

**Limitaciones excesivas a los convenios de asociación y su diferencia con las
asociaciones permitidas en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la
Constitución Política**

Trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Derecho Público para la Gestión
Administrativa

Daniel Fernando Mrad García

Carlos Enrique Perdomo Guerrero

Abogado, Magister en Derecho Pública para la Gestión Administrativa

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Maestría Derecho Público para la Gestión Administrativa

Bogotá D.C.

12 de mayo de 2017

Tabla de contenido

Resumen	4
Introducción	5
Objetivos.....	8
Justificación.....	10
Mapa conceptual del trabajo de grado	13
Capítulo I. Asociaciones entre entidades públicas y privadas.....	14
1.1. El nuevo rol de los particulares en la acción estatal	17
1.2. Antecedentes de la relación entre Estado y particulares para el cumplimiento de actividades de interés general	20
1.3. Los convenios del Estado y su colaboración con los particulares.....	22
1.4. Asociaciones permitidas en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución)	27
1.5. Convenios de asociación (Artículo 96 de la Ley 489 de 1998).....	38
1.6. Diferencias y similitudes entre los convenios de interés públicos y los convenios de asociación	46
1.7. Convenios de interés público y convenios de Asociación. Figuras similares, pero comúnmente confundidas.....	54
Capítulo II. Facultad reglamentaria y potestad reguladora	62
2.1. Facultades reglamentarias	63

Limitaciones excesivas a los convenios de asociación y su diferencia con las asociaciones permitidas en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política 3

2.2. Potestad reguladora	66
Capítulo III. Expedición del <i>Decreto</i> 092 de 2017	68
Capítulo IV. Nulidad simple del artículo 5° del <i>Decreto</i> 072 de 2017	70
Conclusiones.....	76
Referencias	79
Anexos: Proyecto demanda.....	88

Resumen

“El bien común es asunto de todos y cada uno, conforme su nivel de conciencia y de competencia” (Pompey, 1980). Esta es la premisa que fundamenta la interacción entre Estado y particulares, a partir de la *Constitución* de 1991, en la que el particular asume un rol activo en la acción estatal, dejando de ser de exclusiva competencia del Estado, y el bien común pasa a ser un asunto de todos. Esto ha sido el fundamento por el cual el Estado ha venido estructurando una serie de figura jurídicas orientadas a articular el trabajo colaborativo entre el sector público y privado que garanticen el trabajo en equipo y conlleven al cumplimiento de actividades que, de manera directa, contribuyan a la construcción del interés general (Tafur, 2011). En el presente trabajo se hará referencia principalmente a las asociaciones realizadas en virtud del artículo 355 de la *Constitución* y aquellas del artículo 96 de la *Ley* 489. Se esclarecerá, en primer lugar, cómo se han venido confundiendo ambas modalidades al punto de entenderlas como una misma figura y, en segundo lugar, cómo el Gobierno, en un intento por reglamentar la materia, se extralimita en sus funciones y generó limitaciones excesivas a los convenios de asociación. En este sentido se presentará un proyecto de demanda de nulidad contra el artículo 5° del *Decreto* 092 de 2017, el cual busca por un lado sacar el ordenamiento jurídico esta norma, y por el otro, generar una discusión que aclare el panorama frente a estas asociaciones.

Palabras clave: Convenio de asociación, convenio de interés público, facultad reglamentaria, potestad reguladora, medio de control de nulidad.

Introducción

La colaboración entre Estado y particulares se ha venido presentado desde la *Constitución* de 1886, la cual ha sido reafirmada y reforzada en la Carta de 1991, en donde desde los principios y derechos constitucionales se ha reforzado la idea del trabajo conjunto en donde el particular asume un papel activo en el cumplimiento de la acción estatal. Este rol participativo del particular en impulsar actividades relacionadas con el interés general se ha venido desarrollando en el ordenamiento jurídico colombiano como una forma de trabajo conjunto; en algunos casos con objetivos comunes (convenios) y en la gran mayoría con objetivos distintos (contratos). En el presente trabajo se hará referencia a aquellos casos en los que entidades públicas y privadas deciden unir esfuerzos y trabajar de manera articulada para trabajar en el desarrollo de “Actividades que de manera directa redundan en el interés general, en el interés público” (Tafur. 2011), específicamente en lo referente a los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y las asociaciones permitidas en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la *Constitución*. Estas figuras jurídicas han generado grandes controversias no solo por el desarrollo práctico, sino por la confusión en la comprensión de su concepto, situación que ha llevado a que incluso la Corte Constitucional y el Consejo de Estado las identifiquen como una misma figura.

