo capítulo.

Bajo los parámetros anteriores, este análisis o estudio previo del sector para la contratación con la ESAL ha de responder a los siguientes alcances; a) la necesidad del por qué se hace la contratación con una ESAL b) cómo se aplicaría la contratación c) cuál es el

dispositivo de seguimiento y control que utiliza la contratación d) la situación social que va a atender e) los recursos para atender la necesidad de contrato f) evaluar la posibilidad de indicadores sociales la evaluación del proyecto.

El análisis anterior es importante, al igual que lo es analizar el valor económico, con sus gastos, impuestos y cargas, y la oferta de este mercado entre las ESAL y las sociedades, para posteriormente determinar acertadamente el régimen contractual a utilizar. Cuando se observa el contenido del Decreto 1082 de 2015 reglamentario de Ley 80 de 1993, es claro que esta norma indica cada uno de los aspectos que se deben considerar en el momento de estructurar un proceso de contratación, pero como fue señalado, no es el único estudio, por cuanto el estudio económico es fundamental para determinar el valor del contrato, previo a su celebración.

No debe olvidarse, que este régimen de contratación de interés público, es excepcional. Lo que hace que sea sensato y objetivo evaluar cómo se comporta este mercado de las ESAL para efectos de lograr obtener, en un momento determinado, unos mejores beneficios del contratista que colabora con el Estado atendiendo unas necesidades que, lógicamente van orientadas hacia una población vulnerable y necesitada la cual demanda cierta prioridad del Estado. Más a su vez, no está dentro del contexto de la Ley 80 de 1993, sino que se encuentra aún más marginada y más desprovista, presentando insuficiencias en su entorno social.

Tanto el examen del sector, como los estudios previos son requisitos que competen en mayor medida a la Entidad. El primero, compete de manera exclusiva y el segundo compete de manera fundamental, pero no exclusiva.

En cuanto a los estudios previos, hay que decir que es una obligación de la entidad en términos de justificación del régimen de contratación del artículo 355 de la Constitución. Esto, sirve para evitar que se eviten los demás regímenes de contratación con el fin de favorecer intereses distintos al interés público. Lo que quiere decir, que la entidad debe estudiar el sector en términos de oferta y demanda para poder determinar que el programa de interés público que desea desarrollarse está garantizado en el mercado por entidades sin ánimo de lucro; y, si el mercado no arroja que de manera exclusiva las entidades sin ánimo de lucro son las que ofrecen estos servicios, entonces deberá sustentarse por qué resulta más beneficioso, no sólo en cuanto a costo-beneficio, sino en eficiencia y gestión del riesgo, que se contrate con éstas.

Los estudios previos, por su parte, son más concretos que el análisis del sector. Estos últimos, van directamente a planear el programa de interés público. Son el inicio de la etapa de planeación y, como se dijo, por la naturaleza de estos contratos y la relación que se da entre la entidad y particulares, pueden ser de elaboración compartida. En todo caso, siempre respetando las mayores cargas que le asisten a la entidad.

Finalmente, hay un aspecto que preocupa, consistente en la suspensión del Decreto 092 de 2017, originada por un medio de control y decidida por parte del Honorable Consejo de Estado Colombiano, en virtud de una medida cautelar, donde prácticamente se reconoce de manera temporal que Colombia Compra Eficiente, no puede ser una entidad reguladora de los contratos del artículo 355, por cuanto, el presidente de la república no puede delegar lo que la misma Constitución en su momento le había entregado. De otro lado, el artículo 8 del Decreto 092 de 2017, se encuentra vigente y remite a la contratación general en los no

previstos en este, y, no se puede desconocer que esta entidad adscrita viene regulando aspectos contractuales en materia de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007; como también se cuestiona tal remisión a tal punto de poderse entender que el presidente se estaría despojando de su facultad constitucional.

#### **4.2.1. Libre competencia en el contrato de interés público**

La libre competencia se refiere al proceso mediante el cual las empresas o proveedores pugnan por abastecer la demanda de los consumidores, con el fin de alcanzar un objetivo de negocios en particular; por ejemplo, la maximización de los beneficios, el incremento de las ventas o el aumento de su participación en el mercado.

En este contexto, la competencia es sinónimo de rivalidad entre empresas, la misma que puede manifestarse en el precio, la cantidad o la calidad de los productos o servicios que se ofrecen, o en una combinación de estos u otros factores que los consumidores valoran. La libre competencia está basada en la libertad de decisión de los agentes que participan en el mercado y en un entorno donde las reglas de juego son claras para todos y se cumplen efectivamente; se basa fundamentalmente en la libertad del consumidor.

La libre competencia está dada para efectos de aquellos proveedores que guardan un interés directo en abastecer a los usuarios o consumidores respecto de un producto determinado y así alcanzar un negocio. Como complemento de esa libre competencia, hay una libertad para ingresar a participar como proveedor, esta es la razón para que una entidad que bien puede ser una ESAL pueda libremente presentarse a un proceso de licitación pública o contratación con el Estado bajo la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, conocida como Estatuto General de Contratación, en la medida que puede ofertar y vender sus servicios.

Ahora bien, lo que verdaderamente debe analizarse es si es viable en un contrato de interés público realizar un proceso de libre competencia con reglas claras para efectos de impulsar programas y actividades de interés público. Para despejar tal planteamiento es necesario señalar, que la norma constitucional es muy general y se refiere a impulsar programas de interés público.

En este sentido, al observar el contenido del artículo varias veces mencionado, se puede colegir fácilmente que en el mismo no hay un procedimiento determinado para que el Estado, en sentido amplio, pueda acompañar o impulsar tales actividades, a contrario *sensu facultata* al gobierno para reglamentar este artículo al señalar;

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.**<sup>115</sup>

Lo importante de esta norma, es la razón de buscar beneficios para la inversión de este recurso a las ESAL cuidando así el dinero público, pero no puede ser pretexto de economía, desplazar la contratación establecida en el estatuto de la contratación. Por otro lado, el decreto resulta, comparando las entidades sin ánimo de lucro con las llamadas sociedades, al exigir

---

<sup>115</sup> Subrayado del autor.

que para contratar con las ESAL, no deba existir oferta en el mercado de los bienes obras y servicios requeridos, lo que genera una limitante para las mismas en la medida que muchas sociedades pueden prestar determinado servicio, no con vocación altruista, sino por el contrario por vocación económica, teniéndose entonces que contratar con estas últimas desmotivando así, tan importante labor social.

Bajo, el entendido anterior, el gobierno expidió el Decreto 092 de 2017 y, en el artículo 2 literal c, no solo se observa esa desmotivación e imprecisión a la que se hace referencia, sino además un Estado promoviendo la competencia entre sociedades y ESAL a tal punto, de llegar a señalar la optimización para poder contratar con esta clase de entidades al señalar:

Artículo 2. 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:

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.<sup>116</sup>

La entidad estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal que contrate bajo esta modalidad deberá indicar expresamente en los documentos del proceso, como 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.<sup>117</sup>

Ahora bien, bajo el estudio de la presente norma, es importante mencionar que el resaltado de la misma, permite indicar que estos aspectos se encuentran suspendidos por el Consejo de Estado Colombiano, es decir que su aplicación no es posible en el ordenamiento jurídico, por cuanto ha decidido esa corporación separarla temporalmente mientras se resuelve la demanda existente. Sin embargo, al existir la posibilidad o eventualidad que el texto se mantenga por considerarlo legal el juez contencioso y por cuanto no haber desaparecido del ordenamiento jurídico, se considera oportuno y viable, hacer los comentarios y análisis que hasta el momento se vienen exponiendo.

---

<sup>116</sup> El presente decreto en especial, este inciso se encuentra en revisión de su legalidad a causa de una demanda que existe sobre el mismo, sin embargo, vale la pena resaltar que este literal fue suspendido por el Honorable Consejo de Estado Colombiano, mediante sentencia, 11001-03-26-000-2018-00113-00 (62003), del 6 de agosto de 2019, con ponencia del Magistrado Carlos Alberto Zambrano. Lo que significa que la norma no tendrá aplicación hasta tanto el juez ordene lo contrario o se profiera una decisión definitiva que bien puede terminar aceptando la legalidad de este literal c, evento en el cual recuperará su aplicación en el mundo jurídico o a contrario la decisión final puede terminar por retirar definitivamente la norma del ordenamiento jurídico por no estar ajustada al ordenamiento jurídico.

De modo que regresando a la posibilidad de hacer un proceso competitivo, se debe indicar que la Constitución no prohíbe tal circunstancia, por el contrario, se considera que en virtud de un reglamento autorizado por la propia Constitución, es posible establecer uno o varios parámetros determinados para que puedan estas entidades sin ánimo de lucro en un momento dado, compararse entre una y otra entidad a fin de que se utilice mucho mejor el recurso público a efectos de que se garantice un servicio social, por eso no se comparte, la posición de algunos doctrinantes relacionada con el aspecto que estas entidades por ser sin ánimo de lucro no pueden participar entre ellas de una manera objetiva, a fin de obtener una determinada subvención del Estado. Eso no significa que se esté diciendo que se tiene que hacer un proceso de selección de la misma naturaleza o similar a la ley general de contratación, lo que se quiere significar, es que en aras del principio de igualdad las entidades ESAL pueden llegar a ser objeto de procedimientos entre ellas y no con sociedades, donde se pueda evaluar su capacidad, experiencia, cumplimientos, trayectorias, reconocimiento de calidad y procesos, entre otros, todo en protección y procura del interés público; sin perjuicio que también pueda existir la posibilidad de acudir directamente a contratar con estas entidades previa conveniencia y evaluación.

Finalmente, en lo que sí podemos estar de acuerdo es que efectivamente la norma resaltada desconoce la filosofía altruista de dicha norma y asimila estas entidades mediante la oferta y la demanda de una libre competencia, al pretender aplicar un procedimiento de contratación similar al de Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación por cuanto se está hablando de regímenes que son completamente diferentes y en principio también excluyentes.



#### **4.2.2 La idoneidad**

La idoneidad es una exigencia que desborda el ámbito del Decreto 092 de 2017. En el caso particular de este ambiente de contratación, la idoneidad es una exigencia constitucional. Sin embargo, esta debe cumplir con varias características para poder considerarse ajustada a lo que el constituyente y el “legislador” plantean.

En primer lugar, debe ser reconocida por la autoridad correspondiente. Posteriormente, se asocia a criterios mucho más concretos que permiten concluir de entrada que la experiencia no es la esencia de ésta. La experiencia, es uno de los varios indicadores para poder determinar que hay una reconocida idoneidad.

Lo que ha de determinarse en este estadio del proceso de selección del particular con quien se ha de contratar, estará siempre orientado por el objeto contractual y el contrato mismo. Lo que implica que no pueden hacerse valoraciones en abstracto. Así las cosas, la persona de derecho privado debe ser adecuada y apropiada para un fin particular: desarrollar las actividades objeto del proceso de contratación.

Para comprender la importancia de la idoneidad, es necesario referirse a su concepto a fin de establecer el valor de tal exigencia para celebrar un contrato de interés público a los que alude la norma analizada. El concepto de idóneo tiene como significado lo “adecuado y apropiado para algo” [RAE, s/f], ahora se hace trascendental conocer el contenido de la norma frente a esta exigencia para que las ESAL puedan acceder mediante esta modalidad contractual a vincularse con el Estado.

El artículo 3 del Decreto 092 de 2017 establece lo que ha de entenderse por idoneidad con el fin de ser acreditada por la entidad sin ánimo de lucro con quien contrata el Estado:

Artículo 3. 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. (Inciso suspendido). [Sentencia 62003 del 6 de agosto, 2019]

Como el inciso segundo del artículo tercero del Decreto 092 del 2017 fue suspendido por el Honorable Consejo de Estado Colombiano que facultaba a Colombia Compra Eficiente para establecer la forma como se debían acreditar los requisitos de la idoneidad, la cual lo

reguló mediante una guía o instructivo<sup>118</sup>. Entonces, solamente conserva vigencia de la parte inicial de la norma, que resulta ser muy genérica para contratar una entidad de reconocida idoneidad. Pues de su texto se establecen requisitos como: **a)** que la entidad sea adecuada y apropiada para desarrollar las actividades objeto del proceso de contratación y cuente con experiencia **b)** Que cuente con experiencia en el objeto a contratar **c)** que el objeto de la ESAL permita desarrollar el objeto a contratar.

Al observar lo antecedido, no existe allí una regulación de cómo debe la ESAL acreditar la experiencia, es decir no hay un alcance, igual sucede con otras características que contribuyen a la idoneidad. Ahora bien, de suma relevancia es hacer referencia al Decreto 2039 de 2017, por cuanto si bien esta norma no constituye un decreto autónomo en virtud del artículo 355 de la CP, esta es de las pocas normas que en materia contractual pueden auxiliar al operador jurídico para efectos de exigir determinada idoneidad a las ESAL. Toda vez que, reglamenta el parágrafo del artículo 4 del Decreto-Ley número 1534 de 2017 (en lo relativo al requisito de reconocida idoneidad que se exige a las entidades privadas sin ánimo de lucro que administren recursos públicos para presentar proyectos de infraestructura de transporte directamente ante el Órgano Colegiado de Administración y Decisión y la Asignación para la Paz (OCAD PAZ). Este decreto que tiene que ver con la paz, trae unos requisitos que son

---

<sup>118</sup> Precisamente Colombia Compra Eficiente tiene regulado este tema, estándose a la espera de la decisión final que tome el Consejo de Estado. Pero resulta hacer algunas apreciaciones en esta materia frente a las características que debe reunir la idoneidad para esta entidad estatal: El objeto de la entidad privada sin ánimo de lucro y el programa o actividad esté prevista en el plan de desarrollo, la capacidad del personal de la entidad privada sin ánimo de lucro, la experiencia, su estructura organizacional, los indicadores de la eficiencia de la organización y su reputación.

útiles en la medida que comparten dos aspectos, el primero, es que está orientado a las entidades sin ánimo de lucro, el segundo, se trata de administrar recursos públicos, pero igualmente hay diferencias. El primero está orientado para obra pública y no para contratos de interés público, en especial para los más desprotegidos, lo segundo es que actúan como administradores de recursos en tanto que los contratos de interés se apoyan en proyectos mediante un contrato. No obstante, ambos independientes de los términos están en poder de dineros que son públicos y corresponde administrarlos de modo decente.

En este sentido, para evaluar la idoneidad de la ESAL y que sean evaluadas a nivel nacional, departamental, municipal y distrital, se deben tener en cuenta los siguiente requisitos: la capacidad de gestión para adelantar proyectos, la política de gobierno corporativo, la estructura organizacional, las funciones de los órganos, los mecanismos de control de los administradores, los estados financieros auditados, la experiencia mínima de tres contratos acreditados y valorados; la sumatoria de los tres contratos que no debe ser inferior al 30% del proyecto a contratar, el objeto social estatutario, el estar creada la entidad un año antes de la solicitud de idoneidad. La presente apreciación genera discusiones nada pasivas para la comunidad jurídica.

Al respecto el Decreto 2039 de 2017, expedido el 6 de diciembre, “Por el cual se reglamenta el parágrafo del artículo 4° del Decreto-ley número 1534 de 2017 en lo relativo al requisito de reconocida idoneidad que se exige a las entidades privadas sin ánimo de lucro que administren recursos públicos para presentar proyectos de infraestructura de transporte directamente ante el OCAD PAZ trae la presente regulación”.

Artículo 1°. Objeto. Reglamentar el párrafo del artículo 4° del Decreto-ley número 1534 de 2017, en lo relativo al requisito de reconocida idoneidad que se exige a las entidades privadas sin ánimo de lucro que administren recursos públicos para presentar proyectos de infraestructura de transporte directamente ante el OCAD PAZ.

Artículo 2°. Idoneidad de las entidades privadas sin ánimo de lucro. El Instituto Nacional de Vías (Invías), será el encargado de establecer y certificar si las entidades privadas sin ánimo de lucro que administren recursos públicos son idóneas para presentar proyectos de inversión en infraestructura de transporte directamente ante el OCAD PAZ.

Para certificar la reconocida idoneidad, el Invías deberá verificar que dichas entidades cumplen con los siguientes requisitos para cada proyecto de infraestructura de transporte:

1. Correspondencia del objeto estatutario de la entidad privada sin ánimo de lucro, según conste en el Certificado de Existencia y Representación legal, con el proyecto de infraestructura de transporte. La entidad privada sin ánimo de lucro que administre recursos públicos, debe haberse constituido como mínimo con un (1) año de anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud de certificación de idoneidad.

2. Experiencia específica en proyectos de infraestructura de transporte. La entidad privada sin ánimo de lucro que administre recursos públicos, deberá acreditar como mínimo la ejecución de tres (3) contratos cuyo objeto sea la

ejecución de proyectos de infraestructura de transporte, aportando a la solicitud de certificación de idoneidad, los documentos que acrediten tal situación. El Invías verificará la correspondencia entre la cuantía de los contratos acreditados y el valor del proyecto de infraestructura de transporte. Para tal efecto, la sumatoria del valor de los contratos aportados para acreditar la experiencia debe ser superior al 30% del valor estimado del proyecto.

3. La entidad privada sin ánimo de lucro que administre recursos públicos deberá demostrar que cuenta con la estructura organizacional con capacidad de gestión para el proyecto. Para tal efecto, deberá aportar a la solicitud de certificación de idoneidad, el documento contentivo de su política de gobierno corporativo y la descripción de su estructura organizacional señalando las funciones de sus órganos de control y mecanismos de control de las decisiones de los administradores. Además, deberá adjuntar los estados financieros auditados por un contador público.

De este modo, los gobiernos en sus niveles nacional, departamental o municipal tienen en sus manos criterios que permitan descender un concepto que si bien no califica como “concepto jurídico indeterminado”, es un tanto esquivo. Estos criterios, permiten dotar de objetividad el proceso de selección, por lo menos en cuanto a la determinación de la reconocida idoneidad, que es requisito *sine qua non* para la contratación.

Lo anterior permite superar el concepto de idoneidad que era equiparado con experiencia, por cuanto, hay aspectos complementarios como fueron mencionados, que contribuyen a la satisfacción del principio de transparencia en el proceso de contratación.

### **4.3 Etapas del Proceso de Contratación. Planeación, Selección, Ejecución y Liquidación**

El conjunto de etapas que conforman el proceso de contratación podría denominarse como “gestión del contrato”. Surtir estas etapas –cada una con sus propias características, pero interconectadas entre sí– contribuyen a garantizar el fin de este ámbito de la contratación: el interés público.

Es necesario exponer, que el Decreto 092 de 2017 no ha hecho una descripción plena de las etapas del proceso de contratación, como sí se hace, por ejemplo, en el proceso de competencia. Sin embargo, Colombia Compra Eficiente a través de la Guía ha hecho un esfuerzo por delimitarlas. Esto tiene como beneficio, que puedan identificarse necesidades y responsabilidades en cada uno de los momentos relevantes de la “gestión”. Pero es deber recordar los cuestionamientos de validez que le asisten a esta entidad, como causa del enjuiciamiento realizado al decreto 092 de 2017.<sup>119</sup>

El artículo 4 del Decreto 092 de 2017 señala,

Artículo 4. 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

---

<sup>119</sup> Si bien, la guía de Colombia Compra Eficiente, sea ocupado de estos temas para el proceso competitivo de las ESAL, se considera que lo más apropiado es recurrir por mandato expreso del artículo 8 del decreto 092 de 2017 al Estatuto General de la Contracción Pública, de Colombia, entiéndase ley 80 de 1993 y 1150 de 20107.

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. (Este inciso se encuentra suspendido y el resaltado está fuera de texto)

Con lo anterior, en el proceso competitivo, la Entidad Estatal deberá cumplir con las fases que más adelante se describirán.



### 4.3.1 Etapa de planeación

Esta es una etapa que no debe presentar discusión alguna en el área de la contratación, pues lo mínimo que se espera del Estado es una actitud responsable frente a la sociedad al momento de invertir los recursos públicos independiente de la naturaleza jurídica de los contratos, de ahí que resulte difícil de delimitar. Siendo también, la más comentada y discutida.

Este momento suele confundirse con los denominados estudios previos, los cuales, si bien son fuertemente importantes al momento de iniciarse un proceso contractual (quizás lo más importante en la planeación), son únicamente un elemento de los varios que pueden llegar a componen la presente etapa.

Los estudios previos deben responder a preguntas elementales, pero requieren de análisis profundos en su elaboración como la imperiosidad de no pecar de ignorancia sobre; a) qué necesidad se busca satisfacer, b) cuáles son las características de esa necesidad, c) cómo se puede satisfacer determinada necesidad y en qué condiciones, d) qué riesgos representa atender la necesidad, riesgos sociales, económicos, políticos, ambientales, culturales, étnicos, e) cuál es el valor económico y financiero para atender la necesidad, f) que alternativas jurídicas contractuales son válidas, entre otras.

De tal manera, que existe diferencia entre la etapa de planeación y el principio de la planeación<sup>120</sup>. El principio, se extiende por sí solo a todo el proceso de contratación, incluso

---

<sup>120</sup> Este principio, como se dijo anteriormente, se manifiesta de maneras múltiples. Anteriormente se indicó que en la primera etapa, la de planeación, se expresa a partir de los estudios previos como ya se dijo. En la segunda, la de selección, se expresa a partir de la forma en que se escoge al particular atendiendo los criterios de discriminación positiva y selección objetiva, además de los de eficiencia, eficacia, economía y gestión del

hasta después de la ejecución, por ejemplo, en lo atinente a obligaciones ambientales. La etapa de planeación, por su parte, es el punto de partida del proceso de contratación y a su vez la forma más palpable de materializar el principio.

En la planeación, debe buscarse una reducción al mínimo de los riesgos propios de la contratación. Para esto se deben suscribir las garantías de cumplimiento y las necesarias, establecer además criterios claros aplicables para garantizar la continuidad del contrato: esto es, definir pautas de renegociación y, para eventuales fallas de estas, pautas de terminación anticipada.

La planeación consiste básicamente en delinear todo el proceso de contratación. Es decir, proyecta la materialización del principio. Pero, en primer lugar, corresponde hacer un estudio del sector, realizar los estudios previos que demuestren la necesidad de contratar, establecer los criterios propios del proceso de competencia, medir en forma de “costo-beneficio” el alcance que se va a lograr y lo que cuesta lograrlo –siempre pensando en la eficiencia y la eficacia–, y abrir las puertas a un proceso participativo, tanto para la postulación de entidades sin ánimo de lucro, como en la recepción de comentarios que sirvan para la selección objetiva del contratista.<sup>121</sup>

El proceso competitivo (cuando exista más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad que puede atender la necesidad o proyecto) que se da posterior a los

---

riesgo, cuando estos se ameriten. Por ejemplo, analizando el concepto de “personas políticamente expuestas”, para evitar incompatibilidades, inhabilidades, conflictos de intereses, etcétera. En la tercera etapa, la de ejecución y liquidación, este principio se expresa a partir del seguimiento que se realiza al contrato.

<sup>121</sup> Puede consultarse el artículo 8 del Decreto 092 de 2017, el cual remite en lo no regulado a Estatuto General de la Contratación.

estudios previos, consta de varios momentos o fases conforme el contenido depositado en el artículo 4 del Decreto 2017 así: (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 ESAL presenten sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad; y (iii) evaluación de acuerdo con los criterios definidos para el efecto.

En su momento, se analizó el requisito de la idoneidad y otros requisitos paralelos al mismo que es preciso se consideren al instante de hacer la lectura y aplicación de la anterior norma. Este proceso competitivo, puede enmarcarse dentro del concepto de retroalimentación. Que se puede simplificar de la siguiente manera. Es decir, en primer lugar, la entidad define los criterios a utilizar para la selección de la ESAL, seguidamente concede un plazo razonable para que sean presentadas las ofertas por parte de estas entidades privadas que buscan satisfacer el interés público, posteriormente se presentan las ofertas para finalmente proceder a la evaluación de las propuestas entregadas oportunamente.

#### **4.3.2 Proceso Competitivo**

El presente proceso competitivo sufre un cambio fundamental en la medida que el decreto regulador de este tema, fue suspendido en alguno de los apartes, pero plantea la posibilidad de una competencia entre entidades sin ánimo de lucro, con un determinado proceso que si bien puede resultar contradictorio se mantiene en razón de la vigencia del artículo 8 del Decreto 092 de 2017, al permitir un proceso de selección con fundamento en el Estatuto General de Contratación.

A continuación, se describen las etapas correspondientes al proceso de contratación:

1. Etapa de selección: La etapa de selección es mucho más corta y menos compleja que la etapa de planeación. De hecho, en gran medida es una forma de materializar lo que se planteó en la planeación, sobre todo en lo referente a las pautas y criterios del proceso de competencia. Esta etapa, culmina con la elección de una entidad sin ánimo de lucro para celebrar el contrato. Esta selección debe seguir fundamentalmente los siguientes parámetros.

- Valoración de las propuestas de los varios oferentes en tanto estén dadas las condiciones para que exista competencia: más de una entidad sin ánimo de lucro que pueda cumplir con el objeto del contrato.
- En los procesos sin competencia pueden darse dos situaciones. La primera, es la del evento en que no haya más de una entidad sin ánimo de lucro que pueda cumplir con el objeto. La segunda, en el régimen excepcional para los casos de arte, cultura y deporte. Pero sea cual sea el evento, prescindir del proceso competitivo exige motivación en los Documentos del Proceso.
- Revisión de las cualidades de los miembros de la entidad sin ánimo de lucro en lo atinente a inhabilidades, incompatibilidades y nivel de exposición política. La Guía habla del concepto de “personas políticamente expuestas”. Teniendo en cuenta la naturaleza de los programas que se desarrollan con los contratos de interés público, este es un criterio necesario, sin embargo, no está bien delimitado y sirve para adoptar posiciones subjetivas al momento de la selección.

2. Etapa de ejecución y liquidación: Esta es la etapa menos delimitada en el Decreto 092 de 2017. En primer término, hay que decir que la idoneidad de la entidad sin ánimo de lucro, debe ser evaluada a lo largo de la ejecución y no sólo al momento de suscribir el contrato. Máxime que es la base para otras futuras contrataciones con la misma u otra Entidad. La ejecución del contrato se iniciará, una vez sea aprobada la correspondiente garantía por parte de la entidad pública. Ese seguimiento puede hacerse, como se ha explicado en esta investigación, a través de las figuras como la supervisión y la interventoría, con las reglas que correspondan a cada una. el cual se puede estandarizarse a través de indicadores como metas y porcentajes de cumplimiento.

Al terminar la ejecución del programa de interés público, el contrato se liquida de forma participativa. Esto quiere decir, que no es algo que le corresponde a la Entidad de manera unilateral, sino que deberá contar con los aportes tanto de la entidad sin ánimo de lucro y participación del interventor o supervisor, en un término establecido en el contrato o a falta de éste, el señalado en la Ley 80 de 1993.

#### **4.3.3 La contratación directa con ESAL**

En el Decreto 092 de 2017 se encuentran dos excepciones al proceso competitivo que se describió anteriormente. La primera de ellas, es la excepción contenida en el artículo 4 inciso final, donde otorga un poder discrecional de selección cuando se trata de actividades culturales, artísticas, deportivas y de promoción de diversidad étnica. Sin embargo, esta posibilidad se encuentra suspendida como causa de la decisión del Consejo de Estado, mencionada en varias oportunidades.

La excepción que se encuentra vigente, es la del régimen de convenios de asociación de la Ley 489 de 1998. Se elimina el proceso competitivo, cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa sus propios recursos en una proporción no inferior al 30% del valor del convenio. Aclarando que esta, es una modalidad diferente a la que se estudia y de allí que en su momento en el presente escrito, se ponga en duda la facultad presidencial para reglamentar en el Decreto 092 de 2017, un contenido de una Ley emitida por el Congreso de la República de Colombia;

Artículo 5. 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 5, 6, 7 y 8 del presente decreto.

#### **4.4 El Poder de Dirección y Control como Potestad del Estado**

La actividad que cumple la Administración para satisfacer las necesidades generales de una sociedad, se ve hoy desarrollada por medio de dos formas. De modo directo, donde el Estado con su personal atiende las necesidades de la humanidad; la otra, es el modo indirecto, la cual, se encomienda a un tercero bajo la dirección y coordinación de la Administración con la responsabilidad de satisfacer lo que los ciudadanos demandan. No quiere decir lo anterior que en la forma directa el Estado no tenga el control, solo que esta se lo hace asimismo, es una relación de subordinación.

De todos modos, hay que señalar que la actividad entregada a un tercero mediante la figura del *contrato estatal* o también conocida como contrato administrativo, se beneficia de la poca regulación normativa que existe en nuestro país respecto de este tema, además de la ausencia de unificación de criterios e interpretaciones acomodadas a circunstancias específicas, en la medida que le permiten al contratista ejecutar el contrato y cumplir con el mismo, en ocasiones faltando a las propias exigencias de la administración y a las reglas establecidas en los pliegos o términos de referencias, para el caso de Colombia.

En nuestra legislación encontramos el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 que consagra respecto al poder de dirección y control;

Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral segundo de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Respecto al poder de dirección y vigilancia es claro que el Estado no se puede sustraer a él, lo que hace que tal competencia sea irrenunciable. Según García de Enterría y Fernández [1974, p.722]. Este poder de dirección y control de la ejecución del contrato se traduce en instrucciones, órdenes y sanciones; no puede olvidarse que lo anterior se hace en aplicación



del fin del contrato, la correcta ejecución de la obra y la buena prestación del servicio público, más que la obtención de una indemnización. Por tal razón los contratos de interés público en especial los regulados por el Decreto 092 de 2017, también deben ser objeto de control.

Ahora bien, existen otras potestades que cuenta la Administración como es la facultad de modificar, interpretar o terminar el contrato consagrado en el artículo 14 y siguiente de la Ley 80 de 1993 modificada por la Ley 1150 de 2007.

El estudio de las potestades, no corresponde a la temática de los contratos administrativos, sino que se ubica a bien en la teoría de la ciencia política, por tratarse de un punto de encuentro entre el poder y el derecho. [Sulle Linás, s/f]

El poder o potestad de dirección y control dado en nuestra legislación contractual a la Administración en el artículo 14, consagra de forma clara que las entidades, para velar por el cumplimiento de los fines de la contratación “tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato”. El fundamento de esta potestad se da en la misión que el ordenamiento jurídico le encomienda a la Administración de tutelar el interés público. Por lo tanto, la administración no puede desentenderse, ni desligarse de la ejecución del contrato, sino que, por el contrario, debe permanecer atenta y vigilante para asegurar la realización de su objeto que es esencial para la satisfacción del interés público [Sulle, s.f.].

#### **4.4.1 Facultad de las Cláusulas Excepcionales**

Bajo la égida del Decreto 777 de 1992 era posible que se pactarán cláusulas de exorbitancia; pero bajo la vigencia del Decreto 092 de 2017 esto no parece posible. En tanto el Decreto no menciona algo al respecto.

Se niega aquí, la posibilidad de que se usen poderes exorbitantes por parte de la entidad en el ámbito de la contratación del artículo 355 de la Constitución. La posible y remota excepción (interpretación unilateral) puede consultarse en el capítulo 1.

#### **4.4.2 Características del proceso sancionatorio en los contratos de interés público**

Previamente se hizo alusión al poder de dirección que tiene el Estado como responsable de una gestión para todos los ciudadanos, bajo esta óptica se encuentra la posibilidad de imponer multas que, en el caso sujeto a análisis es viable a partir de normas como el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el artículo 17 de la Ley 1150 del 2007 y el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia. Se citan estas disposiciones, en la medida que el decreto regulador de los contratos de interés público no se ocupó de esta temática de manera directa; sino que, al igual que en otros asuntos es necesario remitirnos a las anteriores normas. Precisamente el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 es la norma rectora par efectos de sanciones en el campo contractual. [Sentencia 24.697 del 24 de octubre , 2013]

Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y anunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En el evento en que la garantía de cumplimiento consista en póliza de seguros, el garante será citado de la misma manera;

b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;

c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. Contra

la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;

d) En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento

Este proceso sancionatorio [Sentencia del 10 de septiembre, 2014] presenta unas características consistentes, en que su trámite se da en una audiencia de oralidad, donde existe una previa citación al posible transgresor de las obligaciones contractuales, al que se le deben respetar el debido proceso y, por ende, el derecho de la defensa.

Se sostiene que este, es un proceso expedito en la medida que cuenta con una audiencia, pero en la práctica contractual resulta un tanto complejo, toda vez que se deben respetar las garantías procesales con los que se está de acuerdo y, cualquier aspecto procesal que se deje pasar por alto, corre el riesgo de viciar el procedimiento sancionatorio. Es así, que una de las razones más complejas que se experimenta en estos procesos es el factor probatorio, al cual las partes acuden, como lo son la elaboración de informes técnicos especiales, dictámenes, pruebas de laboratorios, entre otros, que una

vez aportados o solicitados deben ser objeto de contradicción y valoración. Acá, la entidad debe actuar con elevado cuidado a efectos de neutralizar cualquier arbitrariedad para con el contratista.

Finalmente, para efectos de imposición de la sanción a un contratista, se deben agotar unas etapas a las que se hará mención dentro de un contexto general. Por cuanto no es objeto de estudio el régimen sancionatorio ni su alcance. Sin embargo, será oportuno hacer un comentario circundante.

Para la materialización de la sanción es necesario i) realizar la citación al garante y contratista; ii) se debe señalar la fecha de la audiencia; iii) garantizar la defensa del garante y contratista; iv) motivar la correspondiente decisión; v) otorgar y resolver y resolver los correspondientes recursos.

Es pertinente señalar, que en todo caso debe garantizarse al momento de hacer un pliego de cargos, las garantías del contratista y no buscar sorprenderlo, por cuanto la administración debe actuar con transparencia. A tal punto de buscar, antes del pliego de cargos, solucionar los impases que pueda tener con el colaborador de la administración. Una vez fijada la fecha de la audiencia, se le deberá comunicar previamente a fin que éste pueda comparecer y apoyarse con los profesionales que requiera, en especial su abogado de confianza, donde también es necesario darle la oportunidad no solo de controvertir las pruebas, sino también la posibilidad para que éste las solicite y posteriormente se pueda evaluar sus pertinencia, decreto y práctica de las mismas. Recuérdese que el Estado, no debe actuar arbitrariamente. Por último, la intervención en esta etapa corresponde al contratista y contratante y a las autoridades de control institucional.

#### **4.4.3 Obligatoriedad de las garantías**

Los riesgos en el área de la contratación, han sido una constante causa ante un posible incumplimiento del contratista, para asegurar las prestaciones sociales, o garantizar la estabilidad de una obra; además del afán en buscar que los dineros se inviertan correctamente y no se dilapiden.

Bajo esta premisa, hoy los contratos de interés público en materia de garantías deben remitirse al Estatuto General de la Contratación Pública Colombia, por cuanto el decreto que los reglamenta, no reguló este importante campo, haciéndose necesario aplicar la remisión general del artículo 8 del Decreto 092 de 2017 a dicho Estatuto Contractual.

Sin embargo, se debe reflexionar que este es un tema no pasivo, por cuanto no puede olvidarse que se está en presencia de contratos de interés público, que presentan una no conmutabilidad, en tanto que las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, son básicamente aplicables a los contratos conmutativos, pero adicional, en los contratos objeto de análisis la garantía tendrá que estar enfocada al cumplimiento y al correcto manejo de dineros públicos. Lo anterior llama la atención, toda vez que normalmente se confunden conceptos como: anticipo y pago anticipado, con los dineros que le son entregados en virtud de contrato de interés público a un ESAL, donde verdaderamente no se constituye, un pago sino un aporte para financiar un programa o proyecto de gran relevancia social.

#### **4.4.4 Supervisión e interventoría**

Desde la responsabilidad de comporta el poder de dirección en materia contractual, se precisa señalar que existen dos figuras diferentes pero complementarias a partir de las cuales las administraciones deben materializar los seguimientos a los contratos para así alcanzar los

fines propuestos, en este sentido se cuenta con el supervisor del contrato y el interventor del contrato.

Sin embargo, previo a explicar las anteriores figuras, es fundamental referirnos como el Decreto Constitucional 092 de 2017 guardó silencio frente a esta figura tan importante para lograr el cumplimiento del contrato, contrario a la norma que el mismo derogó, el Decreto 777 de 1992, que entre otros aspectos era más responsable con este asunto. Por fortuna la remisión que hace el nuevo Decreto a la Ley de Contratación Pública Colombiana<sup>122</sup>, las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, atestaban este vacío.

Ahora bien, el artículo 83 de la ley 1474 de 2011, establece varios aspectos que nos permiten extraer y anunciar algunas diferencias entre la supervisión y la interventoría así:

1. La supervisión es obligatoria para los contratos del estado lo que también aplica para los contratos de interés público.
2. La supervisión puede ser ejercida por un servidor público de la entidad o por a través de la figura de la prestación del servicio.
3. La supervisión es realizada por la entidad contratante.
4. La supervisión no se delega, salvo excepciones.
5. La supervisión vigila aspectos técnicos, administrativos, financieros, contables y jurídicos.
6. La interventoría es un contrato de consultoría, para aspectos técnicos especializados.
7. La interventoría es realizada por un tercero y es contratada.

---

<sup>122</sup> Decreto 092 de 2017, 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.

8. La interventoría puede ser ejercida por una persona natural o jurídica.
9. La interventoría puede extenderse a los aspectos propios del supervisor como es lo técnico administrativo contable y jurídico cuando así se propone.

De otro lado, el Consejo de Estado, señaló la posibilidad para que las entidades del Estado puedan contratar a profesionales de diferentes áreas que contribuyan o ayuden a las funciones propias de la supervisión. [Sentencia AP-2004-00540 del 8 de junio, 2011]

En razón de lo expuesto, no existe duda de la obligación que le asiste a las entidades públicas para contratar o apoyarse en un supervisor. Lo cual, debe ser considerado en los estudios previos realizados para la celebración de la contratación de interés público, por cuanto no puede desconocerse que están presente principios tan importantes como la moralidad pública, la transparencia, que contribuyen a luchar contra la corrupción.

#### **4.5. Modificación del Objeto Contractual y las Obligaciones Contractuales**

Este tema resulta controversial, toda vez que las modificaciones contractuales pueden prestarse para eventos de corrupción y, además, escapan a los procesos competitivos del Decreto 092 de 2017, toda vez que se hace directamente con la entidad sin ánimo de lucro con la que se contrató. Resulta además confusa la cuestión, puesto que el Decreto no contiene una norma que permita prever las modificaciones.

Por la naturaleza de estos contratos y, por su carácter instrumental más notorio que los contratos de la Ley 80 de 1993, se considera que sí es posible que se modifique el objeto contractual cumpliendo algunos requisitos: (i) que no sea una modificación abrupta, es decir, que no se desnaturalice el contrato inicial; (ii) que sea de mutuo acuerdo, es decir, la



modificación no puede responder el ejercicio de un poder de exorbitancia; y (iii) que se conserve el equilibrio contractual; (iii) atender en interés público; (iv) se trate de situaciones imprevistas.

Para hacer referencia a este asunto, es importante diferenciar entre la modificación del objeto del contrato y la modificación de las obligaciones contractuales o su alcance. En el primer caso, se está haciendo referencia a modificar el objeto para el cual se contrata, a fin de satisfacer determinada necesidad, en tanto el objeto puede requerir de determinadas condiciones o características necesarias para su realización. En tal sentido, como se expresó en su momento, el objeto de un contrato, contrario a lo manifestado por un número importante de estudiosos del derecho, si puede ser modificado de manera excepcional cuando este lleva implícitos aspectos del fin. Ahora bien, lo que no puede modificarse es el fin del objeto contractual, en otros términos, aquello que se persigue y que se busca satisfacer a causa de una necesidad que se espera pueda ser suplida por el Estado, tal como señalan García de Enterría y Fernández [1974];

Lo que se persigue con estos contratos es satisfacer de la mejor manera posible el interés público; se trata, ante todo, de conseguir la obra pública que demanda el interés general, de prestar el servicio público en las condiciones que exijan en cada momento las necesidades públicas que el servicio está llamado a cubrir, de facilitar a la Administración las cosas muebles a menester. Si para conseguir estos fines, implícitos en el contrato y connaturales al mismo, es necesario adaptar a las nuevas necesidades los términos de lo pactado, esta adaptación es obligada. La inalterabilidad del fin impone o puede imponer la alteración parcial o mejor aún la adaptación del objeto.

Precisamente se tiende a confundir el objeto con el fin al momento de elaborar el objeto contractual, a manera de ejemplo, puede existir un contrato que tenga como objeto el suministro de pescado, el cual debe entregarse a una determinada comunidad ribereña, pero puede suceder que como causa de una contaminación en los ríos o medidas de salubridad no se pueda entregar el pescado o peor aún que desaparezca la comunidad. Bajo el concepto de algunos, éste objeto no es posible de ser modificado, sin embargo si se analiza el fin, es claro que lo buscado es entregar alimentación para mejorar determinadas condiciones nutricionales, por lo tanto se podría convenir entregar otro alimento. Para evitar esta discusión bastaría quizás con colocar en el objeto simplemente suministro de alimentación y en su alcance u obligaciones, la entrega del pescado, con ello no se tocaría el objeto del contrato sino la obligación o alcance. Esta es una de las razones que permite a recomendar que los objetos deben ser simples. A contrario sensu, sería cambiar el suministro de alimentación por un suministro de computadores, toda vez que ya el fin no es la alimentación sino la educación.

En otros términos, los contratos se pueden modificar en su contenido y obligaciones con las consecuencias económicas que esto pueda conllevar, lo inmodificable es el fin del objeto contractual. Para lo cual se podrá acudir a una modificación o adición como bien lo ha señalado el Honorable Consejo de Estado;

“La Sala en el concepto 2148 del 23 de agosto de 2013, considerando la jurisprudencia y la doctrina citadas, sostuvo que la adición de los contratos estatales consiste en una modificación a los mismos para: i) agregar al objeto inicial del contrato bienes, obras, servicios o actividades no previstas inicialmente

en dicho objeto, pero que guardan una estrecha relación con el mismo y se requieren para su debida ejecución y, últimas, para el logro de las finalidades perseguidas con el contrato, y/o ii) modificar el precio del contrato, entendido éste como el precio global acordado, los precios unitarios, el valor de los honorarios reconocidos al contratista etc, según la modalidad de remuneración pactada, siempre que dicho ajuste tenga un fundamento legal, técnico y económico, y no se trate de la simple actualización de precios estipulada inicialmente por las partes (cláusulas de actualización o reajuste valor) o de la revisión de los mismos por el acaecimiento de hechos sobrevinientes extraordinarios o imprevisibles (teoría de la imprevisión, hecho del príncipe etc.) [Sentencia 2156 de 26 de Marzo, 2014]

Es de recordar, que el propósito que persiguen estos contratos, consiste en satisfacer el interés público. Lo que hace necesario analizar en su momento cada contrato suscrito bajo esta modalidad antes de proceder conforme a lo anterior.

#### **4.6 Prohibiciones, Inhabilidades e Incompatibilidades**

El artículo 6 del decreto analizado hace un remisión de manera general a la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Ley 1474 de 2011 y demás normas que las complementen, para ser aplicado a los contratos de interés público.<sup>123</sup> Si bien, no se trata de hacer una relación de las restricciones que existen, es relevante hacer alusión a la incorporación de una inhabilidad reciente contemplada en el artículo 8 de la Ley 2014 de 2019, cuando se efectúa una

---

<sup>123</sup> Decreto 092 de 2017, 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.

declaración de cesión unilateral, así; “En firme el acto administrativo que ordena la cesión unilateral del contrato por actos de corrupción. La entidad que la haya declarado deberá compulsar copias a las autoridades fiscales, disciplinarias y penales para las investigaciones de su competencia”. Lo que contribuye a generar mayor inquietud sobre la posibilidad ya que en estos contratos se pueda hacer una cesión unilateral. Ahora, muy de acuerdo con la consignación de las inhabilidades e incompatibilidades que estas normas traen, se considera que el ejecutivo ha desaprovechado la oportunidad para regular de manera más exigente esta clase de contratos, por cuanto como fue señalado al inicio de este trabajo, la presente norma terminó con los auxilios parlamentarios ante el fenómeno de corrupción que se presentó con estos, lo que simboliza la importancia y el reto del presidente para buscar que esta modalidad de contratación no termine desnaturalizándose. Se afirma que la anterior norma era aún más exigente en esta materia.

Se debe tener presente que antes de la derogatoria por parte el Decreto 092 de 2017, el Decreto 777 de 1992 en el artículo 9 consagraba una incompatibilidad, en este sentido;

Artículo 9. Incompatibilidades. No se podrán suscribir los contratos a que se refiere el presente Decreto, con entidades sin ánimo de lucro cuyo representante legal o miembros de la junta o consejo directivo tengan alguna de las siguientes calidades:

1. Servidores públicos que ejerzan autoridad civil o política en el territorio dentro del cual le corresponda ejercer sus funciones a la entidad pública contratante.
2. Miembros de corporaciones públicas con competencia en el territorio dentro del cual le corresponda ejercer sus funciones a la entidad pública contratante.

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

En el texto del contrato el representante legal de la entidad sin ánimo de lucro dejará constancia expresa bajo la gravedad del juramento, que ni él ni los miembros de la junta o consejo directivo de la institución se encuentran en ninguno de los supuestos previstos anteriormente.

Parágrafo. No se aplicará la prohibición prevista en el presente artículo cuando los servidores públicos mencionados en el numeral 1o., y las personas señaladas en el numeral 3., estas últimas en tanto sean servidores públicos, hagan parte en razón de su cargo, de los órganos administrativos de la entidad sin ánimo de lucro, en virtud de mandato legal o de disposiciones estatutarias, debidamente aprobadas por las autoridades competentes.

En virtud de lo anterior, es decir, de la remisión que hace la norma, es posible efectuar dos anotaciones: la primera, es que sirve para poder otorgar consecuencias prácticas en materia penal ya que el tipo penal de “violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades” es un tipo en blanco, es decir, necesita una norma de reenvío para poder completarse, y al estar consagrada esta norma, es posible completar la tipicidad sin problema alguno. La segunda, es relativa a la naturaleza sustancialmente distinta de estos contratos con los demás del régimen general de contratación, motivo por el cual, el Gobierno debió proyectar en beneficio del interés público, consagrar un régimen de inhabilidades e

incompatibilidades acorde con las diferencias y, en concreto, desarrollar el concepto de “personas políticamente expuestas” con el fin de objetivar el proceso de contratación en este punto controversial.

#### **4.7 Problemas de Validez y Vigencia de la Norma**

El Decreto 092 de 2017 ha sido susceptible de diferentes críticas, algunas de las cuales se referencian a lo largo de este trabajo. A día de hoy un conjunto de esas críticas se han traducido en una demanda de nulidad presentada ante el Consejo de Estado Colombiano, quien decidió suspender provisionalmente algunas de las disposiciones de este Decreto, que no han sido pasivas a comentarios en la investigación.

El Consejo de Estado dentro del proceso de radicación 11001-03-26-000-2018-00113-00 [62003] profirió la providencia fechada el 6 de agosto de 2019, donde suspenden varias normas contenidas en el mencionado decreto. Sin embargo, no se pretende aquí hacer un estudio sobre esta decisión, pero sí debe dejarse claro que en este momento algunas disposiciones son de imposible aplicación.

Hay que manifestar que la decisión no afecta la decisión de la norma, sino que suspende la aplicación de las mismas de manera provisional. En otros términos, puede decirse que afecta sólo la vigencia, la cual se suspende, pero no la validez hasta tanto se profiera una decisión de fondo. La misma jurisprudencia señala en este auto, que se afectan los “atributos de fuerza ejecutoria y ejecutiva del acto administrativo”.

Los fundamentos de esta decisión van en tres direcciones: i) la incompetencia de Colombia Compra Eficiente que le fuera entregada por el ejecutivo a esta entidad ii) la violación del derecho a la igualdad al permitir que se esquive el proceso competitivo en unos eventos iii) sobre la incompetencia del Gobierno de regular aspectos de la Ley 489 de 1998

(tratado anteriormente). Al respecto, la decisión de la Corporación, Consejo de Estado fue la siguiente:

Primero: Suspender de manera provisional el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 92 de 2017, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente auto.