Estos dos tipos de asociaciones han tenido un desarrollo normativo que han generado grandes discusiones e interpretaciones, las cuales se deben al alcance de la remisión que realiza el artículo 96 de la Ley 489 al artículo 355 de la *Constitución*, remisión que ha generado confusión en su interpretación, dificultad en la su aplicación de ambas figuras, principalmente de los convenios de asociación, al punto que se ha perdido la esencia de estas

figuras tal y como las concibió el legislador, afirmación que será desarrollada en el capítulo I del presente trabajo.

Frente a los problemas presentados en el desarrollo de estas figuras, el Gobierno Nacional expidió unas directrices para su desarrollo, mediante el *Decreto* 092 del 23 de enero de 2017. Por un lado, se refiere a la contratación que se pretenda adelantar en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la *Constitución* en donde se señalan las calidades con las que debe contar el particular asociado, así como una nueva modalidad de selección para la escogencia del contratista, retomando el concepto de “contrato” para estas asociaciones, que como se presentará en el trabajo no es el adecuado para referirse a este tipo de trabajo colaborativo entre particulares y privados; y por el otro, se refiere a los convenios desarrollados en virtud del artículo 96 de la *Ley* 489 de 1998, es decir, los convenios de asociación en donde el Gobierno Nacional se extralimitó en su función reglamentaria al vulnerar el fin y el sentido de la *Ley* 489, estableciendo restricciones adicionales para la suscripción de estos convenios, a las señaladas en la norma.

Esta extralimitación del Gobierno Nacional no solo adolece de nulidad, sino que puede llegar a entorpecer este rol activo y colaborativo de los particulares en la acción estatal, generando efectos negativos incluso para el propio Estado.

Para el desarrollo del presente documento se ha determinado la siguiente estructura: en el capítulo primero se hará referencia a las asociaciones público-privadas, específicamente a las desarrolladas en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la *Constitución* y del artículo 96 de la *Ley* 489 de 1998, figuras comúnmente entendidas como una sola por la jurisprudencia y la doctrina, pero que a partir del concepto de convenio, los y los ejemplos

prácticos de cada una de estas figuras se demostrará que son conceptos que aunque presentan similitudes son diferentes.

En el capítulo segundo, se señalarán la facultad reglamentaria y la potestad reguladora del Gobierno Nacional, su definición, diferencias y campo de aplicación. En el capítulo tercero se hará una breve exposición de lo que puede generar una deficiente reglamentación, específicamente en el caso del *Decreto* 092 de 2017, en lo referente a los convenios de asociación. Se puntualizará cómo además de ir en contra del espíritu del legislador, se estaría perjudicando al propio Estado colombiano con esta norma.

En el último capítulo se explicará la aplicación del medio de control de nulidad simple al artículo 5° del *Decreto* 092 de 2017, en razón a la extralimitación de la facultad reglamentaria por parte del Gobierno nacional en lo referente a los convenios de asociación celebrados en virtud del artículo 96 de la *Ley* 489 de 1998, con lo cual se busca no solo sacar del ordenamiento jurídico esta norma sino reabrir el debate sobre la diferenciación de estas dos figuras y el alcance de la remisión normativa del artículo 96.

Una vez desarrolladas todas las temáticas señaladas anteriormente, se presentarán unas conclusiones generales y, adicionalmente, como producto final del presente trabajo de grado, el proyecto de demanda de nulidad simple contra el artículo 5° del *Decreto* 092 de 2017.

Objetivos

El objetivo principal del presente trabajo de grado se centra en demostrar como los convenios de interés público (asociaciones realizadas en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la *Constitución*) y los convenios de asociación, son comúnmente confundidos por la jurisprudencia y la doctrina como una misma figura, pero que a pesar de estos son mecanismos diferentes, con condiciones y finalidades independientes; confusión que generó que el Gobierno Nacional por medio del *Decreto* 092 de 2017, específicamente del artículo 5°, se extralimitara en la facultad reglamentaria que tiene frente a los convenios de asociación.

Como consecuencia de este objetivo se entregará como producto una demanda de nulidad contra el artículo 5 del *Decreto* 092 de 2017, con dos finalidades, por un lado, sacar del ordenamiento jurídico esta norma que limita el desarrollo de los convenios de asociación y, por el otro, generar una discusión jurídica sobre la diferencia entre ambas figuras y el alcance de la remisión normativa que realiza el artículo 96 de la *Ley* 489 al artículo 355 de la *Constitución*, factor determinante para la confusión entre ambas asociaciones.

Como objetivos específicos del presente trabajo se cuentan con los siguientes:

- Presentar el nuevo rol de los particulares como parte activa del desarrollo de la actividad estatal, haciendo referencia a los antecedentes de las asociaciones entre el Estado y particulares, así como el fundamento normativo vigente.
- Presentar las implicaciones prácticas de una indebida regulación de los convenios de asociación.