Segundo: Suspender de manera provisional los literales “a” y “c” del artículo 2 del Decreto 92 de 2017, así como el inciso quinto de la misma norma, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído.

Tercero: Suspender de manera provisional el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 92 de 2017, según se indicó en la parte motiva.

Cuarto: Suspender de manera provisional el inciso final del artículo 4 del Decreto 92 de 2017, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente auto.

Quinto: Niégase la suspensión provisional del artículo 5 del Decreto 92 de 2017, teniendo en cuenta las razones señaladas en las consideraciones de este proveído.

Sexto: Comunicar esta decisión a la comunidad, por conducto de la página web del Consejo de Estado.

Significa que a día de hoy están suspendidas las normas relativas a:

- Objeto del Decreto.
- La relación de los objetos de los contratos con el Plan de Desarrollo.
- Las condiciones del mercado.

- Las pautas y criterios dados por la Guía de Colombia Compra Eficiente.
- Las excepciones al proceso competitivo.

Sin perjuicio de lo anterior, llama la atención que no se suspendiera provisionalmente la norma que regula aspectos propios de la Ley 489 de 1998. Es decir, el artículo 5 del Decreto 092 de 2017, el cual resulta, ser el más susceptible de críticas, sin embargo, se debe esperar la decisión de fondo que adopte el Consejo de Estado. Por lo pronto continúa surtiendo efectos jurídicos.

A modo de contexto se puede afirmar que actualmente el régimen de contratación de interés público del artículo 355 de la Constitución Política Colombiana le es aplicable y se nutre del Estatuto General de Contratación por remisión del artículo 8 del decreto 092 de 2017. Y que algunas normas estructurales de dicho Decreto no poseen fuerza ejecutoria y ejecutiva. Esto impacta directamente el régimen de los convenios de asociación. Sin embargo, la norma más importante en este ámbito de contratación se encuentra surtiendo sus efectos motivando la suscripción de los contratos a que se ha hecho plena referencia.

#### **4.8 Conclusiones**

La celebración de contratos de interés público del artículo 355 de la Constitución se realiza bajo un régimen especial que tiene características que lo hacen muy distinto a los demás regímenes de contratación. En primer lugar, se puede concluir que la normatividad que regula este ámbito de la contratación es simple e incompleta: Existen varios asuntos que no fueron regulados por el Decreto 092 de 2017 y, más allá de la crítica que se puede hacerle.

No puede desconocerse la importancia de estos contratos, lo cual conlleva a plantear la necesidad para que el Gobierno Nacional –más allá del debate que hay por el momento sobre



la posible nulidad de algunas disposiciones del Decreto- logre mejorar los puntos existentes y ocuparse de los asuntos que no se encuentran regulados. Precisamente, el Decreto en algunos aspectos se queda corto que su antecesor, sobre todo en cláusulas de exorbitancia, vigilancia del contrato y, exigencias de garantías.

En este punto de la investigación, es posible concluir además que el Gobierno Nacional se avocó competencias que no le fueron otorgadas. La crítica es puntual en cuanto al artículo 5 del mencionado Decreto, en donde se regula un aspecto propio de la celebración de los convenios de asociación de la Ley 489 de 1998 y no, algo relativo a los contratos de interés público del artículo 355 constitucional. El legislador remitió a este régimen de contratación, pero no cedió una potestad reglamentaria para que el Gobierno se ocupara o utilizara un Decreto autónomo en esa materia.

## Capítulo 5. Responsabilidad en los Contratos de Interés Público

Abordar el principio de responsabilidad, en materia de contratos de interés público, supone afrontar diversas cuestiones para las que sería menester desglosar todo lo que este representa para el derecho colombiano (una de ellas es que cuenta con varias expresiones en materia contractual). Por ello, y teniendo en cuenta que tal labor ameritaría una investigación autónoma y profunda, en el presente trabajo se hará tan solo una aproximación del tema.

La historia de la responsabilidad, para empezar, deriva del ejercicio del poder punitivo del Estado, llamado *ius puniendi* o derecho a castigar<sup>124</sup>, cuya historia, por su variedad y múltiples expresiones, también constituye una tarea titánica. Razón por la cual, a partir de hitos históricos: el *Ancient Regimen*, el Estado de derecho, el Estado social de derecho y las nuevas tendencias del constitucionalismo; se expondrá la evolución del mismo.

Este capítulo, entonces, aborda, en primer lugar, la historia, mundial<sup>125</sup> y nacional<sup>126</sup>, del poder punitivo<sup>127</sup>; con mención especial a los límites de éste y a la jurisprudencia de la

---

<sup>124</sup> Este, contrario a lo que muchos puedan pensar, no siempre involucra discusiones relacionadas con penas privativas de la libertad; en ocasiones supone debates que abarcan destituciones, inhabilidades, multas etc.

<sup>125</sup> Cabe mencionar que se hace referencia, exclusivamente, al mundo occidental, ya que intentar describir el poder punitivo en culturas jurídicas tan disímiles como las de Oriente desborda cualquier pretensión investigativa en estos momentos.

<sup>126</sup> Este se ha venido fortaleciendo en Colombia a partir de importantes consideraciones en torno a la ética deontológica. Hoy existe toda una teoría de la responsabilidad disciplinaria y un Código con un catálogo de *numerus apertus* de faltas de este tipo.

<sup>127</sup> Al respecto, es importante tener en cuenta la más conocida expresión del derecho de castigar: el derecho penal, instrumento que, sin ser el único, es el represor más representativo de cualquier Estado.

Corte Constitucional, al respecto, que en múltiples sentencias ha sentado posiciones importantes en cuanto a la naturaleza y los límites del ejercicio del mismo. Adicionalmente, se abordará un tema que *mutatis mutandi* responde, con matices distintos, a los mismos principios.

Posteriormente, se abordará, en concreto, la responsabilidad penal en los contratos de interés público, partiendo de algunas anotaciones generales (consideraciones propias del derecho penal general) sobre su estructura. Acto seguido, se desentrañará el derecho penal especial con base en los distintos tipos penales que, probablemente, pueden configurarse en materia del régimen de contratación del artículo 355 constitucional colombiano.

Luego de ello, se estudiarán la responsabilidad disciplinaria y sus probables faltas, no sin antes mencionar el problema que supone la teoría de los *numerus apertus*, que imposibilita la sintetización del conjunto de comportamientos que pueden presentarse en materia de contratación.

Ya casi para terminar, se hará mención de la responsabilidad fiscal<sup>128</sup>, muy común en estos escenarios, atendiendo a su naturaleza. Y luego se hablará de las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias en el derecho colombiano.

---

<sup>128</sup> En sentido estricto no es una expresión del derecho sancionatorio, pero reúne algunas características que hacen necesaria su inclusión en el capítulo.

### 5.1 El Poder Punitivo del Estado en la Historia

El título de este acápite resulta más amplio de lo que en realidad pretende ser. En sentido estricto, la historia empieza con la escritura, por lo que, como se mencionó anteriormente, hablar del “poder punitivo en la historia” resultaría una tarea titánica y casi imposible, además de poco conveniente para esta investigación. Lo que se pretende, por tanto, es abarcar, por medio de una línea más temática que cronológica, aspectos puntuales y relevantes, sobre todo del derecho de castigar en el mundo occidental y en la tradición judeo-cristiana (la cual incluye parte de oriente).

De esta manera, se iniciará con el poder punitivo en la Biblia, libro fundamental del cristianismo, para luego pasar a algunos casos emblemáticos: el tema de los jueces primitivos, el Antiguo Régimen, la Inquisición, los juicios de Dios, etc. El punto de inflexión será la obra de Cesare Beccaria *De los delitos y de las penas*. Para finalizar, se citarán asuntos más recientes como la Revolución Francesa y el surgimiento de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, por último, el derecho penal del enemigo.

Sin embargo, antes de comenzar el recuento, es menester tocar el tema de forma introductoria. Esto es, comprender qué significa el concepto de *ius puniendi* como derecho penal subjetivo para, más adelante, extenderlo a la cuestión disciplinaria. Un buen punto de partida, así, es la problemática que presentan Zaffaroni, Alagia, y Slokar [2006]:

La precisión previa es sobre el modelo abstracto del poder punitivo, o sea, sobre cómo funciona este cada vez que decide funcionar (si es que lo decide, porque en la mayoría de los casos no funciona), pero no explica cuándo, cómo y por qué decide o no funcionar. Por otra parte, la función del

derecho penal y la delimitación del poder punitivo respecto de otras formas de coerción jurídicas estatal que hemos proporcionado, chocan con la visión que del sistema penal impera en el imaginario social. El común de las personas diría, por ejemplo, que una intervención policial para detener a quien nos corre con un cuchillo por la calle es penal, cuando en realidad es administrativa; lo penal comienza recién después que el sujeto ha sido detenido y el peligro para nosotros ha pasado. También la comunicación masiva nos hace creer que el poder punitivo evita más delitos que los que produce, lo que histórica y socialmente es falso. Para comprender todo esto que en gran medida contraría convicciones muy arraigadas —es indispensable alguna explicación acerca de qué es el conjunto de agencias que lo ejerce (sistema penal) y cómo operan, sin la cual no podríamos llegar a un concepto de derecho penal—. [p.9]

El profesor Zaffaroni [2006], en compañía de sus discípulos Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, pone el dedo en la llaga al presentar la compleja problemática penal como algo que no puede reducirse a un conjunto de normas o a un concepto de derecho de policía que ni siquiera es, exclusivamente, de naturaleza penal<sup>129</sup>; y al agregar, a su vez, que en el imaginario social el derecho penal y el sistema penal no son lo que en realidad comprenden. Tanto así que existen casos en los que se le otorga naturaleza penal a asuntos que no la poseen

---

<sup>129</sup> Zaffaroni destaca que la policía, como agencia del sistema, es penal. Sin embargo, al poner de ejemplo la persecución como un acto propio de la policía aclara que dicha forma de intervención no es penal, sino administrativa y que, por ello, no todas las acciones policiales hacen parte de la naturaleza penal.

o, por el contrario, se le niega a los que sí. Por eso, siguiendo a Zaffaroni, y compañía, para poder comprender cómo funciona la *cuestión criminal* se debe tener claridad, en primera instancia, del concepto de sistema penal.

El sistema penal es el conjunto de agencias que coinciden en la *cuestión criminal*. Algunas son exclusivamente penales (policías, servicio penitenciario, tribunales penales, órganos políticos de interior, seguridad, inteligencia, etc.); otras participan del poder punitivo pero sus funciones son más amplias como: las agencias políticas (ejecutivos, legislativos); las agencias de reproducción ideológica (universidades, facultades, academias); las cooperaciones internacionales (agencias de países acreedores que financian programas en países deudores); los organismos internacionales que organizan programas, conferencias, seminarios, etc. (ONU, OEA, etc.); y, por supuesto, el gran aparato de propaganda sin el que no podrán subsistir, o sea, las agencias de comunicación masiva (de prensa, radio, televisión).  
[Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2006, p.9]

En la modernidad esta confluencia de actores, dentro del denominado “sistema penal”, hace que este sea más difícil de entender. De hecho, cuando David Garland [2001] realiza su estudio “La cultura del control, crimen y orden social” hace referencia a esas nuevas instituciones que sirven para la persecución y que dejan entrever que la criminalidad y la criminalización no responden a esquemas lineales. Según Garland [2001]

Más allá de la policía y la penalidad ha crecido un tercer sector “gubernamental”: el nuevo aparato de prevención y seguridad. [...] este

sector pequeño, pero en expansión está conformado por organizaciones de prevención del delito, asociaciones entre lo público y lo privado, esquemas de policía comunitaria y prácticas multiagenciales que reúnen a las distintas autoridades cuyas actividades se relacionan con el problema del delito y la seguridad. A diferencia de los otros dos sectores con sus edificios sólidos, su personal numeroso y sus importantes presupuestos, este sector tiene una existencia más frágil y virtual. [p.80]

No cabe duda de que para los autores citados la *cuestión criminal* desentraña toda una complejidad. Sin embargo, y atendiendo al objetivo de la investigación, a saber: entender el concepto del poder punitivo, existen otros autores que tratan de simplificarlo (ya sea porque lo entienden así o porque el tipo de trabajo que desarrollan lo exige, por ejemplo, los manuales de estudio) y que, por consiguiente, serán citados también.

Así las cosas, Urbano [2011] refiere, sobre el mismo, que:

Es la capacidad que tiene el Estado de configurar como delitos comportamientos y de imponerles una pena o una medida de seguridad. El derecho penal como poder punitivo es uno de los sentidos en los que se expresa el poder político, y su relevancia radica en que constituye el espacio en que con mayor intensidad se ejerce la violencia institucional que, al menos en principio, monopoliza el Estado pues implica la privación o restricción de derechos fundamentales. [...] El hecho de que se esté ante una potestad del Estado exige que esa potestad se justifique y que se someta a límites para que no se haga uso indiscriminado de ella. [p.16]

Velázquez [2009], por su parte, lo define de la siguiente manera:

El *ius puniendi* –también denominado *derecho penal subjetivo*, *relación punitiva* o *subjetivización de la norma penal*- es la potestad radicada en cabeza del Estado en virtud de la que éste, revestido de su poderío o imperio, declara punibles determinados comportamientos que por su especial gravedad atentan contra la convivencia comunitaria y les impone penas y/o medidas de seguridad a título de consecuencia jurídica; por supuesto, tal despliegue de fuerza implica el ejercicio institucionalizado de la violencia (legítima) circunscrita a la esfera penal, de tal manera que el Estado de Derecho le posibilite al individuo su protección “no sólo *mediante* el derecho penal, sino también *del* derecho penal”, lo cual significa que “el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medioa adecuados para la prevención del delito, sino que también debe imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva por parte del “Estado Leviatán”. [p.53]

Por último, Agudelo [2014] menciona, al respecto,

[...] se dice entonces que es el poder (muchos hablan de facultad) del Estado para prohibir o mandar ciertas conductas, imputando la consecuencia de la sanción por la realización de ellas, o su omisión. Por mi parte, creo que la función punitiva es la “potestad” del Estado para ejercer un control social a través de la supresión o limitación de bienes fundamentales, supresión que



aparece como consecuencia de la violación de disposiciones dictadas como directivas de comportamiento de los individuos en su contexto social. Y cuando hablo de “bienes fundamentales”, hablo de su seriedad y gravedad, de la necesidad de pensarla, de reflexionar sobre ella y de la necesidad de controlarla; con razón dice *Luigi Ferrajoli*, que “el derecho penal aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política”.

[p.23]

Salvando las diferencias, en todas las definiciones se encuentran algunos puntos de contacto, de los que predominan la tendencia a definir el el *ius puniendi* como una facultad o potestad del Estado, lo que significa que, en gran medida, el derecho de castigar, lejos de estar disperso en los sujetos que componen la sociedad, es un monopolio concentrado; y, más importante aún, que todos coinciden en que el ejercicio de este derecho no es absoluto, sino limitado. El derecho penal aparece, así, no solo como una legitimación del poder de castigar, sino como una limitación del mismo.

Zaffaroni, Alagia y Slokar [2006] son enfáticos en afirmar que la tarea de esta rama del derecho y de los penalistas, por extensión, es la contención del derecho de castigar, es decir, de la violencia del Estado, “[...] no hay ningún estado de derecho puro, sino que éste es la camisa que contiene al estado de policía, que invariablemente sobrevive en su interior” [Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2006, p.26]. Para ejemplificar dicha contención plantean, de forma gráfica, una teoría de diques: la filtración de algunas aguas que representan ese derecho

de policía es necesaria para que no se rompa o rebase toda la estructura; en otras palabras, hay que contener algunas y permitir el paso de otras.

Actualmente existen nuevas tendencias relacionadas con la expansión del derecho penal que, no obstante, no representan, necesariamente, un aumento de sus garantías. Es decir, no hay una concordancia entre la ampliación de la legitimación del uso del poder y sus límites; lo que se debe, probablemente, a que el crecimiento no parece estar influenciado por principios orientadores. Panorama que genera, además de otras situaciones problemáticas, un escenario perfecto para el populismo punitivo.

Dicha problemática suele agudizarse en las sociedades con altas tasas de delitos, en las cuales llega a configurarse lo que se conoce como “complejo del delito” que, según Garland [2001], se compone de las siguientes características:

- 1) Las altas tasas de delitos se consideran un hecho social normal;
- 2) La inversión emocional en el delito es generalizada e intensa, abarcando elementos de fascinación así como de miedo, indignación y resentimiento;
- 3) Las cuestiones referidas al delito están politizadas y se representan frecuentemente en términos emotivos;
- 4) El interés por las víctimas y la seguridad pública dominan la política pública;
- 5) La justicia penal estatal es visualizada como inadecuada o ineficaz;
- 6) Las rutinas defensivas privadas están generalizadas y existe un gran mercado en torno a la seguridad privada;
- 7) Una conciencia del delito está institucionalizada en los medios de comunicación, en la cultura popular en el ambiente urbano.

Bajo el panorama que muestra Garland [2001], de la mano del complejo mencionado, se torna difícil que el *ius puniendi* mantenga su forma racional, que, ya de por sí, flaquea.

### **5.1.1 El poder punitivo en la Biblia**

Para empezar a hablar del poder punitivo dentro de la tradición judeo-cristiana (representada, en este caso, por la Biblia) hay que decir que la descripción de aquel en los primeros libros, escritos por Moisés, refleja, casi siempre en los mismos términos en que se produjo la ofensa o delito, una férrea tradición del castigo como venganza. Así, lo que hoy conocemos como “delitos contra la vida y la integridad” son los que reciben mayor mención y regulación.

La primera alusión al poder de castigar se encuentra en el Génesis Cap. 9, Ver. 6, que reza: “El que derramare sangre de hombre, por el hombre su sangre será derramada; porque a imagen de Dios es hecho el hombre” [Sociedades bíblicas unidas, 2005, p.11]. Esta es una primera muestra de la conocida Ley del Talión, que se simplifica en el “ojo por ojo, diente por diente” y que se verá reflejada en otros versículos.

Más adelante, las bases del poder punitivo serían sembradas por Moisés cuando revela al pueblo los llamados “diez mandamientos”, de los cuales sólo algunos resultan relevantes para la vida social; los demás, están estrechamente ligados a la relación del hombre con Dios.

Teniendo en cuenta lo anterior, los mandamientos relativos a la relación entre los hombres se encuentran en Éxodo Cap. 20, Ver. 13-17 y son<sup>130</sup>

---

<sup>130</sup> También aparecen en Deuteronomio Cap.5, Ver.17-21. Ello, porque en la Biblia muchos versículos se relacionan con otros o se repiten. Por supuesto, aquí no se pretende hacer un estudio sobre las coincidencias

13 No matarás.

14 No cometerás adulterio.

15 No hurtarás.

16 No hablarás contra tu prójimo falso testimonio

17 No codiciarás la casa de tu prójimo, no codiciarás la mujer de tu prójimo, ni su siervo, ni su criada, ni su buey, ni su asno, ni cosa alguna de tu prójimo.

[Sociedades bíblicas unidas, 2005, p.111]

Se evidencia una confusión entre los conceptos de pecado y delito (es Dios quien determina qué es delito a partir de la transgresión de sus leyes), lo cual trae como consecuencia la ya mencionada Ley del Talión; representada, de manera más completa, en Éxodo Cap. 21, Ver. 23-25: “23Mas si hubiere muerte, entonces pagarás vida por vida, 24ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, 25quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe” [Sociedades bíblicas unidas, 2005, p.113].

Así se regula, entonces, la consecuencia punitiva de la comisión de los delitos. La retribución constituye, en este caso, la principal función de la pena que consiste, básicamente, en vengar los daños en los mismos términos en que se cometieron. Levítico Cap. 24, Ver. 19 es muy claro al decir que “el que causare lesión en su prójimo, según hizo, así le sea hecho” [Sociedades bíblicas unidas, 2005, p.188].

---

entre versículos. Al respecto, puede verse: Nistal, F.J. [2015]. El derecho penal bíblico. Recuperado de: <http://cj-worldnews.com/spain/index.php/en/derecho-31/derecho-penal/item/2858-el-derecho-penal-biblico>

Sin embargo, la Biblia no solo atiende el desvalor del resultado, también actúa sobre el desvalor de la acción, por lo que el homicidio doloso no recibe la misma sanción que el culposo. Así lo establece Éxodo Cap. 21, Ver. 12-14:

12El que hiriere a alguno, haciéndole así morir, él morirá. 13Mas el que no pretendía herirlo, sino que Dios lo puso en sus manos, entonces yo te señalaré lugar al cual ha de huir. 14Pero si alguno se ensoberbeciere contra su prójimo y lo matare con alevosía, de mi altar lo quitarás para que muera.

[Sociedades bíblicas unidas, 2005, p.112]

De manera que el homicidio doloso tiene una única pena: la muerte, cualquiera que sea la forma en que se produzca, incluso se prohíbe recibir algún tipo de indemnización o compensación por ella, tal como refiere Números Cap.35, Ver. 31: “31Y no tomaréis precio por la vida del homicida, porque está condenado a muerte; indefectiblemente morirá” [Sociedades bíblicas, 2005, p.262].

El culposo, por el contrario, recibe una pena que, sin dejar de ser radical, resulta más benévola: el exilio, que permite al condenado resguardarse, en algunas ciudades específicas, de los familiares del fallecido; evitándose, de esta forma, que “el vengador de la sangre” pueda causarle la muerte. Deuteronomio Cap. 19, Ver. 4-8 regula este asunto de la siguiente manera:

4Y éste es el caso del homicida que huirá allí, y vivirá: aquel que hiriere a su prójimo sin intención y sin haber tenido enemistad con él anteriormente; 5como el que fuere con su prójimo al monte a cortar leña, y al

dar su mano el golpe con el hacha para cortar algún leño, saltare el hierro del cabo, y diere contra su prójimo y éste muriere; aquél huirá a una de estas ciudades, y vivirá; 6no sea que el vengador de la sangre, enfurecido, persiga al homicida, y le alcance por ser largo el camino, y le hiera de muerte, no debiendo ser condenado a muerte por cuanto no tenía enemistad con su prójimo anteriormente. 7Por tanto yo te mando, diciendo: Separarás tres ciudades. [Sociedades bíblicas unidas, 2005, p.294]

Además de los delitos contra la vida y la integridad, la biblia también castiga otros, relacionados con la honra o la familia, que reflejan la mencionada confusión existente entre los conceptos de delito y pecado. Tal es el caso del adulterio, el homosexualismo y la zoofilia, que reciben la misma pena que el homicidio doloso: la muerte. Levítico Cap. 20, Ver. 10-16 menciona, así:

10Si un hombre cometiere adulterio con la mujer de su prójimo, el adúltero y la adúltera indefectiblemente serán muertos. 11Cualquiera que yaciere con la mujer de su padre, la desnudez de su padre descubrió; ambos han de ser muertos; su sangre será sobre ellos. 12Si alguno durmiere con su nuera, ambos han de morir; cometieron grave perversión; su sangre será sobre ellos. 13Si alguno se ayuntare con varón como con mujer, abominación hicieron; ambos han de ser muertos; sobre ellos será su sangre. 14El que tomare mujer y a la madre de ella, comete vileza; quemarán con fuego a él y a ellas, para que no haya vileza entre vosotros. 15Cualquiera que tuviere cópula con bestia, ha de ser muerto, y mataréis a la bestia. 16Y si una mujer

se llegare a algún animal para ayuntarse con él, a la mujer y al animal matarás; morirán indefectiblemente; su sangre será sobre ellos. [Sociedades bíblicas unidas, 2005, p.180]

Éxodo y Deuteronomio, por otra parte, hacen mención del delito de secuestro, para el que la pena sigue siendo la muerte. El Hurto, a su vez, aparece regulado en el Éxodo. Y las relaciones prematrimoniales de la mujer son castigadas con una muerte tortuosa: apedreamiento por los hombres de la ciudad.