- Diferenciar las asociaciones desarrolladas en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la *Constitución* y aquellos convenios celebrados en virtud del artículo 96 de la *Ley* 489 de 1998. Si bien el producto principal de este trabajo se centra en la presentación de la demanda de nulidad señalada anteriormente, esta diferenciación de conceptos es de vital relevancia para la comprensión del tema expuesto en el presente documento.
- Presentar ejemplos prácticos de las dos formas de asociación a las que se refiere en presente trabajo con el fin de dar claridad al lector sobre su diferencia.
- Presentar las diferencias que existen entre la facultad reglamentaria y la potestad reguladora que tiene el Gobierno nacional, esto con el fin de evidenciar la extralimitación en la expedición del artículo 5° del *Decreto* 092 de 2017.

Justificación

A partir de la *Constitución* de 1991 en la que se consagra un Estado social y democrático de Derecho, se otorgaron deberes y obligaciones a cargo del Estado, la sociedad y las personas que vista desde una perspectiva general se encuentran todas orientadas al bienestar de la comunidad (Tafur, 2011). Todo esto reafirma la nueva concepción de un particular activo y colaborativo en el desarrollo de la acción estatal y en la búsqueda del interés general. Esta nueva faceta ha permitido que el particular apoye el desarrollo de las actividades del Estado, y en igual medida trabajen de manera conjunta en finalidades que interesan a ambas partes, reconociendo la carga que tiene en su labor social y en la búsqueda del bien común.

Esta colaboración que se presenta como consecuencia del nuevo rol que tiene el particular requiere de una correcta regulación que permita un verdadero trabajo en equipo de manera que se beneficien ambas partes y se contribuya a la búsqueda del interés general, del bien común. Con el fin de articular la participación del particular, el ordenamiento jurídico ha establecido diferentes figuras por medio de las cuales pueden trabajar de manera conjunta, sin embargo, para efectos del presente trabajo me centraré específicamente en dos: las contenidas en el artículo 96 de la *Ley* 489 de 1998 (convenios de asociación) y las desarrolladas en virtud del artículo 355 de la *constitución*.

Si bien es cierto estas figuras no han presentado mayor desarrollo normativo¹ y la poca normatividad fue expedida hace casi 20 años o más (sin contar el *Decreto* 092 de 2017

¹ Con respecto a las asociaciones realizadas de conformidad con el artículo 355 de la *Constitución* su desarrollo se presentó con la expedición el *Decreto* 777 de 1992, modificado por el *Decreto* 1403 de 1993 y el *Decreto* 2459 de 1993, y solamente hasta enero de 2017 con la expedición del *Decreto* 092 se presentó una nueva

que, como se ha señalado, no aclara el panorama sino por el contrario dificulta el desarrollo de estos programas al establecer limitaciones para su ejecución como las contenidas en el artículo 5°), son figuras comúnmente utilizadas por las entidades públicas para el desarrollo de diferentes actividades de interés general.

Esta poca normatividad y la falta de adecuación de estas figuras al contexto actual del país han generado que su utilización se preste para generar un detrimento patrimonial del Estado. En palabras del presidente Juan Manuel Santos “Las ONG’s son responsables de “la pérdida y desviación de billones de pesos que son recursos generalmente destinados a la población más vulnerable”” (Santo, ctd, en Caracol Radio, 2016, octubre 26, párr. 2), haciendo referencia a la contratación realizada con entidades sin ánimo de lucro por medio de los convenios de asociación y aquellos del artículo 355 de la *Constitución*.

El problema con estos tipos de asociación es más grave cuando se confunden estas dos figuras, no solo por la jurisprudencia sino por algunos doctrinantes (como se expondrá al final del Capítulo I del presente trabajo), lo cual perjudica su desarrollo toda vez que, como se evidenciará a lo largo del trabajo, si bien ambas figuras buscan el desarrollo de actividades encaminadas al bien común, ambas presenten diferencias significativas. Por ejemplo, las dos asociaciones buscan trabajar con particulares de distinta naturaleza², o en un caso se pueden desarrollar solo actividades enmarcadas en el Plan Nacional de Desarrollo o en los Planes

reglamentación que como se demostrará a lo largo del presente trabajo limita en exceso el desarrollo de estas figuras.

Frente a los convenios de asociación el caso es muy similar, la única normatividad que reglamente la materia es el artículo 96 de la *Ley* 489 de 1998 y posteriormente el *Decreto* 092 de 2017.