Los delitos anteriores, y su respectiva mención dentro de la biblia, brindan una idea del poder punitivo en el Antiguo Testamento; sin embargo, la cita más dicente sobre el tema, tal vez esté en Deuteronomio Cap. 19, Ver. 15-21, pasaje en el que se dictan normas sobre el testimonio y la forma de litigar, se reitera la Ley del Talión y, además, se introduce un nuevo elemento: la prevención general negativa que, como apunta la cita, deriva de la pena que se le da al falso testimonio.<sup>131</sup>

15No se tomará en cuenta a un solo testigo contra ninguno en cualquier delito ni en cualquier pecado, en relación con cualquiera ofensa cometida. Sólo por el testimonio de dos o tres testigos se mantendrá la acusación.  
16Cuando se levantara testigo falso contra alguno, para testificar contra él, 17entonces los dos litigantes se presentarán delante de Jehová, y delante de los sacerdotes y de los jueces que hubiere en aquellos días. 18Y los jueces

---

<sup>131</sup> En Números Cap. 35, Ver. 30 se reitera el valor de los testimonios.

inquirirán bien; y si aquel testigo resultare falso, y hubiere acusado falsamente a su hermano, 19entonces haréis a él como él pensó hacer a su hermano; y quitarás el mal de en medio de ti. 20Y los que quedaren oirán y temerán, y no volverán a hacer más una maldad semejante en medio de ti. 21Y no le compadecerás; vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie. [Sociedades bíblicas unidas, 2005, p.295]

El derecho penal bíblico, que, en términos generales, se basa en la venganza y representa con la Ley del Talión, permaneció vigente durante siglos, incluso en los tiempos de Jesús. De hecho, su juicio ha sido catalogado como un juicio sin garantías procesales, puesto que vulneró las leyes que debían aplicarse, sobre todo en cuanto a lo procedimental. Así, la lectura de los Evangelios, por ejemplo, evidencia que no se cumplió con el requisito de los dos testigos que presentaran una acusación en contra de Jesús.

Asimismo, la organización de los Testigos de Jehová hizo una recopilación de los puntos más problemáticos de dicho juicio y llegó a la conclusión de que no se ajustó a las normas y que, más bien, constituyó una persecución que dio frutos porque se infundió miedo sobre Poncio Pilatos, quien, como autoridad romana, tenía la competencia para condenar a muerte (lo que no podían hacer los judíos). Fue la presión de los judíos sobre Pilatos, entonces, lo que determinó la muerte de Jesús, ya que el mismo gobernador admitió que no había hallado falta alguna en él. Dice la organización al respecto:

Pilato siguió buscando cómo ponerlo en libertad. Pero los judíos gritaron, diciendo: ‘Si pones en libertad a este, no eres amigo de César. Todo el que se hace rey habla contra César.’” (Juan 19:12.) Tiberio, el emperador



romano de aquel tiempo, tenía la fama de asesinar a todo el que considerara infiel, aun si se trataba de un oficial de alto rango. Como Pilato ya había provocado la ira de los judíos, no podía arriesgarse a empeorar las cosas, y mucho menos a que lo acusaran de traidor. Los gritos de la muchedumbre suponían una amenaza indirecta para Pilato, un chantaje que le infundió miedo. De modo que cedió a la presión e hizo que Jesús, un hombre inocente, fuera fijado en un madero (Juan 19:16). [La Atalaya, 2011, p.21]

Otros, como como el profesor de Derecho Romano José María Ribas, afirman, por el contrario, que el juicio sí estuvo acorde con las leyes de la época. Ribas,

[...] ha escrito decenas de artículos en revistas y periódicos del mundo sobre sus averiguaciones y ahora las sintetiza en su libro *Proceso a Jesús*, en el que asevera que no fue una arbitrariedad con apariencias jurídicas, sino un trámite en derecho. [El Espectador, 2014, párr.3]

No cabe duda de que el debate, por la dificultad de conocer todas las leyes aplicables y el contexto en que ocurrieron los hechos, siempre estará abierto. Sin embargo, el caso permite apreciar la condición férrea del proceso penal de la época, la desproporcionalidad de las penas y la laxitud del procedimiento, entre otros aspectos relevantes.

### **5.1.2 El derecho penal primitivo**

Resulta arriesgado llamarlo “derecho”, pues no aparece como una potestad del Estado<sup>132</sup>, sin embargo, se le renombra de esta manera para hacer una aproximación a las

---

<sup>132</sup> Básicamente porque en ese entonces no podía pensarse en la existencia de un Estado.

formas de castigo que imperaban en la época. Schüneman [2007] hace un breve recuento de estas primeras formas:

En sociedades mágico-primitivas es suficiente con cualquier nexo mágico entre persona y suceso, razón por la cual puede ser invertida la secuencia temporal entre suceso y sanción. Por ejemplo, en los casos en que personas son sacrificadas a la divinidad, con el propósito de que luego llueva. En el siguiente nivel de evolución se requiere de un nexo específico entre la persona que va a ser penada y el suceso desagradable, ya sea porque el suceso fue causado por el comportamiento de la persona, o bien porque en virtud de un estatus social se le imputa a una persona el comportamiento de otro que fue causal para el proceso. Esta forma de imputación domina típicamente en sociedades arcaicas primitivas que fundan la responsabilidad en la simple causación o en la pertenencia a un grupo o clan. [p.7]

En estos casos se aprecia que no hay ningún tipo de racionalidad en la imposición de una pena. El derecho penal responde, entonces, a prejuicios y consideraciones propias de la cosmovisión primitiva. Y aunque tal conclusión no puede circunscribirse a un solo momento histórico o a una sociedad específica, pues lo “primitivo” depende del nivel de evolución y no solo del año en que se haya producido el fenómeno, en términos generales puede tomarse como referente la opinión de Schünemann.

### **5.1.3 El Antiguo Régimen, la Santa Inquisición y la importancia de la obra de Beccaria**

Como Antiguo Régimen se denomina, por lo menos para efectos de este escrito, al sistema que imperaba antes de la consolidación del derecho penal liberal; esto es, un derecho penal con los límites propios de los principios de legalidad, publicidad, inmediación, presunción de inocencia, etc.

Este régimen, propio de la Edad Media, cuando el Monarca era asociado con la divinidad y representaba la máxima autoridad, es reconstruido por Agudelo [2014], en *Estudio Preliminar a De los delitos y de las penas*, de la siguiente manera:

El panorama era desolador:

- Gran abuso de la pena de muerte;
- Un sistema de justicia cruel, con la tortura como medio de prueba;
- Jueces encapuchados y buzones de acusaciones para que cualquiera pudiera denunciar sin encarar ningún riesgo;
- Un proceso penal con pruebas secretas y con delatores pagados o en alguna forma premiados;
- Unos jueces sometidos al poder del Monarca; una administración de justicia en la que los cargos de juez se compraban y se transmitían como patrimonio de herencia;

- Gran abuso de las “*lettres de cachet*”, hojas en blanco que se otorgaban a los allegados del Rey pudiendo ser llenados con cualquier nombre a gusto del poseedor para perder a otro;
- Todavía un gran poder de la inquisición con unos criterios que confundían el delito con el vicio o el pecado y por eso la tortura para averiguar la verdad del proceso y la concepción de la pena como sufrimiento o expiación.
- Rezagos de los juicios de Dios. [p.22]

Lo anterior denota, claramente, que en el Antiguo Régimen no había ningún tipo de garantía para los procesados. El derecho penal fungía, por tanto, como una cuestión relativa a la legitimación del poder del Estado y no a la racionalización y limitación de dicho poder.

La Edad Media fue, sin duda, una de las épocas en que se dieron las peores formas de expresión del *ius puniendi*. Ejemplo de ello fue la Santa Inquisición, que en España, por ejemplo, “[...] fue una institución fundada por los Reyes Católicos en 1478, que surgió con el fin de reprimir a los disidentes religiosos que no se ajustaban al modelo de creencias y conducta que previamente se había establecido” [Agudo, 2015, p. 7], y que, por tanto, protagonizó una larga cruzada contra todo lo que fuera contrario a la fe cristiana, o lo que era llamado “herejía”, afrenta que era castigada con la muerte, ya fuese en la hoguera o utilizando otro tipo de medios. Dicha relación entre lo penal y lo religioso generó, de nuevo, una total confusión entre las figuras de pecado y delito.

Tal era el poder de veto que se ejercía sobre quien se atreviera a hacer algún cuestionamiento, que varios intelectuales ejercían sus labores a escondidas por temor a represalias. Tal es el caso de Cesare Beccaria, quien escribió su obra maestra, *De los delitos*

y *de las penas*, de forma anónima. Texto en el que el autor, como su nombre lo indica, realiza una exhaustiva exposición de los delitos y las penas del momento, con su respectiva reflexión.

Así, una de las cosas que más llaman la atención es la forma en que se practicaban las pruebas. Para empezar, la confesión era considerada como la *Regina probatorium*, es decir, la prueba reina. No obstante, esta no derivaba, como se esperaría, de un acto voluntario y espontáneo, se conseguía a través de la tortura que, además de ser parte de la pena, fungía como un medio probatorio en lo que se denominaban los “juicios de Dios”.

Entre los más importantes estaban: la *prueba del fuego*: se entregaba al sospechoso un hierro caliente, si se quemaba era culpable y si no se quemaba era inocente; la *prueba del agua hirviendo*: se vaciaba agua hirviendo al sospechoso en las manos y de inmediato se cubrían sus manos; a los días se descubrían: si estaban despellejadas era culpable y si estaban sanas era inocente; la *prueba del agua fría*: se tiraba al sujeto con la mano izquierda amarrada al pie derecho y la mano derecha al pie izquierdo; si se hundía era inocente y si flotaba era culpable; previamente se había bendecido el agua y, por consiguiente si el agua se lo chupaba, era señal de que el agua bendita lo aceptaba y esto mostraba la inocencia. [Beccaria, 2014, p.22]

Algunos de los juicios más conocidos de la época se llevaron a cabo en contra de reconocidos científicos. Tal fue el caso de Galileo Galilei, a quien se le acusó por decir, con base en sus observaciones de los movimientos de la tierra, que esta no era el centro del universo, sino el sol, lo que contradecía la teoría geocéntrica, promulgada por el cristianismo,

por lo que fue considerado un hereje y tuvo que retractarse. Con peor suerte corrió Giordano Bruno, condenado a la hoguera por afirmar que Dios estaba en la naturaleza y en todas partes.

Este panorama “desolador” empezó a cambiar, sin embargo, con la obra de filosofía política *De los delitos y de las penas*, que, además de sentar las bases para un derecho penal liberal y moderno, abogó por la proporcionalidad y suavidad de las penas, la publicidad de los procesos, la abolición de la tortura, etc.

Y que introdujo, respecto a la pena de muerte, cambios significativos de los que destaca, fundamentalmente, el haberla reducido a dos supuestos: (i) cuando el sujeto, aún preso, sea un peligro para la estabilidad del Estado, y (ii) cuando este sea el único camino para evitar que los demás cometan delitos. Lo que quiere decir que la pena de muerte debía responder a unos estrictos criterios de necesidad y utilidad.

Dichos avances, analizados desde el contexto de Beccaria, constituyeron un importante progreso.

#### **5.1.4 La importancia de los Derechos Humanos**

Los Derechos Humanos constituyen, en la actualidad, la principal forma de racionalización del *ius puniendi*. A día de hoy existen muchos instrumentos e instituciones relacionadas con estos. Tres, particularmente, de suma importancia para el tema tratado.

En primer lugar, se encuentra la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, símbolo del triunfo de la Revolución Francesa, que reza en su Artículo séptimo:

Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, salvo en los casos determinados por la Ley y en la forma determinada por ella. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; con todo, cualquier ciudadano que sea requerido o aprehendido en virtud de la Ley debe obedecer de inmediato, y es culpable si opone resistencia. [Asamblea Nacional Constituyente Francesa, 1789]

Posteriormente, está la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, surgida del nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas, que menciona en el Artículo undécimo:

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. [Organización de las Naciones Unidas, 2015, p.24]

Y en el último lugar se sitúa a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, base del Sistema Interamericano de Defensa, que en el artículo séptimo, numeral 5, refiere:

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser

puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. [Organización de Estados Americanos, 1969, Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal, párr.5]

Estas normas, de especial valor, han alcanzado una validez universal, o continental, que insta a los Estados a aplicarlas de forma obligatoria, contribuyendo a que las legislaciones internas sean más racionales en la aplicación de sanciones, a pesar de que no siempre se cumplen a cabalidad.

### **5.1.5 El derecho penal del enemigo**

Esta teoría del derecho penal, que se popularizó gracias a la obra del alemán Günter Jakobs, ha tenido gran acogida en América, sobre todo a partir de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2011.

La principal característica de este derecho penal, si es que se puede catalogar como “derecho”, es que condiciona la naturaleza de “persona” de los seres humanos, quienes, según sus acciones (defraudación de roles), pueden ser vistos como fuentes de riesgo<sup>133</sup>. Jakobs [1998] afirma, al respecto, “Puesto que el infractor de la norma materialmente no alcanza la sociedad, pareciera lógico privarle del reconocimiento de su personalidad con reacción frente a su hecho” [p. 18], y agrega más adelante, en un sentido parecido,

Pero sí hay que inquirir si la fijación estricta y exclusiva en la categoría del delito no impone al Estado una atadura –precisamente, la necesidad de

---

<sup>133</sup> Una de sus premisas es que la sociedad se compone no solo de personas, sino de enemigos



respetar al autor como persona- que frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal, sencillamente inadecuada. [Jakobs, 2005, p.31]

Lo anterior, claramente contraría el principio de dignidad humana, que es inherente e innegable. La calidad de persona no se puede perder en un derecho penal democrático y la teoría de Jakobs se caracteriza, justamente, por un adelantamiento de la punibilidad y una supresión de garantías, medidas contrarias a los avances que se han visto en materia de *ius puniendi*. De esta manera, más que plantear límites, legitima el uso de poder respaldado, claro está, por un derecho penal ciudadano que es, sustancialmente, distinto.

Uno de los principales críticos de tal teoría es el profesor alemán Ambos [2007], quien afirma:

La guerra preventiva de cualquier forma puede convertirse en indispensable como reacción a esa realidad ficticia. Las libertades de los ciudadanos –que el derecho penal del enemigo pretende garantizar– también se ven afectadas por ello; de esta manera éstas en vez de resultar (sólo) protegidas, se ven debilitadas. [p.38]

El derecho penal del enemigo, por tanto, más que derecho, es la declaración de guerra que hace un Estado a quien, por lo general, considera terrorista. De manera que, no sólo no se condiciona por las garantías penales, sino que las desdeña para poder llevar a cabo la confrontación.

## 5.2 El Poder Punitivo del Estado en Colombia y España

La historia del poder punitivo en Colombia podría contarse a partir de sucesos muy parecidos a los de la historia mundial, comenzando, por ejemplo, con la sociedad primitiva colombiana. Sin embargo, se iniciará con las constituciones de la etapa republicana.

Así, en la Constitución de Cundinamarca de 1811 aparecieron normas penales que se relacionaban con delitos graves, pena capital y procesos verbales. Y en la Constitución de Antioquia de 1812 se consagraron el principio de legalidad y las formas de autoría, tal como reza el Artículo 1, numeral 9: “Ningún hombre puede ser acusado, preso, arrestado, arraigado, ni confinado, sino en los casos, y bajo las fórmulas prescritas por la ley: los que solicitan, expiden, ejecutan, ó hacen ejecutar órdenes arbitrarias son delincuentes, y deben ser castigados” [Estado de Antioquia, 1812, p.296], se estableció la presunción de inocencia (numeral 10), pero lo más llamativo fue la limitación a la imposición de penas que se incorporó en el numeral 11: estas no podían ser crueles, debían ser proporcionales a la naturaleza de los delitos, necesarias y útiles a la sociedad. Limitación que apareció, también, en la Constitución de Cartagena, de 1812 y se reiteró en la Constitución de Cundinamarca del mismo año.

Más adelante, en la Constitución de Colombia de 1830 se inhabilitó al ejecutivo para privar de la libertad e imponer penas a los colombianos. De manera que lo máximo que podía hacer era decretar el arresto, con la condición de que el arrestado debía ser presentado ante el juez en máximo 48 horas. Ya en la Constitución del Estado de la Nueva Granada de 1832 se establecieron normas más precisas respecto a las formas de arresto:

Art. 183. Ningún granadino puede ser arrestado ó reducido á prisión sin suficiente motivo para proceder, fundado en testimonio de persona digna de crédito, ó en otro indicio grave. Cuando alguno sea sorprendido en fragante delito, cualquiera puede aprenderle i conducirlo inmediatamente á presencia del juez.

Art. 184. A excepción de los casos de prisión por vía de apremio legal, ó de pena correccional, ninguno podrá ser preso sino por delito que merezca pena corporal. [Estado de la Nueva Granada, 1832, p.101]

En la Constitución liberal de 1853, por otro lado, se estableció el juicio con jurados de conciencia. Y en 1863 la Constitución de los Estados Unidos de Colombia sentó un precedente trascendental estableciendo en el artículo 15, numeral 1, el compromiso de que en ningún Estado se decretaría la pena de muerte<sup>134</sup>, además de limitar las penas corporales a un máximo de 10 años. Sin embargo, la pena capital volvió a ser avalada en la Constitución de 1886;

Art. 29. Sólo Impondrá el Legislador la pena capital para castigar, en los casos que se definan como más graves, los siguientes delitos, jurídicamente comprobados, a saber: traición a la patria en guerra extranjera, parricidio, asesinato, incendio, asalto en cuadrilla de malhechores, piratería y ciertos delitos militares definidos por las leyes del Ejército.

---

<sup>134</sup> Avance significativo teniendo en cuenta que en todas las constituciones anteriores esta se avalaba.

En ningún tiempo podrá aplicarse la pena capital fuera de los casos en este artículo previstos.

Art. 30. No habrá pena de muerte por delitos políticos. La ley los definirá. [República de Colombia, 1886, p.4]

Esta pena vino a ser abolida totalmente con la reforma constitucional de 1910, sin que haya vuelto a restablecerse. Hoy, con la sujeción a las normas de Derechos Humanos de la comunidad internacional, es jurídicamente imposible restituirla. Sin embargo, durante el siglo XX hubo una gran acogida del peligrosísimo, como fundamento de la responsabilidad penal, derivada de la influencia ejercida por la escuela positivista italiana. Así, el Código Penal de 1936 manejó esta tendencia que cambió, después, con el Código Penal de 1980. Fernández [2013] explica uno de los cambios:

Por si fuera de una vez necesario, advirtamos que las normas rectoras del Código Penal de 1980 –en su mayoría replicadas por el C.P. de 2000- sí introdujeron importantes modificaciones en el ordenamiento penal del país y dieron más de un paso adelante con respecto al Código positivista de 1936 y que estas transformaciones se han conservado y a veces mejorado en las modificaciones posteriores.

La exigencia de antijuridicidad material apareja la consecuencia, completamente nueva en nuestro orden jurídico estricto a partir de 1980, de excluir la punibilidad de los hechos inocuos e insignificantes (que era

discutible en el régimen precedente) y de abolir la responsabilidad por los llamados delitos imposibles o tentativas inidóneas (sin discusión). [p.125]

Los cambios más trascendentales llegaron, finalmente, con la Constitución de 1991 que representa, en términos generales, un cambio en el sistema de fuentes: produce una constitucionalización del derecho, la ley deja de ser la piedra angular para dar paso a la constitución<sup>135</sup>. La Corte Constitucional en la Sentencia C-038 de 1995 anotó:

Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas. [Corte Constitucional, 1995]

---

<sup>135</sup> Ver al respecto: Favoreu, L. J. [1996]. La constitucionalización del derecho. Misceláneas en homenaje a Roland Drago. Recuperado de: <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v12n1/art03.pdf>

Esto quiere decir que la potestad sancionadora del Estado colombiano tiene unos límites que no pueden ser desfasados y que, en este caso, son los derechos humanos, a los que ningún legislador, con fundamento en una opinión mayoritaria<sup>136</sup>, puede cercenar.

Al respecto, Cote [2008] menciona:

Como se puede observar, el ordenamiento jurídico colombiano tiene una clara vocación hacia su constitucionalización, proceso que afecta especialmente al derecho penal, debido a su pretensión de protección de derechos fundamentales –bienes jurídicos- y a su correlativa potencialidad de violación de los mismos. En consecuencia, el respeto de los derechos fundamentales establecidos por la constitución política y en los tratados internacionales -bloque de constitucionalidad hace las veces, al mismo tiempo, de objeto, finalidad y fundamento del sistema penal. [p.126]

De forma que la figura del Bloque de Constitucionalidad<sup>137</sup> tiene aplicación dentro del derecho penal no sólo por lo que representa la Constitución dentro del ordenamiento, y el reconocimiento que hace ésta del Bloque, sino porque el mismo sistema penal reconoce la

---

<sup>136</sup> Ver al respecto: Arango-Rivadeneira, R. [2008]. Derechos Humanos como límite a la democracia. Universidad de los Andes. En este libro se puede ver la cuestión del límite de manera general, aunque luego el autor centra su estudio en la Ley de Justicia y Paz, que escapa del debate de este escrito por ser un modelo de justicia transicional que no se compara con el sistema procesal penal vigente, estudiado aquí.

<sup>137</sup> Sobre el concepto de Bloque de Constitucionalidad, en sentido *lato* y en sentido estricto, ver al respecto: Botero Marino, Catalina. La acción de tutela en el ordenamiento jurídico colombiano. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2006.

integración normativa con tratados de carácter internacional que versan sobre derechos humanos.

En lo que respecta, entonces, a los límites del *ius puniendi*, dentro del Código Penal y el Código de Procedimiento Penal colombianos, la Ley 599 de 2000 (Código Penal), dispone:

Artículo 1°. Dignidad humana. El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana.

Artículo 2°. Integración. Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código. [Congreso de la República de Colombia, 2000, p.17]

Por su parte, la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) estipula:

Artículo 1°. Dignidad humana. Los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana.

Artículo 3°. Prelación de los tratados internacionales. En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad. [Congreso de la República , 2004, Título Preliminar. Principios Rectores y Garantías Procesales, párr.1]

Lo anterior corrobora la tendencia a integrar el derecho nacional con el de la comunidad internacional. Lo cual tiene repercusión no sólo en relación al principio de dignidad humana,

sino en otros como el de libertad, concepto entendido de manera restrictiva cuando se quieran abordar las posibles situaciones en las que deba cercenarse. La detención preventiva es, sin duda alguna, el escenario clave para dar aplicación a tratados internacionales que versen sobre derechos humanos, más aún cuando esta medida parezca ser la regla y no la excepción [Rojas, 2011].

La Fiscalía General de la Nación, titular de la acción penal en Colombia, en un acto de reconocimiento del proceso constitucionalizador del derecho penal, patrocinó la obra de Avella [2007], que refiere:

Todo derecho penal permeado por una Constitución Política como la de Colombia, se dirige a garantizar los bienes e intereses de las personas restringiendo los derechos de unas a título de sanción, pero, en ese horizonte, es también promotor de los derechos fundamentales de los asociados. Separa los actos que generan reproche social y los degrada como delitos, de los que las personas realizan para vivir y desarrollarse en términos normales.

La idea de Estado de Derecho Liberal ha evolucionado por la manera como fue precisándose y completándose la concepción sobre los derechos humanos, para avanzar hacia el Estado Social de Derecho. Con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se proclamó una concepción occidental de estos derechos que se ha convertido en un paradigma al que los Estados deben adecuar su legislación interna en todos los campos. [p.17]



No está de más mencionar que Europa también pasó por este proceso, por supuesto, primero que Colombia. En España, por ejemplo, se habla desde hace varias décadas de un cambio, en la cultura judicial, de la prueba y la importancia de la presunción de inocencia en virtud de constituciones anteriores a la vigente en Colombia [Ibañez, 2011].

El viraje que ha dado Colombia, en materia de normas, hacia un nuevo modelo de Estado que permita a los asociados gozar de mayor y mejores garantías, se ha visto reflejado en el campo penal a partir, principalmente, de la constatación de que este derecho es el que representa más daño cuando es aplicado. Ello, ha suscitado la necesidad de que los sujetos sobre los cuales se materializa el *ius puniendi* tengan la oportunidad de gozar, en mayor medida, de procesos idóneos que compaginen con los nuevos postulados del derecho internacional, sobre todo en relación a los derechos humanos.

A raíz, entonces, del cambio, que inició con la Constitución de 1991, las leyes penales vigentes dan muestra de esa constitucionalización del derecho; y reconocen, además, la aplicabilidad de los tratados internacionales, que hacen parte integral de los códigos.

Una de las mejores pruebas de constitucionalización y racionalización del *ius puniendi* es, quizá, la creación del juez con función de control de garantías, figura que, como explica Acero [2005], no es de creación nacional.

La figura de un juez que controla garantías penales procede de legislaciones foráneas, tales como la española, en la cual, mediante la reforma del año 1995, se convirtió al juez de instrucción en este nuevo funcionario, y en general, surge de esas necesidades de contrarrestar e idealmente igualar el

poder estatal que en forma norma se cierne sobre la cabeza del imputado.

[p.23]

La reforma de la que habla Acero [2005] es la Ley Orgánica 5 de 1995 y la Ley Orgánica 10 del mismo año. Normas en las que se evidencia que el sistema penal español se llenó de garantías en ese momento. Y en la primera, cuando se habla de la fase de instrucción, se demuestra la pretensión de orientar todo el sistema hacia la protección de dichas garantías:

La relación de la referida doctrina con la que promueve el debate en condiciones de igualdad y con lo que exige que quien va a realizar funciones de enjuiciamiento no formule acusaciones, han determinado que la Ley se decanta por una instrucción que, desde el momento en que el hecho justiciable y la persona sean determinadas y corresponda este procedimiento, obliga a:

a) que alguien ajeno al Juez formule una imputación, precisamente antes de iniciar la investigación.

b) que la prosecución de esta exija una valoración por un órgano jurisdiccional precedida de la oportunidad de debate entre las partes.

c) que durante la investigación que el Juez estime razonable seguir, esta mantenga una posición diferenciada de la de las partes, y

d) que sea este Juez, así preservado en una cierta imparcialidad, el que controle la procedencia de la apertura no del juicio oral, de manera positiva y no solo negativa, con precisión del objeto del juicio y decisión de la información necesaria a remitir al Tribunal del Jurado que, sin embargo,

impida la disposición del material sumarial que podría limitar la efectiva incidencia de los principios de oralidad, intermediación y celeridad necesarios en dicho enjuiciamiento”. [BOE, 1995, p.9]

Aunque es claro que la visión de un juez garantista no se limita a la legislación española, la figura más parecida, en cuanto a lo netamente procesal, se encuentra allí, pues aunque existen antecedentes anteriores, como el garantismo penal (propio de los desarrollos italianos de la segunda mitad del Siglo XX), estos no resultan tan precisos como el citado.

De manera que cuando Velázquez [2009] hace mención a la protección *del* derecho penal es inevitable pensar en esta figura como la principal talanquera judicial para los abusos del poder punitivo. Más que penal, es un juez constitucional, pero aparece en las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud e imposición de medida de aseguramiento; y reaparece en todo el proceso (incluso cuando ya lo ha asumido el juez de conocimiento), puesto que debe hacer el control de los actos de investigación, principalmente aquellos que ponen en juego los derechos fundamentales del procesado o de terceros.

### **5.3 Límites al Poder Punitivo**

El poder punitivo, como derecho que es, no puede ejercerse de forma absoluta. De hecho, en Colombia, ningún derecho se mide en términos absolutos, ni siquiera la vida o la libertad, pues ambos son susceptibles de ser limitados.<sup>138</sup>

---

<sup>138</sup> El primero, por ejemplo, cuando se actúa en legítima defensa; y el segundo, por la imposición de una pena o medida de aseguramiento.

De manera que los límites al *ius puniendi* deben medirse a partir de las normas rectoras y los principios que gobiernan el proceso penal. Conceptos que, siguiendo a Fernández [2013], no son equiparables: el primero, hace referencia a normas que se consagran positivamente para que sean de prevalente aplicación en el sistema penal; el segundo, se refiere a criterios valorativos de la política criminal. Más allá de eso, no obstante, ambos constituyen límites que requieren ser explicados.

En materia de normas rectoras, una interpretación literal resulta especialmente insuficiente, pues lo que importa es determinar su contenido valorativo y el sentido directivo que transmiten a las restantes disposiciones del derecho penal fundamental y complementario, los derechos que les garantizan a las personas y las limitaciones que imponen a las intervenciones del poder punitivo estatal. **De los principios nunca pueden derivarse incriminaciones o imputaciones, sino únicamente derroteros y límites para el ejercicio de los poderes punitivos conferidos por las leyes<sup>139</sup>.**

[Fernández, 2013, p. 123]

Esta anotación de Fernández-Carrasquilla refleja el talante democrático y constitucional que se le otorga al derecho penal. En Colombia, sin duda alguna, se acoge esa premisa que ha descrito Zaffaroni en su obra: el derecho penal es, en realidad, el derecho de los límites y no de la legitimación del poder punitivo. Es la protección *del* derecho penal y no solo *mediante*, al decir de Velázquez-Velázquez.

---

<sup>139</sup> Negrillas agregadas por el autor de la tesis.

A continuación, se hace una lista no taxativa de los principales límites al *ius puniendi*, algunos de los cuales son, prácticamente, universales; y sus variaciones, por la influencia del derecho intencional, son mínimas en los distintos ordenamientos jurídicos.

**a) Dignidad humana**

Este principio, primordial límite al *ius puniendi*, implica cuestiones como la no imposición de penas degradantes y crueles dentro del proceso penal; y se extiende al ámbito penitenciario, aunque en este último parezca ser una utopía.

A pesar de su importancia, nuevas tendencias, como el derecho penal del enemigo (representado, fundamentalmente, por el funcionalismo de Günter Jakobs), han flexibilizado este límite. Dice Fernández [2013], a propósito de ello:

La persona es centro de imputación de derecho y obligaciones, pero la tenencia de esa calidad no está sujeta al cumplimiento de condición o carga alguna, sino que es adjudicada con carácter universal e incondicional para la protección de todos los miembros de la especie humana. De ninguna manera es admisible la tesis funcionalista radical (Jakobs) de que es más persona el que más cumple sus deberes sociales y jurídicos, o que dicha cualidad depende de que el individuo se comporte como persona dentro del orden social. [p.151]

Según el autor en mención, la dignidad, más que un derecho, es un valor absoluto, una condición que, impajaritablemente, acompaña a la persona; es la que hace que la persona sea

un fin en sí mismo y no un medio: es la persona misma. Una opinión similar tiene Velázquez [2009]:

Se trata, sin duda, del más importante límite material al ejercicio de la potestad punitiva en el seno del moderno Estado de derecho social y democrático que, desde el punto de vista histórico, ha sido considerado como el motor que ha posibilitado la racionalización del derecho penal y la evolución por él experimentada a través de los siglos, máxime que toda la evolución del Derecho en general –y la del penal en particular- está ligada, ineluctablemente al reconocimiento de la dignidad de los seres humanos.  
[p.62]

De modo que puede concluirse que la evolución de la racionalización del poder punitivo va de la mano del reconocimiento de la dignidad humana y su fortalecimiento en la toda la teoría de los Derechos Humanos, toda vez que este principio se anuncia como la norma rectora, por antonomasia, tanto del Código Penal como del Código de Procedimiento Penal.

#### **b) Libertad**

Este principio, y derecho fundamental, es el más flexible de todos al encontrarse directamente relacionado con la imposición de penas y medidas de aseguramientos, algunas de las cuales no representan una restricción del mismo o lo hacen en menor medida (como la detención domiciliaria).

Al fungir como regla general en la imposición de medidas de aseguramiento, la libertad está aparejada con la presunción de inocencia. Esto quiere decir que si una persona se considera inocente lo normal es que enfrente el proceso en libertad hasta que haya una sentencia que la declare responsable. En este tipo de casos puede haber limitaciones, sin embargo, por riesgo de fuga, riesgo de obstrucción a la justicia o peligro para las víctimas<sup>140</sup>.

Al respecto refiere Martínez [2006]:

En el procedimiento penal se le entrega al juez de control de garantías la posibilidad de limitarla, tras solicitud de la Fiscalía General de la Nación, cuando resulte necesaria para garantizar la comparecencia del imputado, la protección de las pruebas o la protección de la comunidad. El juez de control de garantías, por petición de cualquier persona que legalmente pueda intervenir en el proceso, dispondrá su revocatoria o modificación si las circunstancias hubieran variado y por tal razón se torne desproporcionada o irrazonable. [p.19]

**c) Legalidad:**

---

<sup>140</sup> Sobre este último criterio para restringir la libertad en sede de medida de aseguramiento hay una gran discusión, pues la Convención Americana de Derechos Humanos no lo contempla. Por lo que la ley colombiana, en ese sentido, está en contravía con la Convención. Sobre el riesgo de evasión, por otro lado, existe una discusión no tan mayúscula: se debate que no puede tenerse como criterio válido al no ser necesaria la presencia del procesado para adelantar el proceso; tanto así que, incluso, estando detenido puede renunciar al derecho a asistir a las audiencias.

Este principio configura la exigencia de que los tipos penales, tanto el supuesto de hecho como las penas, hayan sido creados con anterioridad al acto que se imputa. Está proscrita la legislación para casos específicos.

Comporta, asimismo, otras exigencias como la claridad de las normas penales. Es decir que, no basta con la consagración formal del supuesto de hecho y la pena, es necesario que se cumpla con los requisitos materiales: la claridad, antítesis de vaguedad, sobre todo. Su fórmula técnica es la tipicidad, que debe contemplar lo objetivo (hecho), lo subjetivo (modalidad de la conducta) y, por supuesto, la consecuencia (pena).

#### **d) Presunción de inocencia**

Este principio, o postulado constitucional, implica que la presunción de inocencia está por encima de la de responsabilidad penal. Así, mientras a la Fiscalía le corresponde probar su culpabilidad, el procesado debe buscar, por todos los medios, demostrar su inocencia, o mejor dicho, mantenerla incólume.

#### **e) Defensa**

Principio (relacionado con otros como el de inmediación de la prueba, el de oralidad, el de contradicción) que le otorga el **irrenunciable** derecho de defenderse al procesado. Bajo ninguna circunstancia puede faltar la defensa e incluso, cuando la persona no cuente con un abogado de confianza, o este no comparezca al proceso, el Estado está en la obligación de suministrarle uno de oficio. Añade Martínez Rave [2006]:

El derecho de defensa se manifiesta de dos formas: la defensa material, que le corresponde al procesado personalmente, que lo faculta para intervenir



en todas las diligencias, aun sin ser abogado, y la defensa técnica, que le corresponde adelantar al abogado defensor, que también está habilitado para intervenir en todos los trámites que se cumplan en el proceso. La norma consagra el ejercicio de ese derecho a partir de la imputación, cuando al imputado se le pone en igualdad con el órgano de persecución y, por tanto, no puede ser obligado a autoincriminarse ni a incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes, [entre otros]. [p.20]

**f) Cosa juzgada**

Por medio de este principio se establece que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa. Por tanto, cuando exista una sentencia ejecutoriada, es decir, cuando se encuentre en firme y se hayan agotado todos los recursos de ley, el acusado no podrá volver a ser procesado. La clave para entender esto es la identidad de los hechos, la identidad de la persona y la identidad de la causa.

Ello no implica, sin embargo, que no se den otras formas de intervención de la justicia. O sea que, un proceso penal no es obstáculo alguno para que, de forma paralela o posterior, se adelante un proceso disciplinario.

**g) Cláusula de exclusión**

Las reglas de exclusión actúan como forma para constitucionalizar el derecho penal en tanto tienen como objetivo que se omitan, de manera material, las pruebas que han resultado

violatorias de los derechos fundamentales.<sup>141</sup> No obstante, dichas reglas tienen ciertas excepciones que evitarían la exclusión de las pruebas<sup>142</sup>, a saber.

Descubrimiento inevitable: “[...] consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquélla habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito” [Corte Constitucional, Sentencia C-591, 2005]. Por ejemplo: se halla un cadáver en medio de un allanamiento sin orden judicial, mientras el sujeto se encuentra dando unas declaraciones a la Policía Judicial, pero de tener la orden, el cuerpo hubiese sido encontrado en las mismas condiciones en que se encontró, y esa orden sólo es cuestión de tiempo<sup>143</sup>.

Fuente independiente: “[...] según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso” [Corte Constitucional, Sentencia C-591, 2005]. Por ejemplo: si se determina que tal o cual prueba se derivó no de una interceptación telefónica ilegal, sino de la declaración de un tercero que sí fue legal, aunque de la primera se haya concluido lo mismo.

Vínculo atenuado: “[...] el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible [...] como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta

---

<sup>141</sup> Esta es la ya famosa teoría de los frutos del árbol envenenado o ponzoñoso.

<sup>142</sup> Aunque es más preciso decir “elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida” ya que “pruebas” son las que ya han sido practicadas y aceptadas en juicio oral.

<sup>143</sup> Este ejemplo, es más o menos, un parafraseo del caso “Nix versus William”, de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad” [Corte Constitucional, Sentencia C-591, 2005]. Por ejemplo: se realiza un registro ilícito, pero en medio de la misma diligencia se produce una confesión, que se da de manera libre y espontánea.

#### **h) El principio de igualdad de armas en cuanto al descubrimiento probatorio**

Para entender este principio se debe tener una premisa clara: las partes dentro del proceso son la Fiscalía y la defensa, no la víctima. Luego, si se trata a la víctima como a un acusador adicional se estaría creando una desproporcionalidad en contra de la defensa. La Corte Constitucional lo explica, de la siguiente manera, en la sentencia C-209 de 2007

En segundo lugar, dado que el constituyente definió que la víctima podría intervenir a lo largo del proceso penal, es preciso tener en cuenta los elementos específicos de cada etapa procesal y el impacto que tendría la participación de la víctima en cada una de ellas. En ese contexto, es necesario resaltar que cuando el constituyente definió que la etapa del juicio tuviera un carácter adversarial, enfatizó las especificidades de esa confrontación entre dos partes: el acusador y el acusado, dejando de lado la posibilidad de confrontación de varios acusadores en contra del acusado. La oralidad, la inmediación de pruebas, la contradicción y las garantías al procesado se logran de manera adecuada si se preserva ese carácter adversarial. Por el contrario, la participación de la víctima como acusador adicional y distinto al Fiscal generaría una desigualdad de armas y una transformación esencial de lo que identifica a un sistema adversarial en la etapa del juicio. Por otra parte, el constituyente no fijó las características de las demás etapas del proceso

penal, y por lo tanto delegó en el legislador la facultad de configurar esas etapas procesales. De lo anterior surge entonces, que los elementos definitorios de la participación de la víctima como interviniente especial en las diferentes etapas del proceso penal depende de la etapa de que se trate, y en esa medida, la posibilidad de intervención directa es mayor en las etapas previas o posteriores al juicio, y menor en la etapa del juicio. [Corte Constitucional, 2007]

Otro elemento que corresponde al principio de igualdad de armas es el descubrimiento probatorio, que empieza en la audiencia de formulación de acusación y llega al punto más alto en la audiencia preparatoria, donde se anuncian todos los elementos materiales probatorios y evidencias físicas que se harán valer en el juicio oral. A la Fiscalía y a la defensa les corresponde, entonces, ir realizando el descubrimiento de acuerdo a los E.M.P. y E.F. que vayan recaudando. Sin embargo, hay una excepción: la prueba nobel o prueba sobreviniente, que se encuentra luego de la audiencia preparatoria, pero en aras de no afectar el principio se debe respetar la contradicción de la misma.

**i) La imposibilidad de dictar pruebas de oficio**

Esta característica supone una separación entre la función acusadora e investigadora con la de juzgamiento. El juez asume la dirección del proceso, pero no interviene en la investigación o en la recolección de pruebas. Esto muestra la tendencia acusatoria del sistema.

Se menciona, así, en la sentencia C-396 de 2007 que,

Para la Sala es evidente que el Constituyente y el legislador colombiano diseñaron un modelo propio de sistema penal acusatorio, pues si bien es cierto toma elementos comunes de éste en algunas legislaciones, también se aparta de otras características. De esta forma, es lógico inferir que el hecho de que otros países hubiesen adoptado la prueba de oficio como una regla necesaria en el proceso penal, no significa que el legislador colombiano estaba obligado a seguir esa corriente en nuestra legislación. Es más, el hecho de que en países en los que la prohibición de pruebas de oficio en el sistema penal acusatorio es aún más absoluta que en Colombia, tales como Estados Unidos y Puerto Rico, nuestro legislador se encuentre en el deber constitucional de regularlo en forma idéntica. De hecho, como ya se advirtió, el legislador goza de amplio margen de libertad de configuración normativa para señalar el régimen probatorio de cada disciplina jurídica, por lo que si bien en esta oportunidad se considera razonable y válido constitucionalmente prohibir el decreto de pruebas de oficio en la audiencia preparatoria, bien podría resultar también conforme a la Carta que, a partir de valoraciones de política criminal, adopte una posición contraria y admita la actividad probatoria del juez en la audiencia preparatoria. [Corte Constitucional, 2007]

Además de estar imposibilitado para decretar pruebas de oficio, el juez tampoco puede atender ciertas solicitudes de las partes; por ejemplo, interrogar o conainterrogar a los testigos. Y, por último, le está vedado utilizar su conocimiento privado para valorar las pruebas, por lo que debe valerse de peritos que acrediten su idoneidad.

#### **5.4 El *Ius Puniendi* en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional**

Desde sus inicios, la Corte Constitucional ha venido tratando este tema en su jurisprudencia, abordando, principalmente, los límites al ejercicio del poder de castigar. La línea jurisprudencial, sin embargo, es extensa y compleja, por lo que aquí se han seleccionado algunas sentencias, más o menos, recientes con el fin de sintetizar las posiciones de la Corte.

Como se ha visto, tanto el Derecho Penal como el sancionatorio han sufrido una seria constitucionalización a partir de la Carta Magna de 1991. Por tal razón, uno de los temas más tratados es la libertad que tiene el legislador para dictar normas en esta materia. Por supuesto, hablar de “libertad” es, a la vez, hablar de sus límites. En ese sentido, un buen punto de partida es la anotación que hace la Corte Constitucional en la reciente sentencia T-100 de 2018:

El derecho penal es la expresión de la política criminal del Estado, cuya definición, de acuerdo con el principio democrático y la soberanía popular (artículos 1º y 3º de la Constitución), corresponde de manera exclusiva al Legislador. En este sentido, la cláusula general de competencia legislativa prevista en los artículos 114 y 150 de la Carta, otorga al Congreso de la República la facultad de regular cuestiones penales y penitenciarias. En materia penal, el Legislador goza de un amplio margen para fijar el contenido concreto del derecho punitivo. De tal suerte que, en ejercicio de esta competencia, le corresponde determinar: (i) las conductas punibles; (ii) el quantum de las penas; y (iii) las circunstancias que las disminuyen o aumentan. [Corte Constitucional, 2018]

Consideración de la Corte que contiene un mensaje claro, de cara al principio de legalidad, toda vez que otorga al Congreso de la República la función y la competencia de regular una materia tan delicada como es la fijación de tipos penales, los montos de las penas y los agravantes o atenuantes, sin que otra autoridad distinta pueda crear, modificar o eliminar normas del ordenamiento.

No obstante, como se mencionó anteriormente, la “libertad” de la que habla la Corte Constitucional no puede entenderse en términos absolutos. Por ello, la línea jurisprudencial del *ius puniendi* tiene como constante un estudio sobre sus límites, siendo el principal la dignidad humana que, de hecho, tanto en la Ley 599 de 2000 [Código Penal] como en la Ley 906 de 2004 [Código de Procedimiento], aparece como principio fundante. Y la Corte lo reitera en la sentencia C-143 de 2015

La dignidad humana, no es una facultad de la persona para adquirirla o para que el Estado se la conceda, ésta es un atributo esencial, inherente al individuo, por lo tanto el derecho fundamental se refiere a que se le dé el trato a la persona para que se le respete completamente la dignidad de ser humano, es un derecho en el que implica al Estado tanto obligaciones de no hacer como de hacer. Por otro lado, la jurisprudencia constitucional ha indicado claramente que en materia del *ius puniendi* este principio se da en la prohibición para las autoridades públicas y carcelarias de realizar actuaciones que constituyan tortura o de aplicar penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. [Corte Constitucional, 2015]

A pesar de lo anterior, y aunque el principio en mención tiene cabida en la consagración de tipos penales y su respectiva pena, así como consecuencias en cuanto a la configuración y el manejo del sistema penitenciario, es poco lo que esto ha servido o la importancia que se la ha dado en la jurisprudencia, puesto que la situación carcelaria es evidentemente indigna. Tanto así que raya, incluso, en un estado de cosas inconstitucional<sup>144</sup>.

Ahora, si bien la dignidad es el límite primordial, no es el único. El catálogo de derechos fundamentales es, a la vez, un catálogo de límites al derecho de castigar, como lo ha reconocido la Corte Constitucional en la sentencia C-609 de 1996:

Tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados -particularmente en el campo de los derechos fundamentales- que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Pero lo anterior no implica que la Constitución haya definido de una vez por todas el derecho penal, puesto que el legislador, obviamente, dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos valores, presupuestos y finalidades propios, pese a su acentuado

---

<sup>144</sup> Situación que, no obstante, no es materia de este escrito.



grado de constitucionalización. Así, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) e igualmente modifica el procedimiento y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio legislador lo considere políticamente necesario y conveniente, por lo cual, dentro de ciertos límites son posibles entonces diferentes desarrollos de la política criminal del proceso penal. [Corte Constitucional, 1996]

Dicho reconocimiento es una clara muestra del talante constitucional y democrático que, por lo menos en la teoría, se le ha dado al Derecho Penal y, por extensión, a otras formas de derecho sancionatorio como el Derecho Disciplinario. Sin olvidar que los derechos fundamentales también son criterios orientadores para crear penas. Es decir, no solo sirven como límite, sino como impulso, ya que es la afectación de derechos (de víctimas), en gran medida, lo que legitima los montos. Esto se extiende, sobre todo, al derecho sancionatorio, por lo que resulta mejor hablar de sanciones y no de penas, lo que reduce el alcance. Así la sentencia C-762 de 2009 refiere:

Las diversas expresiones del *ius puniendi* pueden determinar afectaciones sobre los derechos constitucionales, pues así lo determinan las sanciones a ser impuestas que van desde el llamado de atención, o la carga monetaria a favor del fisco, hasta la suspensión o cancelación de una licencia profesional o la inhabilitación temporal para desempeñar funciones públicas,

o, en el caso más extremo, la privación de la libertad, medidas que significan restricciones o limitaciones a derechos y libertades cuyos alcances se reducen a la par que operan las sanciones administrativas, disciplinarias y penales impuestas y tales afectaciones a los ámbitos de libertad o de derecho son legítimas, al estar soportadas en el Derecho y ser el resultado de haberse adelantado un debido proceso, al igual que por no atentar contra dimensiones o facetas fundamentales de aquellos u otros derechos constitucionales, ni ir en contra de la dignidad humana o el mínimo vital. [Corte Constitucional, 2009]

Pero si hay un principio que tiene gran importancia en el derecho sancionatorio es el de legalidad. Si bien, este se encuentra presente en todas las ramas del derecho, es en esta donde toma mayor relevancia, pues la intervención sobre los ciudadanos es mayor.

Así, la afectación de derechos fundamentales que supone la aplicación de una sanción en contra de una persona hace necesario que la legalidad se aplique de forma más estricta, por ejemplo, bajo el principio de *nullum crimen nullum pena sine previa lege*, el cual tiene como fórmula técnica el principio de tipicidad.

Esto significa, además, que los tipos penales (y por extensión las faltas disciplinarias) deben estar consagrados previamente, en la ley, cumpliendo con un requisito: el de la mayor claridad posible, que contribuye directamente a la seguridad jurídica de los ciudadanos. Sobre el adecuado uso del lenguaje (la no vaguedad o imprecisión) en la consagración de tipos y penas, por otro lado, establece la Corte Constitucional en la Sentencia C-091 de 2017:

El principio de estricta legalidad que, desde un punto de vista positivo, ordena al legislador actuar con el mayor nivel posible de precisión y claridad; desde una perspectiva negativa implica que son inadmisibles desde el punto de vista constitucional los supuestos de hecho y las penas redactadas en forma incierta o excesivamente indeterminada. Todos los componentes de un tipo penal (sujetos, verbos rectores, ingredientes subjetivos y objetivos, sanción, agravantes, etc) deben estar determinados o ser razonablemente determinables por el intérprete.

Sin embargo, esta obligación no puede cumplirse de forma absoluta, pues el lenguaje natural, en el que se expresa el legislador, presenta un nivel irreductible de apertura semántica. En términos generales, son muy conocidos los problemas de ambigüedad o polisemia de las palabras y de vaguedad de los conceptos. El nivel de determinación de un tipo penal será variable en función de las posibilidades lingüísticas de definición de una conducta específica y, en algunos casos, existirá una necesidad imperiosa de establecer castigos frente a fenómenos dinámicos y complejos, que requieren la atención a contextos más amplios para su comprensión y, por lo tanto, no pueden ser ‘capturados’ de forma definitiva por una expresión determinada. [Corte Constitucional, 2017]

Esta argumentación funciona, en gran medida, como una forma para legitimar una clase de normas penales que resultan complejas: los tipos penales en blanco y los tipos penales abiertos. En esto la tipicidad se flexibiliza, como cuando se tiene que completar la norma con

una norma de reenvío extrapenal; por ejemplo, los intereses permitidos para efectos de completar los elementos del tipo de usura. Ello se debe a que el Código Penal no puede modificarse a la velocidad con la que se modifican las normas relativas a los intereses permitidos, por tanto, el fenómeno no puede ser “capturado” en tiempo real, sino a través del reenvío normativo.

Y si esta cuestión se acepta en el Derecho Penal que, por antonomasia, se basa en la fórmula de los *numerus clausus*, resulta mucho más justificable en el Derecho Disciplinario, que se basa en la fórmula de *numerus apertus*. Volviendo al principio de legalidad, en materia disciplinaria, refiere la Corte Constitucional, en sentencia C-762 de 2009 que:

El principio de legalidad comprende una doble garantía. Una primera, de orden material y de alcance absoluto, conforme a la cual es necesario que existan preceptos jurídicos anteriores (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas infractoras del correcto funcionamiento de la función pública y las sanciones correspondientes por su realización. La segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de rango legal, que convalide el ejercicio de los poderes sancionatorios en manos de la Administración. Los alcances de este principio en el derecho disciplinario son asegurar para el sujeto disciplinado, el derecho a conocer anticipadamente cuáles son las conductas prohibidas y las sanciones que se derivan de su infracción y exigir que su juicio se adelante conforme a los procedimientos preexistentes al acto

que se le imputa y según las normas vigentes al momento de comisión del comportamiento antijurídico. [Corte Constitucional, 2009]

Puede evidenciarse que el principio de legalidad opera casi de la misma forma en materia penal que en materia disciplinaria: ley previa y ley cierta.<sup>145</sup>

Pero la Corte no solo ha estudiado el asunto desde lo sustancial, lo procedimental también ha jugado un papel relevante en el ejercicio del poder punitivo. De hecho, podría decirse que las principales reglas, sobre el ejercicio del derecho de castigar, son procesales, puesto que son las que determinan las ritualidades a través de las cuales llega a imponerse una sanción, sea de la naturaleza que sea. De manera que la Corte Constitucional, en la emblemática sentencia C-591 de 2005, describió el sistema penal oral acusatorio que se instauró en Colombia con la Ley 906 de 2004:

Se diseñó desde la Constitución un sistema procesal penal con **tendencia acusatoria**, desarrollado por la Ley 906 de 2004, con **acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculpado**, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los **derechos de las víctimas**. Se estructuró un nuevo modelo de tal manera, que **toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional**, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las

---

<sup>145</sup> Esto fue reiterado, casi en los mismos términos, en la sentencia C-412 de 2015.

garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales. El nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia. En desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una **justicia material**, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de **conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad**. Con todo, en el curso del proceso penal, la garantía judicial de los derechos fundamentales, se adelantará sin perjuicio de las competencias constitucionales de los jueces de acción de tutela y de habeas corpus.<sup>146</sup> [Corte Constitucional, 2005]

---

<sup>146</sup> Negrillas agregadas por el autor.

En términos generales, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional puede considerarse garantista, lo cual quiere decir que pone en el centro del asunto los derechos fundamentales de las personas a través de una suerte de ponderación en la que el enfoque no solo se centra en las víctimas o los procesados, sino en ambos. Y aunque las víctimas no tienen la naturaleza de parte en el proceso (su causa la asume la Fiscalía) la Corte ha buscado que el papel de estas sea protagónico dentro del mismo.

En conclusión, para la Corte Constitucional el ejercicio del derecho de castigar tiene muchos límites impuestos, básicamente, por el ordenamiento constitucional colombiano. Principios que se extienden sobre todo el derecho sancionatorio, es decir, que también atañen al Derecho Disciplinario, que se tocará de manera un poco más detallada en el siguiente acápite.

### **5.5 Mutatis Mutandi: el Ius Puniendi Disciplinario**

Hablar del *ius puniendi* disciplinario implica reconocerlo como una categoría importante, en la discusión jurídica, con un alto grado de autonomía. Sin embargo, a este derecho se le ha llegado a buscar su esencia en otras latitudes, al punto de discutirse si su naturaleza es administrativa o penal, como si fuese estrictamente necesario ubicarlo en un extremo.

Así, Mesa [2002], quien se inclina por el lado administrativo, afirma que “Para referirnos a la responsabilidad disciplinaria es necesario mencionar una de aquellas subdivisiones, que confines académicos usualmente se adoptan por los estudiosos del derecho disciplinario, es justamente la de derecho administrativo disciplinario” [p.71].

Navarro [2000] menciona, por su parte:

La existencia de la potestad administrativa sancionadora, que hoy es una realidad, plantea relaciones entre esta potestad y el derecho penal, por lo que tiene que ver con la sanción, y relaciones con el Derecho Administrativo, por la condición de los agentes en los cuales radica la competencia sancionadora.

En cuanto a lo primero, como se ha afirmado, la potestad sancionadora es una de las dos manifestaciones de *ius puniendi* del Estado, la primera de las cuales corresponde a la ciencia penal. Estas dos manifestaciones coexisten en el seno del ordenamiento jurídico y obedecen a principios y normas comunes, surgidas, es preciso reconocerlo, en el campo del Derecho Penal.

[p.31]

Aunque la autora parece inclinarse más hacia el polo penal, no se considera correcto decir que la relación entre el derecho penal y el disciplinario se dé, fundamentalmente, en torno a la sanción. De hecho, las formas de sanción son, precisamente, lo que más los diferencian, pues mientras en el primero hay penas privativas de la libertad, el segundo jamás las aplica. Hay, por supuesto, una confluencia en temas como la pérdida del empleo público, pero en lo materialmente relevante son más los distanciamientos.

Por lo anterior, corresponde buscar una solución al dilema planteado. En este punto, Gómez [2017], uno de los autores que más ha aportado a la construcción de una dogmática



del Derecho Disciplinario en Colombia, ha buscado zanjar la discusión sin limitarse a escoger un lado u otro, sino tratando de encontrar una autonomía.

¿Cuál de las dos tesis es la cierta? Nos parece que los radicalismos de todo tipo, los fundamentalismos de todo orden, son perjudiciales. Hay que buscar un equilibrio, un equilibrio que permita afirmar que el derecho disciplinario no se identifica con el derecho penal, pero tampoco que el derecho disciplinario se identifique con el derecho administrativo como tal. Lograr ese equilibrio nos permitirá definir en qué consiste la falta disciplinaria, en qué consiste lo antijurídico disciplinario y en qué consiste lo culpable disciplinario. [Gómez, 2017, p.153]

El Derecho Disciplinario debe ser entendido, según esta postura, como una especie dentro del derecho sancionador. El *ius puniendi* vendría siendo, entonces, un género que contiene dos especies: derecho penal y derecho disciplinario. Pero esa cercanía entre ambos saberes no hace que se identifiquen, necesariamente; invita, por el contrario, a que se logren diferenciar plenamente para una mejor aplicación.

Dicha diferencia está dada, fundamentalmente, por el tipo de relación que une a los asociados con el derecho. En el derecho penal, a saber, hay una relación general de sujeción que ata a todos los ciudadanos, independientemente de su condición. Las diferencias, entonces, están dadas por los tipos penales, que exigen determinadas cualidades para los sujetos activos en la comisión de un delito; otorgando, asimismo, soluciones atendiendo a la figura del interviniente. Por otro lado, la relación especial de sujeción es la que ata a determinados individuos con lo disciplinario.

Por esta razón, y siguiendo el ordenamiento constitucional, los particulares pueden hacer todo lo que no esté prohibido, teniendo como límites el orden jurídico y el derecho de los demás. Esta es la cláusula general del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Por el contrario, los servidores públicos, en ejercicio de sus funciones, solo pueden hacer lo que les está mandado por ley, evitando superar sus máximos permitidos y alcanzar los mínimos (acciones, omisiones, extralimitación de funciones, etc.).

Agrega Gómez [2017] al respecto

Si entendemos un derecho disciplinario que hace parte, como especie, de ese género más amplio que es el derecho sancionador en general – obviamente cuando la modalidad implique un cuestionamiento o reproche ético-social-jurídico, nos encontramos con que la responsabilidad disciplinaria es una responsabilidad subjetivista, es decir, estaría proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. [p. 152]

Esta garantía, entonces, es de suma importancia, pues otorga a los ciudadanos la posibilidad de defenderse cuando, a pesar de haber desvalor en el resultado, existe valor en la acción. Por tal razón, para imponer una sanción disciplinaria no basta con constatar la existencia y la comisión de la falta en el plano objetivo, debe haber una conexión subjetiva entre el sujeto y aquella (no en los mismos términos de la culpabilidad psicológica del esquema clásico del delito, claro está) con el fin de satisfacer el principio de culpabilidad, que constituye un mandato de la Constitución.

De esta manera, se instaura la idea de que el derecho disciplinario es una especie del *ius puniendi*, al cual le corresponde otorgarse sus propias instituciones. Sin embargo, esta relación especial de sujeción, equivalente a la teoría del bien jurídico en penal, no ha sido lo suficientemente estudiada como en España, por ejemplo [Gómez, 2017].

Sin duda alguna la construcción dogmática del derecho penal cuenta con gran solidez, por lo que sus instituciones deben traerse al campo disciplinario. Ello no quiere decir, sin embargo, que deba sacrificarse la autonomía haciéndose traslaciones sin mayor discusión y debate. Tal acción debe realizarse *mutatis mutandi*, o sea, encontrando las particulares de la ciencia a la que llega una institución para, de esta manera, poder realizar el acople correspondiente.

### **5.6 Nuevas Tendencias Legislativas en Materia de *Ius Puniendi***

En Colombia recientemente se han reavivado los debates en torno a medidas propias del *ius puniendi*. Asimismo, las nuevas tendencias legislativas han reeditado el populismo punitivo: un derecho penal con pocas consecuencias prácticas, pero con réditos electorales. Tanto así que ha llegado a plantearse la necesidad de imponer la pena de muerte o la cadena perpetua en casos de violaciones a menores, aun sabiendo que en Colombia esto es jurídicamente imposible, ya que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de obligatorio cumplimiento en el país, no lo permite.

En cuanto a los delitos contra la administración pública la cuestión no es distinta: se ha levantado la bandera anticorrupción en el país, las campañas presidenciales del 2018 prometieron una cruzada contra los corruptos y desde todos los bandos se acogió un discurso

de mano fuerte y estricta aplicación del derecho; algo que, más o menos, Cancio [2007] como una confusión de discursos tradicionales:

Igual que la izquierda política ha aprendido lo rentable que puede resultar el discurso del *law and order*, antes monopolizado por la derecha política, ésta se suma, cuando puede, al orden del día político-criminal que cabría suponer, en principio, perteneciente a la izquierda. [p.73]

### **5.7 La Responsabilidad Penal en los Contratos de Interés Público**

Teniendo en cuenta que para adentrarse a las consideraciones propias del Derecho Penal especial es menester realizar comentarios propios del Derecho Penal general, la presente investigación, sin pretender hacer una extensa aproximación a la responsabilidad penal, ya que eso desbordaría su naturaleza, abordará temas que, si bien son generales, sirven como base para hablar de la responsabilidad en el ámbito de la contratación.

#### **5.7.1 Anotaciones sobre la responsabilidad penal en Colombia**

Así, en primera instancia, es importante recordar que la responsabilidad penal en Colombia es de carácter personalísimo. Premisa que no se contradice ni siquiera en los eventos en que varias personas son condenadas por los mismos hechos: cada una de ellas tiene un grado de responsabilidad penal personal.

Tal vez el punto más problemático, sin embargo, es el de la coautoría<sup>147</sup>, que se presenta cuando hay, en delitos dolosos, una repartición consciente del trabajo criminal, con importancia del aporte, sin que pueda determinarse, no obstante, que la responsabilidad sea compartida.

Pero en materia de contratación no solo se puede hablar de coautoría, también de determinación, complicidad, actuar por otro y la denominada figura del interviniente. En particular, las últimas dos formas de coparticipación criminal son de suma importancia en el ámbito contractual.

La figura del actuar por otro, para empezar, está prevista en el artículo 29 de la Ley 599 de 2000, en su tercer inciso, de la siguiente manera:

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.  
[Congreso de la República de Colombia, 2000]

---

<sup>147</sup> La coautoría es un dispositivo amplificador de los tipos penales monosubjetivos (pueden ser cometidos por una sola persona) que ayuda a que puedan ser sancionados varios sujetos sin que se viole el principio de legalidad.

Como se ve, esta figura trata como autor a quien, en principio, no podría serlo por no tener cualidades especiales exigidas por el tipo penal. Esto es importante para la investigación en desarrollo, toda vez que se realiza a través de personas jurídicas con estructuras jerárquicas, donde es común ver delegaciones de funciones. Lo que quiere decir que, quienes actúen en nombre de estas personas jurídicas (el artículo prevé otros escenarios) también pueden llegar a responder como autores.

Sobre la naturaleza y la justificación de la aparición refiere Suárez (2007):

En el mundo moderno la mayoría de los procesos de actividad social se rigen por el principio de la división de funciones, por lo cual el titular de ciertas actividades (persona jurídica o natural – física) delega en otra persona la representación, gestión, dirección o control de determinados desempeños, dándose de esta manera un reparto de roles, funciones o posiciones controladas por una pluralidad de sujetos. Esto ha incidido en la nueva configuración del mecanismo de imputación jurídico-penal, pues el derecho penal debe reaccionar y señalar nuevas técnicas de imputación para la efectiva protección de los bienes jurídicos, y una de aquéllas es la de atribuir responsabilidad penal cuando al actuar de alguien por otro (persona natural o jurídica) se produce lesión o peligro a tales bienes. [Beccaria, 2014, p.434]

Por último, aparece una figura relevante para la discusión: la figura del interviniente, que aplica para los tipos penales en los que se exige una calidad especial para el sujeto activo (ser servidor público, por ejemplo). De manera que el interviniente que no reúna la calidad especial exigida, pero concurra en su realización, recibirá una rebaja en una cuarta parte de

la pena. Sobre el denominado *extraneus* se han planteado discusiones en las que algunos consideran que sólo puede ser partícipe por estricta legalidad (esta figura está en el último inciso del artículo 30 del Código Penal Colombiano, que regula a los partícipes) y otros sostienen que éste, simplemente, es un autor no cualificado. [Córdoba Angulo, s/f].

### 5.8 Tipos Penales

A continuación, se presenta un listado de tipos penales consagrados en la Ley 599 de 2000 [Código Penal colombiano] equivalentes, en lo posible, a la Ley Orgánica 10/1995 [Código Penal español].

Tabla 2.

#### *Tipos Penales*

<b>Tipos Penales en Colombia. Ley 599 de 2000</b>	
<p><b>Artículo 397. Peculado por Apropiación.</b> &lt;Ver Notas de Vigencia en relación con el artículo <u>33</u> de la Ley 1474 de 2011&gt; &lt;Penas aumentadas por el artículo <u>14</u> de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:&gt; El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por</p>	

<p>razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas <u>por el mismo término</u>.</p> <p>Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, <u>dicha pena se aumentará hasta en la mitad</u>. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p>Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas <u>por el mismo término</u> y multa equivalente al valor de lo apropiado.</p>	
---	--



**Artículo 399. Peculado por Aplicación**

**Oficial Diferente.** <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

**Artículo 400. Peculado Culposos.** <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de

<p>2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:&gt; El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas <u>por el mismo término señalado.</u></p>	
<p><b>Artículo 404. Conclusión.</b> &lt;Ver Notas de Vigencia en relación con el artículo <u>33</u> de la Ley 1474 de 2011&gt; &lt;Penas aumentadas por el artículo <u>14</u> de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:&gt; El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero,</p>	

<p>dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.</p>	
<p><b>Artículo 405. Cohecho Propio.</b> &lt;Ver Notas de Vigencia en relación con el artículo <u>33</u> de la Ley 1474 de 2011&gt; &lt;Penas aumentadas por el artículo <u>14</u> de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:&gt; El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales</p>	<p><b>Artículo 419.</b></p> <p>La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de</p>

<p>vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.</p> <p><b>Artículo 406. Cohecho Impropio.</b> &lt;Ver Notas de Vigencia en relación con el artículo <u>33</u> de la Ley 1474 de 2011&gt; &lt;Penas aumentadas por el artículo <u>14</u> de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:&gt; El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento veintiséis (126) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.</p> <p>El servidor público que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en prisión</p>	<p>nueve a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.</p> <p><b>Artículo 420.</b></p> <p>La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años.</p> <p><b>Artículo 424.</b></p> <p>1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los</p>
--	---

<p>de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, multa de cuarenta (40) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.</p> <p><b>Artículo 407. Cohecho por Dar u Ofrecer.</b> &lt;Penas aumentadas por el artículo <u>14</u> de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:&gt; El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.</p>	<p>deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida.</p> <p>2. Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan.</p> <p>3. Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen</p>
--	--

	<p>parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de cinco a diez años.</p> <p><b>Artículo 425.</b></p> <p>    Cuando el soborno mediare en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año.</p>
<p><b>Artículo 408. Violación del Régimen Legal o Constitucional de Inhabilidades e Incompatibilidades.</b> &lt;Ver Notas de Vigencia en relación con el artículo <u>33</u> de la Ley 1474 de 2011&gt; &lt;Penas aumentadas por el artículo <u>14</u> de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:&gt; El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación,</p>	

aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.


**Artículo 409. Interés Indebido en la**

**Celebración de Contratos.** <Ver Notas de Vigencia en relación con el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011> <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos

dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

**Artículo 410. Contrato sin Cumplimiento de Requisitos Legales.** <Ver Notas de Vigencia en relación con el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011> <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.



<p><b>Artículo 411. Tráfico de Influencias de Servidor Público.</b> &lt;Ver Notas de Vigencia en relación con el artículo <u>33</u> de la Ley 1474 de 2011&gt; &lt;Penas aumentadas por el artículo <u>14</u> de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:&gt; El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento  cuarenta y cuatro (144) meses.</p> <p><b>Parágrafo.</b> &lt;Parágrafo adicionado por el artículo <u>134</u> de la Ley 1474 de 2011. El nuevo</p>	<p><b>Artículo 428.</b></p> <p>El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.</p> <p><b>Artículo 429.</b></p> <p>El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose</p>

<p>texto es el siguiente:&gt; Los miembros de corporaciones públicas no incurrirán en este delito cuando intervengan ante servidor público o entidad estatal en favor de la comunidad o región.</p>	<p>de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, y prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por tiempo de seis a diez años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.</p>
<p><b>Artículo 416. Abuso de Autoridad por Acto Arbitrario e Injusto.</b> El Servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.</p>	<p><b>Artículo 413.</b></p> <p>La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de siete a veinticuatro</p>

<p><b>Artículo 418. Revelación de Secreto.</b> &lt;Penas aumentadas por el artículo <u>14</u> de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:&gt; El servidor público que indebidamente dé a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto o reserva, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.</p> <p>Si de la conducta resultare perjuicio, la pena será de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, multa de veinte (20) a noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.</p>	<p>meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.</p> <hr/> <p><b>Artículo 414.</b></p> <p>1. A la autoridad o funcionario público que, por razón de su cargo, tenga encomendada la custodia de documentos respecto de los que la autoridad competente haya restringido el acceso, y que a sabiendas destruya o inutilice los medios puestos para impedir ese acceso o consienta su destrucción o inutilización, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses y, en cualquier caso, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.</p> <p>2. El particular que destruyere o inutilizare los medios a que se refiere el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de seis a dieciocho meses.</p>
--	---

Autoría propia.

El anterior catálogo de delitos, que es una referencia de las conductas sancionadas por las leyes penales colombianas y españolas, se expone con la intención de comprender, grosso modo, cómo opera la responsabilidad penal; para lo cual se harán, además, algunos comentarios fundamentales.

### **5.8.1 El bien jurídicamente tutelado**

Como el Derecho Penal no se encarga, por lo menos en Colombia, de la restauración y el mantenimiento de la vigencia de la norma, sino de la protección de bienes jurídicos, entender el tema requiere estudiar el bien que se afecta con este catálogo de delitos, para lo cual deben hacerse dos salvedades.

Primero, que aunque la comisión de un delito no afecta siempre solo un bien jurídico, el título dentro del Código Penal define cuál es el bien que normalmente se ve más afectado o puesto en peligro (la administración pública, título XV, para el caso concreto).

Y segundo, que aun cuando en el ámbito de la contratación del artículo 355 pueden cometerse otros delitos, se escogieron los que con más probabilidad pueden afectarse. Al respecto, el legislador colombiano del año 2000 ha querido proteger, en particular, algo que llama “administración pública”.

Término nada fácil de definir del que, no obstante, a lo largo de este trabajo se hallan algunas consideraciones que sirven de base para conceptualizarlo. Para ello, además, se puede tomar como referencia la definición dada por Ferreira (citado en Cancino, 2011): “[...] se entiende por administración pública toda actividad cumplida por quienes están encargados

de poner en funcionamiento al Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a unas jerarquías en todos sus órganos” (p.103).

Así, para evitar una larga disertación sobre el bien jurídicamente tutelado, se puede decir que la administración pública refiere al (correcto) funcionamiento del Estado y, particularmente, al del gobierno, con base en la estructura que lo compone; es decir, no recudiéndose al Gobierno Nacional, sino al de todos los entes territoriales.

La naturaleza del bien y la protección del correcto funcionamiento de la administración hacen necesario que la mayoría de tipos penales contengan sujetos calificados: servidores públicos, por regla general (aunque los particulares que no hacen parte de la administración también pueden responder).

#### **5.8.2 Tipos penales de sujeto activo calificado y coparticipación criminal.**

Como se mencionó anteriormente, por el bien jurídicamente tutelado, la mayoría de tipos penales exigen un sujeto activo calificado que, por regla general, debe ostentar la calidad de servidor público. Lo cual no es óbice, no obstante, para que los particulares puedan responder por delitos que, aparentemente, sólo están destinados para dichos servidores. Eso quiere decir que la figura del interviniente permite sancionar a quienes no cumplan con esta calidad, pero participen en la comisión del delito. Pasa así, por ejemplo, con el particular que actúa como coautor de un peculado y que por no ser servidor no puede ser calificado como autor, así que responde como interviniente.

## **5.9 La Responsabilidad de las Personas Jurídicas en España**

### **5.9.1 El modelo de responsabilidad penal español en la reforma del año 2010.**

Este modelo, implantado por la L.O. 5/2010, tenía como objetivo responder a los instrumentos internacionales que procuraban una mejor aplicación de la justicia en cuanto a las sanciones impuestas a las personas jurídicas. Fue un modelo relativamente sencillo, que se incorporó, básicamente, a través de la creación del artículo 31 bis del Código Penal español. El fundamento general de esta reforma, que se puede encontrar en la exposición de motivos publicada en el Boletín Oficial del Estado número 152 de 2010, reza:

Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...). Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea. [Jefatura del Estado, 2010, VII, párr.1]

De entrada observa una delimitación (si se le puede llamar así) en torno a las conductas que pueden punirse. Esto quiere decir que no todo el catálogo de delitos está abierto para sancionar a las personas jurídicas, como ocurre con las personas naturales (con la excepción de los tipos penales con sujeto activo calificado).

El artículo 31 bis, entonces, empieza por establecer que se sancionan conductas cometidas “en nombre o por cuenta de las mismas”, imputación que recae en tanto dichas conductas sean realizadas por quienes estén a cargo de la dirección de la persona jurídica (representantes legales y administradores), o por conductas de personas que estén por debajo en la cadena de mando (por falta en el control).

En cuanto a la atenuación de la responsabilidad penal, la norma es clara al estipular que circunstancias que afecten, por ejemplo, la culpabilidad del procesado, no representan una exclusión de la responsabilidad de la persona jurídica, como tampoco que las personas naturales hayan fallecido o no se haya podido adelantar el proceso en su contra.

Sin embargo, establece unas causales taxativas de atenuación de la responsabilidad penal: la confesión del delito antes de que se conozca del procedimiento judicial, la colaboración en el aporte de pruebas, la reparación del daño y la prevención de nuevos delitos (numeral 4).

Sobre la exclusión de algunas personas jurídicas de este modelo de responsabilidad refiere el numeral 5:

Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de

Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. [Jefatura del Estado, 2010, XXXI, Artículo único, Cuarto, párr.8]

Ahora bien, aunque el derecho español excluyó del modelo de responsabilidad penal a las personas jurídicas mencionadas en el numeral 5, en el inciso segundo del mismo se establece que el modelo, no obstante, se puede aplicar cuando la conformación de una de estas formas de asociación se haga con el fin de evadir la acción de la justicia. Lo que quiere decir que, se pueden sancionar personas jurídicas “fachada” más allá de que su naturaleza sea, expresamente, de las que menciona la norma.

A todo lo expuesto hasta ahora se puede agregar que el modelo español se aleja de la responsabilidad individual. La norma, en sí, replica lo que se dijo en la exposición de motivos:

Se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física. En consecuencia, se suprime el actual apartado 2 del artículo 31. [Jefatura del Estado, VII, pár.3]

Esto indica que el derecho penal de acto no tiene una aplicación plena dentro del proceso penal español, toda vez que puede imponerse una sanción sin que medie la responsabilidad de una persona física. Esto significa que se acepta el concepto de autorresponsabilidad, además del de heterorresponsabilidad. La doctrina ha explicado este asunto sucintamente:



El legislador español ha optado por un sistema mixto en el que la persona jurídica responde –en palabras del profesor Quintero Olivares- tanto por acción directa, cuando han sido las personas que tienen el poder de decisión máximo en la persona jurídica las que han realizado los actos, por su mismos o a través de sus empleados, que general el delito; acción descontrolada, cuando el delito se comete debido a que los dirigentes de la persona jurídica no ejercieron sobre sus subordinados los controles a los que estaban dirigidos para evitar que aquello sucediera. [Estepa, 2012, p.20]

Es posible afirmar, entonces, que ambos modelos de imputación tienen un punto de partida en común: las acciones y omisiones de los representantes legales o los administradores de hecho o de derecho. Así, mientras el primer modelo de responsabilidad supone una acción delictiva de los sujetos por la que, tanto ellos como la persona jurídica, son responsables; el segundo modelo supone acciones u omisiones no delictivas de los sujetos, positivas o negativas (principalmente), de las que deriva una falta en el deber de control (se puede decir que actúan con culpa al permitir que se cometan delitos a través de la persona jurídica). Falta de control que acarrea una responsabilidad para quienes cometen el delito, pero no es una condición necesaria para que se declare responsable a la persona jurídica.

Respecto a este tema agrega Estepa (2012):

Esta responsabilidad prevista en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 31bis del Código Penal incluye algunas exigencias idénticas a las referidas acerca de la responsabilidad por acción directa (por cuenta y en

provecho), a las que se añade el defecto de organización sobre los empleados, autores físicos del ilícito penal. De tal manera que las conductas delictivas de los empleados, unidas a un fallo de supervisión por parte de dichos representantes legales, pueden, asimismo, desencadenar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. (p.25)

Sobre este punto, uno de los más problemáticos de la cuestión<sup>148</sup>, se volverá más adelante, cuando se expongan algunas críticas a todo el modelo español.

### **5.9.2 El modelo de responsabilidad penal español en la reforma del año 2015.**

Ante la necesidad de pulir el modelo creado por la Ley Orgánica 5/2010, que presentaba problemas de interpretación sobre algunos puntos (en especial, sobre el concepto de “debido control”, que se ha considerado una forma nueva de culpa), surge la Ley Orgánica 1 de 2015, que en su exposición de motivos expone:

Se introduce una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamental su responsabilidad penal.

---

<sup>148</sup> Esta nueva forma de culpa como fundamento de responsabilidad no es algo que deba tomarse a la ligera.

Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica.

Asimismo, se extiende el régimen de responsabilidad penal a las Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a las que se pondrán imponer las sanciones actualmente previstas en los apartados a) y g) del artículo 33.7 CP.

[Jefatura de Estado, 2015, p.4]

Dicha reforma, además de modificar el artículo 31 bis, adiciona los artículos 31 ter, 31 quarter y 31 quinquies, con lo cual establece una regulación más detallada y aclara puntos problema. El primer cambio que se evidencia, de esta manera, es el de las personas naturales, sobre las que se realiza la conexión para imputar un delito a la persona jurídica: ya no se habla solo de representantes legales y administradores de hecho o de derecho, también se hace mención de todos aquellos que hagan parte de órganos con capacidad de toma de decisiones dentro de la persona jurídica; o tengan, en razón de su cargo, “facultades de organización y control”.

Ello permite que puedan sancionarse, por esta vía, muchos más casos, sobre todo si se tiene en cuenta que en las empresas grandes no solo los representantes y administradores tienen capacidad de organización y control.

Acto seguido se reitera la responsabilidad por acciones descontroladas, donde es conveniente realizar una división de las dos formas de imputación existentes, con el fin de mostrar de forma didáctica las novedades de la reforma:

**a) Responsabilidad directa (conductas de los sujetos ya mencionados)**

La norma describe una causal de ausencia de responsabilidad compleja (o de atenuación, según se pruebe total o parcialmente). Su naturaleza compleja surge del hecho de que son varias las situaciones que deben acreditarse para excluir la sanción: que se pruebe que existe una política de control idónea para prevenir delitos como el que se imputa, que se pruebe que la política de control ha sido confiada a un órgano o persona con poder de decisión autónomo, que los sujetos activos evadan la política de control fraudulentamente, y que no haya omisiones en la aplicación de la política de control. A su vez, la norma define, en concreto, los requisitos mínimos de esos modelos de control y vigilancia.

**b) Responsabilidad indirecta (por falta de control):**

Para esta vía de imputación, la forma de excluir la responsabilidad exige que antes de la comisión del delito se haya implementado un modelo de vigilancia y control, que debe consistir, también, en lo descrito para la primera vía de imputación. Además, proporciona otras pautas sobre el manejo del control.

La norma no exige, tampoco, la individualización de una persona para efectos de la imputación a las personas jurídicas, y establece prácticamente lo mismo sobre las circunstancias de atenuación, pero en relación a las personas jurídicas excluidas sí introduce un cambio: en el 21 quinquies extiende la responsabilidad a las Sociedades Mercantiles Estatales, que otrora estaban excluidas.

Mas, sin duda alguna, lo más importante de la reforma es la delimitación de lo que constituye el “debido control”, como se expresó en la exposición de motivos. Y es que, más allá de que se comparta o no la tesis de que las personas jurídicas son responsables penalmente, este avance es destacable porque supone un menor riesgo de que el *ius puniendi* se ejerza arbitrariamente. Lo que fortalece, a su vez, el principio de legalidad y, por tanto, constituye un progreso en la punición de las personas jurídicas.

También es cierto que esta norma puede significar una forma de prevención, toda vez que las empresas cuenten con parámetros claros<sup>149</sup> para saber cómo no incurrir en la violación del “debido control”.

### **5.10 La Responsabilidad Disciplinaria en los Contratos de Interés Público**

La responsabilidad para los particulares<sup>150</sup> es excepcional, sin embargo, la Ley 734 de 2002 estipula un régimen para los mismos, estipulado en los artículos 52 y 53, que establecen<sup>151</sup>:

---

<sup>149</sup> Es de anotar que las políticas empresariales de vigilancia y control tienen en España unas exigencias legales establecidas.

<sup>150</sup> No se profundizará en la responsabilidad de los servidores públicos, pues, en materia disciplinaria, pueden encontrarse sendas publicaciones sobre el asunto.

<sup>151</sup> Estos dos artículos describen una situación excepcional dentro del Derecho Disciplinario.

Artículo 52. Normas Aplicables. <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> El régimen disciplinario para los particulares comprende la determinación de los sujetos disciplinables, las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, y el catálogo especial de faltas imputables a los mismos.

Artículo 53. Sujetos disciplinables. <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> <Artículo modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

<Inciso Condicionalmente exequible> Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva. [Congreso de la República de Colombia, 2002]

Como se había mencionado con anterioridad, la responsabilidad de los particulares se da en un grado mucho menor, toda vez que no tienen una relación especial de sujeción con el Estado. Aún así, la norma es clara al referir que, en tanto cumplan labores de supervisión o interventoría, pueden responder.<sup>152</sup>

---

<sup>152</sup> Aunque el Decreto 092 de 2017 no regule esta materia –como lo hacía el Decreto 777 de 1992-, en tanto se nombre un supervisor o un interventor, ya que la posibilidad existe, este asume los deberes funcionales y por lo tanto se convierte en sujeto disciplinable.

Por otro lado, a pesar de que la segunda forma de disciplinar a los particulares (ejercicio de funciones pública permanentes o transitorias) no es aplicable dentro del ámbito de la contratación, propia del artículo 355 de la Constitución, es posible, dentro de este ámbito contractual, emplearla en los disciplinables por administrar recursos públicos; en particular, por la administración de “[...] rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos” [Constitución Política de Colombia, 1991]. Sin embargo, esto es sumamente excepcional y no debe buscarse en abstracto (en la figura misma de la contratación del Decreto 092 de 2017) sino en concreto.

A lo anterior se suma que la responsabilidad disciplinaria no debe buscarse en el contrato, pues se estaría propiciando un escenario de responsabilidad objetiva, sino en las conductas que infrinjan la Ley 734 de 2002, y próximamente en la Ley 1952 de 2019 (sin vigencia). Así las cosas, de encontrarse una irregularidad en el contrato, o el proceso contractual, procede el análisis de la conducta que la causó, la tipicidad de esta, la ilicitud sustancial y la tipicidad<sup>153</sup>.

---

<sup>153</sup> Se habla no sólo de contrato, sino de proceso contractual, ya que es posible que se incurra en una falta disciplinara desde la etapa de planeación hasta la etapa poscontractual, sobre todo respecto a las obligaciones ambientales, que pueden extenderse hasta varios años después.



### **5.11 La Responsabilidad Fiscal en los Contratos de Interés Público**

En relación a este tema se discute la posibilidad que tienen los particulares de responder fiscalmente, en el ámbito de la contratación del artículo 355 de la Constitución y su norma reglamentaria (Decreto 092 de 2017).

De esta manera, para empezar se cita el artículo 1 de la Ley 610 del 2000, donde se define el proceso de responsabilidad fiscal, a saber:

Artículo 1o. Definición. <Ver Notas de Vigencia> <Aparte subrayado Condicionalmente exequible> El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado. [Congreso de la República de Colombia, 2000]

Se evidencia que el legislador colombiano permite endilgarles responsabilidad fiscal a los particulares en dos ocasiones: cuando ejercen gestión fiscal y cuando se da “en ocasión de ésta”.

Sobre esta última expresión hubo un debate en la Corte Constitucional que derivó en la Sentencia C-840 de 2001, donde se clarificó que la norma es exequible en tanto se entienda que el particular responde “con ocasión de ésta” y la gestión fiscal sirva de oportunidad o circunstancia para conseguir algo a costa de recursos públicos. Es decir, en este estadio de la responsabilidad se sanciona una forma de aprovechamiento.

La gestión fiscal, por otra parte, está definida en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000 como se expone a continuación:

Artículo 3o. Gestión Fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

Partiendo de dicha definición surge el interrogante de si es posible que los particulares ejerzan gestión fiscal. Ello, teniendo en cuenta que sobre el particular debe aplicarse el mismo proceso que con la responsabilidad disciplinaria: hallarse la administración de recursos de los particulares en un contrato en particular y no de manera abstracta. Esto, sin duda alguna, sería una situación excepcionalísima. Sin embargo, como se explicó, bajo la modalidad “con ocasión de esta” la posibilidad está más abierta.

## **6. Conclusiones y propuestas generales**

Como complemento de la presente investigación se plantean, junto a las conclusiones realizadas en cada capítulo, una serie de conclusiones y propuestas finales con base en el objetivo principal de esta labor investigativa.

Para empezar, en torno al tema de las donaciones hacia los particulares, y el tratamiento jurídico de que han sido objeto, es indudable la evolución que han tenido, en el Estado Colombiano, y el cambio en las formas de su aplicación. Se ha pasado de un siglo de auxilios parlamentarios a un régimen constitucional, relativamente nuevo, que prohíbe, expresamente, el otorgamiento de donaciones a particulares. Ello, producto de los actos de corrupción que se cometieron previamente, y que se siguen presentando, aunque a día de hoy, por normas como esta, tienen una disposición que los hace controlables.

Es claro, que los fondos de cofinanciación, los auxilios regionales, los cupos indicativos y en general “la mermelada” han sido una fuente de escape de los recursos del Estado hacia manos de particulares, no de manera directa, claro está, sino a través de figuras más complejas de contratación. Es decir, al particular le corresponde desarrollar actividades palpables, visibles, tangibles, bajo las cuales es más fácil colocar la lupa, a diferencia de la simple recepción de una contribución del Estado en forma de donación no modal.

La evolución, por otra parte, está ligada a los cambios que ha sufrido el Estado colombiano en materia de principio de legalidad. Se pasó de un Estado de derecho puro y rígido, a un Estado social (y democrático) de derecho con una fuerte influencia de conceptos

jurídicos indeterminados como son el interés general y el interés público. Ambos conceptos de primerísima relevancia en el trabajo investigativo realizado.

Con el avance del principio de legalidad, se localizan, en el evento colombiano, normas de características muy particulares, *sui generis*, como los decretos que el Gobierno ha expedido, en razón de la competencia atribuida por el Constituyente Primario, mediante el artículo 355 de la Constitución, que prohíbe expresamente los llamados auxilios parlamentarios y, al mismo tiempo, sienta la base para un régimen especial de contratación con personas jurídicas de derecho privado y de reconocida idoneidad.

Lo cual implica que los particulares dignos de estímulo no reciban donaciones públicas para desarrollar sus objetos societarios discrecionalmente, sino que estos deben estar en armonía con el interés público, la necesidad requerida y la celebración del contrato con entidades públicas nacionales, regionales y municipales, donde, si bien no hay una contraprestación directa para con estas, el particular debe cumplir con obligaciones claras, expresas y exigibles, sujetas a las normas relevantes que den aplicación al principio de responsabilidad (penal, disciplinario, fiscal).

El interés público es la clave de la contratación del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia. En términos generales, la contratación en el Estado colombiano tiene un carácter instrumental aún más visible si se trata del mencionado artículo, toda vez que los programas o proyectos que se desarrollan en virtud de este son siempre para satisfacer dicho interés. De hecho, se puede afirmar que si este fin no se sustenta, no es válido acudir a ésta figura contractual especial.

Ahora bien, al ser un concepto jurídico indeterminado, puede ser utilizado para favorecer intereses de corrupción, como esquivar al régimen general de contratación para poder aumentar los márgenes de discrecionalidad (incluso llegar al grado de arbitrariedad en los eventos en que vale la contratación directa) o poder seleccionar a quien no resulte idóneo para adelantar el programa, o simplemente para favorecer el amiguismo, fenómeno notorio en los países latinos.

Una de las formas de limitar dichos intereses es mediante la sustentación del proceso de contratación en virtud de la necesidad –en casos concretos- de satisfacer el interés público. Esto quiere decir que el concepto jurídico indeterminado debe circunscribirse en las circunstancias particulares. Además, surge otro requisito fundamental que reduce, por lo menos formalmente, el margen de discrecionalidad de la Administración: la reconocida idoneidad, la cual pretende delimitar el grupo de particulares que pueden participar dentro del proceso. Sin embargo, esta no puede ser una camisa de fuerza que obligue a la Administración a sacrificar la contratación con personas que, eventualmente, puedan ser útiles para satisfacer determinadas necesidades, pero se pueden ver afectadas al no poder cumplir todas las exigencias dadas por la entidad. Por supuesto, corresponde hacer un ejercicio de ponderación para hallar una solución.

Otro criterio que limita la libre concurrencia de particulares, en este régimen especial y excepcional de contratación, es la evaluación del ánimo de lucro, o más bien, la ausencia de éste. Sólo las personas jurídicas de derecho privado y reconocida idoneidad que carezcan de este ánimo podrán celebrar con el Estado los contratos de interés público a los que se refiere el artículo 355 de la Constitución. Sobre el particular, se concluye que lo manifestado

debe predicarse no de la sociedad (entidad), sino de los socios (asociados, integrantes). Si bien la norma habla de entidades sin ánimo de lucro, una visión desde el derecho de sociedades permite concluir que en realidad estas sí pueden tener el ánimo de beneficio. En otros términos, la entidad sí puede tener un ánimo para alcanzar utilidades, pero no habrá dividendos para las personas naturales que la conforman.

Un Estado, aunque sea grande y robusto, necesita siempre de los particulares para alcanzar sus fines. Por tal razón, el poder negocial funge como elemento fundamental, serie, fundamentos y límites que le permiten al Estado negociar con particulares el desarrollo de obras, bienes y servicios que garanticen el cumplimiento de los objetivos estatales generales. Sobre este punto particular, es válido enunciar lo que se dijo sobre la naturaleza de esta relación.

- La diferencia entre las partes: el Estado tiene un poder inmensamente superior al de cualquier particular con el que se vaya a contratar. O, por lo menos, esta es la regla general, ya que puede darse el caso de que algunas multinacionales tengan un poder similar<sup>154</sup>. [Revista Semana, 2017]
- El tipo de obligaciones que asume el Estado al momento de contratar: además de no hacerse gratuitamente ni por simples intereses económicos (las utilidades no influyen en la contratación estatal, vista desde los entes públicos), son los fines superiores

---

<sup>154</sup> En Colombia, y en varios países de América, se ha venido hablando de la multinacional Odebrecht como cabeza de una red de sobornos para obtener contratación.

constitucionales los que guían esta actividad y, por ende, sus obligaciones deben estar acorde con ellos.

De modo que enfatizando y comprendiendo la diferencia abismal que hay entre el Estado y los particulares, el marco del poder negocial debe erigirse sobre el catálogo de principios que orientan la contratación estatal y limitan la actividad de la Administración.

En España, el poder negocial tiene un componente adicional que no se halla en el caso colombiano (aún existiendo autonomía de los entes territoriales): el modelo de Estado y el poder que tienen las comunidades autónomas, donde se dictan normas con fuerza vinculante para sus territorios. Es por esto que la regulación del llamado Tercer Sector de Acción Social es mucho más amplia que la regulación de los contratos de interés público con personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Adicionalmente, en dicho país, los recursos entregados bajo esta forma de contratación se vigilan de una manera distinta a Colombia. En España existe una verdadera autoridad judicial que realiza este control, Colombia cuenta con una autoridad administrativa: el Tribunal de Cuentas y la Contraloría General de la República, respectivamente, son quienes en principio se ocupan del control sobre los recursos públicos.

Estos principios que definen y limitan el poder negocial, no operan de la misma manera en todos los regímenes de contratación. En el caso de los contratos del artículo 355, los principios tienen unas formas de aplicación especial al momento de considerar el interés público, por cuanto se trata de subvenciones para entidades sin ánimo de lucro que deben garantizar mayor flexibilización, no desde lo moral y ético, sino desde la selección del

contratista, el alcance del contrato y sus exigencias como causa de la ausencia de contraprestación que les asiste a las partes.

Es relevante manifestar que el Estado colombiano tiene además otro poder: el derecho sancionatorio. Este se enuncia de varias maneras, pero en el ámbito de la contratación se expresa fundamentalmente a través del Derecho Penal y del Derecho Disciplinario. El régimen penal colombiano, tiene un catálogo de delitos aplicables, pero además tiene un capítulo dedicado a la celebración indebida de contratos, por el cual se sanciona, la celebración sin el lleno de requisitos legales, el interés indebido en la celebración de contratos y la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades (tipo penal en blanco que se completa con las normas del régimen general de contratación por la remisión que hace el Decreto 092 de 2017). En España, adicionalmente, se tiene un **régimen** de responsabilidad de la persona jurídica, que le permite sancionar de manera autónoma a las sociedades, sin importar si hay sanción o no para uno o algunos socios que la conforman.

De otro lado, los Estados, ciudadanos y operadores jurídicos no pueden ser ajenos a reconocer y proponer la implementación decidida de los contratos de interés público, toda vez que estos constituyen un instrumento adicional para zanjar la desigualdad y dignificar al ser humano a partir de la atención de sus necesidades, focalizadas en unas poblaciones que sin importar los recursos que se inviertan en el desarrollo de sus territorios y la economía, no se ven o se sienten apremiados, en la medida que los mismos tocan directamente al individuo o grupo con iguales o similares situación fácticas de vulnerabilidad. De allí que la subvención entregada a las entidades sin ánimo de lucro y el acompañamiento del tercer sector resulta muy representativo.



Independiente de lo expuesto, a lo largo de esta investigación, es importante dejar a consideración del lector algunas propuestas concretas<sup>155</sup> que muy seguramente podrán dar lugar para que éste considere hacer otras o complemente las que a continuación se describen, teniendo siempre presente que se está en presencia de un contrato especial para el interés público.

– **Flexibilización de la reconocida idoneidad**

La reconocida idoneidad, es un requisito sine qua non para la celebración de los contratos de interés público que establece una calidad necesaria para el particular que pretenda celebrar el contrato. Sin embargo, en algunos casos excepcionales y muy particulares, puede buscarse prescindir de ésta, de manera por lo menos parcial, con el fin de que se continúe con el programa de interés público.

Lo anterior, puede ocurrir en casos como los de los hospitales o clínicas privadas, donde se atiende a población de alto riesgo y se presentan crisis financieras u operacionales. La celebración de un contrato de interés público con una entidad privada puede servir para mejorar la calidad de vida de los beneficiarios y dotar finalmente de una plena idoneidad al contratista. Esto, en razón de que los aportes del Estado (dinero y otros) pueden ser valiosos y determinantes en el resurgir de la entidad privada que previa a la crisis contaba con calidades excepcionales frente al servicio, indicadores y experiencia, pero hoy todo esta revertido. Debe reiterarse que esto sólo debe proceder en situaciones excepcionales y siempre de manera motivada en los documentos del proceso y estudios previos.

---

<sup>155</sup> Esta es una síntesis de las propuestas ya que, al igual que las conclusiones, fueron desarrolladas al interior de la investigación de una manera más detallada.

– **Cláusulas de exorbitancia**

La aplicación de estas cláusulas es un asunto exorbitante, nada más y nada menos porque aumenta el margen de distancia entre el poder negocial del Estado y el poder negocial de los particulares. Existe acá una zona de penumbra, toda vez que el Decreto 092 de 2017 no reguló este aspecto tan importante, como sí lo hacía el Decreto 777 de 1992. Además, éste no puede aplicarse por la necesidad de cubrir la laguna existente en el Decreto 092 y que éste mismo derogó expresamente.

Se propone dejar del lado las cláusulas de exorbitancia en estas clases de contratos, dada la naturaleza de los mismos y la ausencia de la contraprestación. Dejándolo facultativo, si así lo consideran las partes en el momento de celebrar el contrato, pero por voluntad de las mismas, donde prime la necesidad de la sociedad y no la imposición del Estado. En otros términos no se debe permitir interpretaciones en este sentido, ni facultades discrecionales a la administración. De allí la importancia de constituir unas buenas garantías.

– **Potestad de vigilancia y control del contrato**

Más allá de la plena aplicación del principio de responsabilidad, que normalmente funciona de manera posterior y correctiva, es necesario que durante la ejecución del contrato se dé una oportuna vigilancia y control sobre estos contratos. Como se ha sostenido con insistencia, en este punto el Gobierno también guardó silencio.

Se propone una regulación que deje claro la obligación del supervisor en estos contratos y no la necesidad de contar con la interventoría de un tercero, en virtud de la aplicación de los principios de contratación pública. Así por regla general le corresponderá a la Administración designar a un integrante de la misma, para que la ejerza. Ahora bien, de

manera excepcional se buscaría contratar para tal fin, a través de la figura de la prestación de servicios, a un profesional, solo cuando el objeto del contrato sea muy complejo y no exista personal en la entidad para llevar a cabo la vigilancia. Lo cual puede ser certificado por el ordenador del gasto.

Lo anterior en razón de no disponer de recursos que en principio deben ir a subvencionar el programa o proyecto de la entidad ESAL o el de la Entidad pública. En tal sentido, existiría con esto más recursos disponibles para llegar a la atención de la población objeto de la contratación y de otro lado, no se entendería un proceso de contratación complejo mediante concurso para designar un interventor para esta clase de contratos, que se espera pueden ser suscritos más expeditamente,

Sin embargo, este es otro punto, donde el Gobierno deberá pronunciarse a través de la expedición de otra norma, debido a que la zona de penumbra existente (y que no existía en vigencia del Decreto 777 de 1992) da lugar a arbitrariedad.

– **Atención y conservación del equilibrio contractual:**

En los casos donde se rompe el equilibrio contractual (o convencional, si se ve desde la naturaleza de estos “contratos”), ya sea por un hecho del príncipe o una imprevisión, éste debe restablecerse para proteger los intereses económicos de los particulares (no el ánimo de lucro) o para cumplir con el carácter instrumental de esta forma de contratación.

Se considera que en este tipo de contratos no deben ser objeto de la figura del equilibrio económico para los contratos de interés público, en la medida que estos son una subvención, donde no hay una contraprestación directa. Por tal razón una regulación de esta naturaleza minimiza los riesgos de interpretaciones judiciales en este tema y también el de las partes contratantes que puede resultar ser muy subjetivos.

– **Regulación de la Ley 489 de 1998:**

En este punto en particular, que cursa en el Consejo de Estado, se propone, que el Gobierno derogue expresamente el artículo que elimina el proceso competitivo para la celebración de convenios de asociación, cuando se comprometan recursos de particulares por un valor no inferior al 30% del convenio, o que en un nuevo decreto simplemente que se expida, no se haga referencia a este tema.

No se puede justificar la usurpación de competencia del Congreso de la República. El Gobierno no fue delegado para regular aspectos propios de la Ley 489 de 1998; simplemente se dijo que estos convenios de asociación se celebrarían de la misma manera en que el Gobierno hiciera regulación a los contratos de interés público del artículo 355 de la Constitución.

– **La orientación de contratos con ESAL a través de una Guía de contratación**

Sobre este punto el Gobierno Nacional también excede su competencia. Es cierto que la expedición de una Guía por parte de Colombia Compra Eficiente puede servir para dinamizar los procesos de contratación; pero esto no puede justificar una incoherencia del orden jurídico.

No se critica el objetivo del Gobierno por tener un fin loable, así mismos lo anteriormente descrito no es excusa para violar las competencias que le fueron otorgadas, y menos, si se trata de competencias netamente constitucionales.

El Gobierno deberá delimitar las etapas de contratación y definir todos los criterios para determinar la reconocida idoneidad en un decreto autónomo; sobre todo esto último, debido a que genera una exigencia constitucional, siendo una garantía de aplicación directa

para los particulares, además del control judicial que se le puede hacer a este acto de la Administración.

Los gobiernos se refieren mucho a la planeación, pero en este caso poco hacen en este aspecto, es un momento oportuno para planear acertadamente una nueva expedición de un Decreto que reemplace el 092 de 2017 y se regule con prospectiva social.

– **La regulación y constitución de garantías por entrega del dinero a la ESAL**

Los contratos del estado deben contar con garantías que protejan los recursos públicos, en tratándose de los contratos de interés público, existe un gran vacío como fue explicado en su momento. En este sentido, la regulación sobre garantías, debe permitir, no solo, la constitución de pólizas, sino además otras garantías reales y bancarias, dando plena claridad al cubrimiento que esta tendría para no confundirse con el anticipo o pago anticipado, por cuanto no constituye un préstamo ni mucho menos se está pagado por un servicio, por el contrario se está subvencionando una necesidad. El plazo de esta garantía sería por el valor entregado y lo que dure la liquidación del contrato.

– **La liquidación del Contrato**

Es fundamental exigir una liquidación bilateral, o unilateral, en su defecto, en los mismos términos y condiciones que exige el Estatuto Contractual de Colombia, con fundamento en las garantías de cumplimiento y entrega de dineros, y dejando claro el estado en el cual quedan las partes al finalizar el contrato.

Como corolario de lo anterior, es imperativo que se solucionen las inquietudes presentadas durante la presente investigación, que evidencian la falta de regulación por parte

del Gobierno Nacional en torno a la celebración de contratos de interés público con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, dejando una amplia zona de penumbras que pretenden ser solucionadas con remisiones normativas al sistema general de contratación pública que no contribuyen a respetar las circunstancias especiales y la intención fundamental que le asistió al Constituyente Primario Colombiano al consagrar este régimen excepcional de contratación en el artículo 355 de la Constitución. En algunas ocasiones, la indebida regulación se da por falta de normas aplicables para aspectos relevantes y en otras ocasiones se da porque se desborda la competencia recibida y se delega en una entidad que no hace parte del Gobierno, como lo es Colombia Compra Eficiente. Adicionalmente, se invade o extralimita la competencia del legislador en materia de regulación de convenios de asociación y se desconocen otros reglamentos. Con esto, se hace imperiosa una nueva regulación por parte del Gobierno Nacional.

Si bien el Decreto 092 de 2017, más allá de los vacíos de la demanda de nulidad en curso, puede seguir operando, se considera más pertinente la expedición de un nuevo decreto autónomo constitucional que respete la teleología de la norma constitucional y, asimismo, respete sus límites.

## Referencias

- Abril, F. A. (2018). Incidencia: la acción del Tercer Sector en la esfera política. *Revista Española del Tercer Sector*, 69-90.
- Acero, P. L. (2005). *El Juez de Control de Garantías*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Agudelo, B. N. (2014). *Estudio Preliminar y Notas a De los Delitos y de las penas*. Medellín: Ediciones Nuevo Foro.
- Agudo, C. M. (2015). Estudio histórico-jurídico de la inquisición: la sentencia inquisitorial. España: Universidad de la Rioja.
- Ambos, K. (2007). *Derecho penal del enemigo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arango, R. R. (2008). *Derechos Humanos como límite a la democracia*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Avella, F. P. (2007). *Estructura del Proceso Penal Acusatorio*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.
- Acero Pinto, L. R. (2005). *El Juez de Control de Garantías*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Alcaldía Mayor de Bogotá. (2011). Convenios de la administración pública. Guía de contratación estatal. Bogotá, Colombia.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2010). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. En M. Carbonell, & L. García Jaramillo, *El canon neoconstitucional* (págs. 97-110). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Amaya, L. (2016). *La violación al principio de la planeación en la contratación estatal. El cambio jurisprudencial y los efectos adversos que se Desprenden de la nueva postura*. Obtenido de <https://bit.ly/3h8zWzv>
- Aponte-Díaz, L. (2014). Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 177-207.
- Arocha-Alarcón, Y., & Pino-Ricci, J. (1997). *Régimen de contratación estatal: El equilibrio económico y financiero de los contratos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Asamblea Nacional Constituyente Francesa. (1789). Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano . Francia.
- Beltrán García, A. (2015). *Algunos temas sobre contratación estatal*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Benavides, J. L. (2004). *El contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia .
- Bernal-Pulido, C. (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Biblioteca Francisco de Vitoria. (s/f). *Préstamo y Devoluciones de libros* . Obtenido de <http://campus.usal.es/~vito/>
- BOE. (1995). *Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado*. Obtenido de <https://bit.ly/2YjACJS>
- Bonilla, A., Otero, M. d., & De Zubiría, N. (2016). Decretos autónomos, una posible facultad sui generis del Presidente de la República. *Univ. Estud. Bogotá*, 93-110.
- Bonorino, P. (2011). *Filosofía del Derecho y Decisión Judicial*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Botero-Bernal, A. (2014). *El positivismo jurídico en la historia*. Medellín: Sello Editorial, Universidad de Medellín.
- Botero-Marino, C. (2006). *La acción de tutela en el ordenamiento jurídico colombiano*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Braconnier, S. (2017). Los poderes unilaterales de la Administración en los contratos públicos. En A. Montaña Plata, & J. I. Rincón Córdoba, *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cancio Meliá, M. (2007). *Pena de muerte y política criminal. Anuario de Derecho Penal 2007*. Obtenido de <https://bit.ly/3f7Xfrw>
- Caracol Radio. (13 de Febrero de 2018). Corte abre investigación a más de 50 congresistas por 'mermelada'. Bogotá, Cundinamarca, Colombia.
- Cepeda-Espinoza, M. (2008). La ponderación de derechos en Colombia: el aporte de la Corte Constitucional. En E. Montealegre, *La ponderación en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Chávez Marín, A. R. (2008). *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Código Civil Colombiano. (1887). Artículo 1495. Colombia.



- Colombia Compra Eficiente. (s.f.). Guía de Colombia Compra Eficiente. Colombia.
- Colombia Compra Eficiente. (s.f.). *Síntesis: 1. Estapa precontractual: Principios de la contratación estatal*. Obtenido de <https://bit.ly/2ML45Xz>
- Comunidad Autónoma de Andalucía. (2016). *Ley 9*. Obtenido de <https://bit.ly/2YIVmAN>
- Comunidad Autónoma de las Illes Balears. (2018). *Ley 3*. Obtenido de <https://bit.ly/2Ygww5b>
- Confederación Colombiana de ONG. (2016). *Lo que hay que saber de las Entidades Sin Ánimo de Lucro*. Obtenido de <https://bit.ly/2MMoSde>
- Congreso de la República. (2004). *Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004)*. Obtenido de <https://bit.ly/2YfyKBW>
- Congreso de la República de Colombia. (1993). *Ley 80 de 1993*. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1998). *Ley 489*. Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2000). *Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000)*. Obtenido de <https://bit.ly/3fbov8f>
- Congreso de la República de Colombia. (2000). *Ley 610*. Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2002). *Ley 734*. Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2017). *Ley 7*. Colombia.
- Consejo de Estado . (24 de octubre de 2013). Sala de lo Contencioso Administrativo. *Sentencia del 24 de octubre de 2013*. Colombia.
- Consejo de Estado. (6 de Abril de 2011). Sala de lo Contenciosos Administrativo. *Sentencia del 6 de abril de 2011*. Colombia.
- Consejo de Estado. (18 de Septiembre de 2013). Sala de lo Contencioso Administrativo. *Sentencia del 18 de septiembre de 2013*. Colombia.
- Consejo de Estado. (20 de Octubre de 2014). *Sentencia del 20 de octubre de 2014*. Bogotá, Colombia.
- Consejo de Estado. (27 de enero de 2016). *Sentencia del 27 de enero de 2016*. Bogotá, Colombia.
- Córdoba Angulo, M. (s/f). La figura del interviniente en el Derecho Penal colombiano. *Derecho Penal Y Criminología*, 75(1), 71-96. Obtenido de <https://bit.ly/3dMF3Dz>
- Corte Constitucional . (2016). *Sentencia C-027* . Colombia.

- Corte Constitucional. (1991). Sentencia C-506. *M.P. Jorge Hernán Gil Echeverry*. Colombia.
- Corte Constitucional. (1992). Sentencia T-406. Colombia.
- Corte Constitucional. (1993). Sentencia C-021 . Colombia.
- Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-372. *M.P. Vladimiro Naranjo Mesa*. Colombia .
- Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-520. *M.P. Hernando Barrera Vergara* Corte . Colombia.
- Corte Constitucional. (1995). Sentencia C-031 . Colombia.
- Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-254 . Colombia.
- Corte Constitucional. (1998). Sentencia T-588 . Colombia.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-053 . Colombia.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-053 . Colombia.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-1168 . Colombia.
- Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-246 de 2004. Colombia.
- Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-620 . Colombia.
- Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-836 . Colombia.
- Corte Constitucional. (2012). Sentencia C-287. Colombia.
- Corte Constitucional. (2012). Sentencia T-244. Colombia.
- Corte Constitucional. (2013). Sentencia C-435 . Colombia.
- Corte Constitucional. (2015). Sentencia C-219. Colombia.
- Corte Constitucional. (2015). Sentencia C-621 . Colombia.
- Corte Constitucional. (2016). Sentencia C-192 . Colombia.
- Corte Constitucional. (2017). Sentencia C-113 . Colombia.
- Corte Constitucional. (2017). Sentencia SU-354 . Colombia.
- Cubides-Camacho, J. (2012). *Obligaciones*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- De la Torre, S. (22 de Enero de 2012). Los Monjes: algo para no olvidar. *El Mundo.com*.
- De Laubadere, A., Moderne, F., & Delvolve, P. (1983). *Traité des Contrats Administratifs*. . París: L.G.D.J.

- De Solano, F. (1984). *Cedulario de tierra, compilación de legislación agraria colonial 1497-1820*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Dinero. (27 de Septiembre de 2017). *Las 3 ONG más innovadoras y de mayor impacto social en Colombia, según Google*. Obtenido de <https://bit.ly/2BQRX5h>
- Dougnac-Rodríguez, A. (1994). *Manual de historia del derecho indiano*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Duque Botero, J. D. (2016). La contratación de la administración pública. En H. A. Arenas Mendoza, *Instituciones de derecho administrativo*. Bogotá: Ibáñez .
- Durán-Acosta, V., & Montenegro-Ceballos, A. (2002). *Partidas de Inversión Social Regional*. Bogotá D.C., Cundinamarca, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Estado de Antioquia. (03 de Mayo de 1812). *Constitución del Estado de Antioquia*. Santa fé de Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Imprenta de Bruno Espinosa.
- Estado de Cartagena de Indias. (14 de Junio de 1812). *Constitución Política del Estado de Cartagena de Indias*. Cartagena de Indias, Colombia.
- Estado de Cundinamarca. (14 de Abril de 1811). *Constitución de Cundinamarca*. Santa fe de Bogotá , Cundinamarca, Colombia: Imprenta patriótica de D. Nicolás Calvo y Quixano.
- Estado de la Nueva Granada. (1832). *Constitución Política del Estado de la Nueva Granada*. Obtenido de <https://bit.ly/2A9r7oE>
- Estado de Mariquita. (3 de Marzo de 1815). *Constitución del Estado de Mariquita*. Santa fe de Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Imprenta del Estado.
- Estado Libre de Neiva. (1815). *Constitución del Estado Libre de Neiva*. Estado Libre de Neiva, Colombia.
- Estados Unidos de Colombia. (8 de Mayo de 1863). *Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia*. Colombia.
- Estepa Domínguez, F. (2012). *La responsabilidad penal en la persona jurídica*. Obtenido de <https://bit.ly/2AitwNF>
- Federación Antioqueña de ONG. (s.f.). Obtenido de <https://faong.org>
- Franco-Gutiérrez, O. (2000). *La contratación administrativa*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Gaitán Sánchez, Ó. M. (2014). *Guía práctica de las entidades sin ánimo de lucro y del sector solidario*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.

- García de Enterría, E., & Fernández, T. (2002). *Curso de Derecho Administrativo - Tomo I*. Madrid: Civitas.
- García Trevijano-Fos, J. A. (1991). *Los actos administrativos*. Madrid: Civitas.
- Garzón-Blanco, J. A. (1988). La política alimentaria desde trajano a Antonio Pío en la propaganda numismática. . *Studia historica. Hsitoria antigua*. , 165-174.
- Gimeno Feliú, J. M. (12 de Marzo de 2018). *Entra en vigor la nueva Ley de Contratos del Sector Público: ¡aprovechemos la oportunidad para avanzar hacia una contratación abierta!* Obtenido de Observatorio de Contratación Pública : <https://bit.ly/30p1ZF1>
- Gobierno de Aragón. (2016). *Decreto-Ley 1*. Obtenido de <https://bit.ly/2A8hzu1>
- Gobierno de España. (s.f.). La organización territorial. Las Comunidades Autónomas y las ciudades con estatuto de autonomía. España.
- Gobierno de Islas Baleares. (s.f.). Guía sobre contratación pública. Islas Baleares.
- Gómez Pavajeau, C. (2017). *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez-Buendía, H. (2003). Auxilio, parlamentarios. *Semana*.
- Gómez-Pavajeau, C. (2016). *Aspectos liberales y sociales del derecho penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Gutiérrez-Beltrán, A. (2007). *El bloque de constitucionalidad – Conceptos y fundamentos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hart, H. (1963). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Herrera Barbosa, B. (1997). Principios de la contratación estatal. En J. Pino Ricci, *Régimen de contratación estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Herrera Robles, A. (2000). La personalidad jurídica del Estado . *Revista de Derecho*, 121-137.
- ICCP. (s.f.). *Contratación pública con entidades sin ánimo de lucro y conciertos sociales*. Obtenido de <https://bit.ly/30pZaUf>
- ICCP. (s.f.). *Generaitat Valenciana. Decreto Ley 7/2016: acción concertada para la prestación de servicios en el ámbito sanitario (mediante entidades sin ánimo de lucro)*. Obtenido de <https://bit.ly/2XOXGRM>
- Iglesias, J. (1997). *Derecho romano. Historia e instituciones* . Barcelona: Ariel S.A.
- Jefatura de Estado. (2015). Ley Orgánica 1. España.

- Jefatura del Estado. (2010). *Boletín Oficial del Estado No. 152*. Obtenido de <https://bit.ly/37hmO6Q>
- Kelsen, H. (1986). *Teoría pura del derecho*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Las 2 Orillas. (20 de Julio de 2017). Cuando Ñoño Elías y Musa Besaile mandaban en Colombia desde su pueblo Sahagún.
- López-Medina, D. (2006). *Interpretación Constitucional*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- López-Medina, D. (2006a). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Editorial Legis.
- Marín-Chávez, A. R. (2008). *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Marín-Hernández, H. (2007). *Discrecionalidad administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Martínez Rave, G. (2006). *Procedimiento penal colombiano sistema acusatorio*. Bogotá: Temis.
- Matallana Camacho, E. (2009). *Manual de contratación de la administración pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ministerio de Economía y Hacienda. (14 de noviembre de 2011). Real Decreto Legislativo 3/2011. España.
- Miranda Canales, M. (2007). *Derecho de los contratos*. Bogotá: Ediciones Jurídicas.
- Montesquieu, C. (1906). *El espíritu de las leyes*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Mora Sanabria, C. A. (2015). Los principios constitucionales aplicados en los modos de selección en Colombia. Bogotá, Colombia: Universidad Santo Tomás.
- Morand-Deviller, J. (2010). *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Mörner, M. (1970). *La Corona Española y los foráneos en los pueblos de indios de América*. Estocolmo: Almqvist Wiksell.
- Muro-Orejón, A. (1956). *Cedulario Americano del Siglo XVIII*. Sevilla: Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla.
- Mutis-Vanegas, A., & Quintero-Múnera, A. (2000). La contratación estatal: análisis y perspectivas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

- Naciones Unidas. (2015). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Obtenido de <https://bit.ly/3dOp7AC>
- Naranjo Cely, V. A. (2014). *Los convenios administrativos de asociación e interés público, entre el ejercicio del poder discrecional de la administración y la aplicación de los principios de la contratación estatal en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Naranjo Meza, V. (1997). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá: Temis.
- Ocampo-López, J. (1984). *Historia Básica de Colombia*. Bogotá: Plaza&Janes.
- Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Obtenido de <https://bit.ly/3cMvpPO>
- Organización de las Naciones Unidas. (2015). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Obtenido de [https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR\\_booklet\\_SP\\_web.pdf](https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf)
- Palacio Hincapié, J. Á. (1997). *La contratación de las entidades estatales*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.
- Palacios Oviedo, M. (2016). Principios de la contratación estatal aplicables a los reglamentos especiales de contratación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario .
- Parejo-Alfonso, L. (2007). Estudio preliminar: interés público como criterio de control de la actividad administrativa . En H. Marin-Hernández, *Discrecionalidad administrativa* (págs. 27-43). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (26 de Febrero de 2014). Directiva 2014/23UE. España.
- Perdomo-Guerrero, C. (2014). Los convenios de la Administración y los contratos estatales son conceptos diferentes. Colombia: Observatorio Colombiano de Contratación Pública.
- Real Academia Española. (s.f.). Obtenido de <https://dle.rae.es/interés>
- República de Colombia. (5 de Mayo de 1830). Constitución de la República de Colombia. Colombia.
- República de Colombia. (5 de Agosto de 1886). Constitución Política de Colombia. Colombia.
- República de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, Cundinamarca, Colombia.

- República de Colombia. (26 de Agosto de 1992). Decreto 1403 . Colombia.
- República de Colombia. (18 de Mayo de 1992). Decreto 777. Colombia.
- República de Colombia. (18 de Enero de 2011). Ley 1437. Colombia.
- República de Colombia. (23 de Enero de 2017). Decreto 092 del 23 de enero de 2017. Colombia.
- República de Colombia. (2017). Ley 9. Colombia.
- República de la Nueva Granada. (1843). Constitución Política de la República de Nueva Granada. Colombia.
- República de Nueva Granada . (1853). Constitución Neogranadina. Colombia.
- Restrepo, J. C. (11 de Junio de 2014). Los cupos indicativos a la luz del derecho presupuestal. *Legis* .
- Revista Semana. (2017). *Lo que debe saber del escándalo de corrupción de Odebrecht*. Obtenido de Tendencias: <https://bit.ly/2MJQLml>
- Rodríguez C, A. (1994). ¿Qué es el interés público? A propósito de los “conceptos jurídicos indeterminados”. *Revista de Derecho Público de la Universidad de Los Andes*, 61-79.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2008). *Derecho Administrativo, General y Colombiano*. Bogotá: Temis.
- Rodríguez-Arana-Muñoz, J. (2009). *Aproximación al derecho administrativo constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ruiz Restrepo, A. (2016). *La re-definición de la Entidad Sin Ánimo de Lucro (ESAL) como entidad Con Ánimo de Alteridad (ECAAL) en el estatuto tributario colombiano*. Obtenido de <https://bit.ly/2UroepY>
- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. (19 de Septiembre de 2003). Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Bogotá, Colombia.
- Sánchez, C. A. (2004). *El acto administrativo, teoría general*. Bogotá: Legis.
- Santofimio Gamboa, J. O. (1998). *Tratado de derecho administrativo. Acto administrativo, eficacia y validez*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio-Gamboa, J. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo – Contratación Indevida, Tomo I.* . Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio-Gamboa, J. (2017). *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Sarmiento-Erazo, J. (2011). *El recurso extraordinario de unificación jurisprudencia, ¿hacia la instauración de un juez de casación en lo contencioso-administrativo?* . Bogotá: Vuniversitas.
- Sentencia 2156 de 26 de Marzo , Sentencia nº 11001-03-06-000-2013-00383-00 (Sala de Consulta 26 de marzo de 2014). Obtenido de <https://consejo-estado.vlex.com.co/vid/540344714>
- Socarras-Soto, R. E. (2017). Aplicabilidad de las cláusulas excepcionales en los contratos y convenios administrativos. *NUEVA ÉPOCA*, 203-224.
- Sociedades Bíblicas Unidas. (2005). *La Santa Biblia*. Obtenido de [http://www.nabiconsulting.co/biblia\\_reina\\_1960.pdf](http://www.nabiconsulting.co/biblia_reina_1960.pdf)
- Tejedor Bielsa, J. (26 de Enero de 2015). *Entidades sin ánimo de lucro, contratos “in house” y reserva legal de contratos*. Obtenido de Observatorio de Contratación Pública : <http://www.obcp.es/opiniones/entidades-sin-animo-de-lucro-contratos-house-y-reserva-legal-de-contratos>
- Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, Á. (2015). *Derecho Civil. De las obligaciones* . Bogotá: Temis.
- Vidal Perdomo, J. (1985). *Derecho constitucional general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Younes-Moreno, D. (1993). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Editorial Legis.