² Las asociaciones de conformidad con el artículo 355 de la *Constitución* se desarrollan con entidades sin ánimo de lucro, mientras que aquellas del artículo 96 de la *Ley* 489 se pueden desarrollar con cualquier persona jurídica particular.

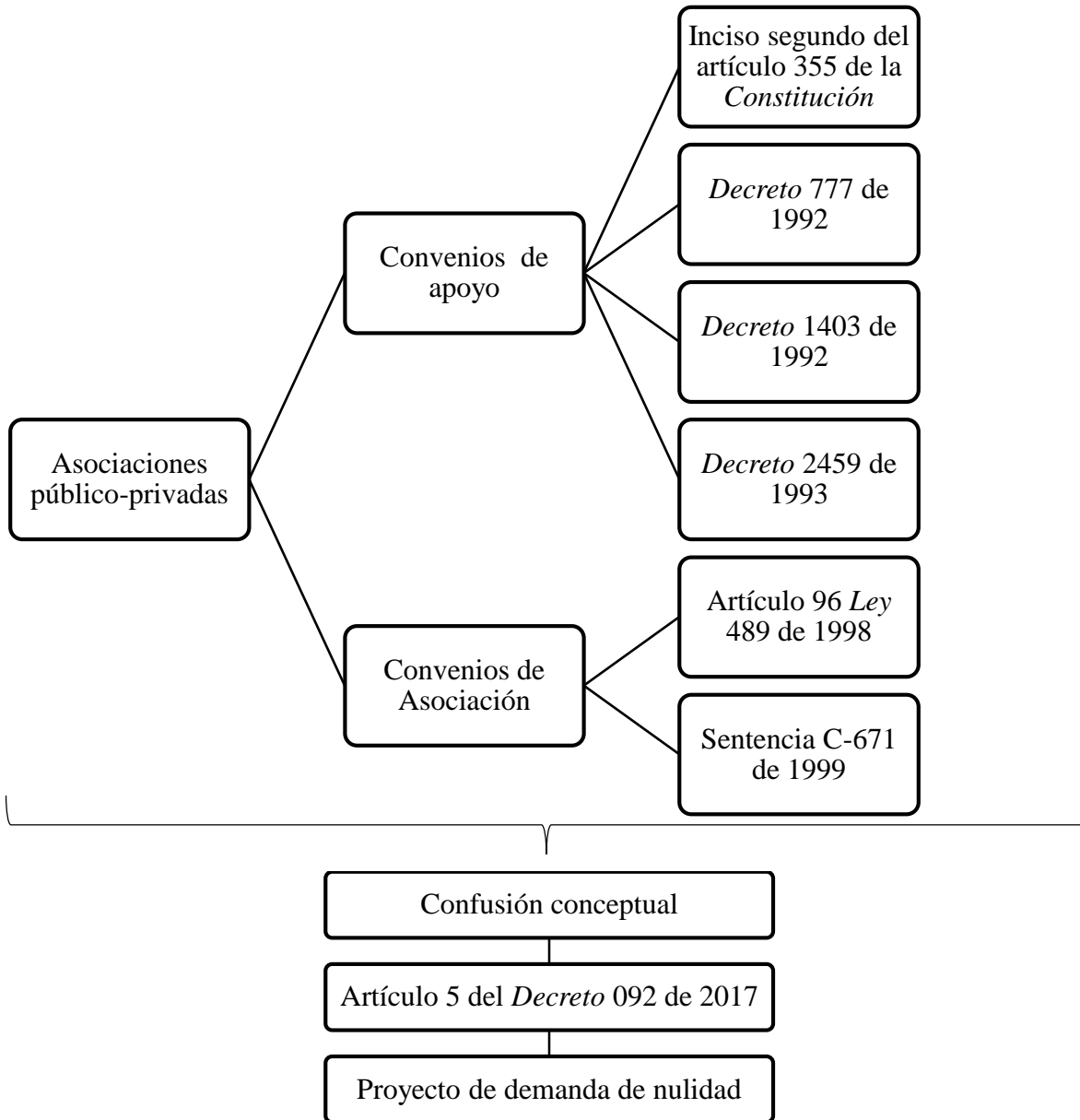
departamentales o municipales, mientras que en el otro no existe esta limitación. Estas diferencias son de vital importancia para entender cómo es posible articular la colaboración entre Estado y privados desde las diferentes actividades y naturaleza de las partes, y abrir puertas para nuevos proyectos.

Ahora bien, el Gobierno Nacional con el fin de mitigar el problema de pérdida de recursos que se presentaba con estas asociaciones expidió el *Decreto* 092 de 2017 en donde reconoce tácitamente que son figuras distintas y por lo tanto las reglamenta parcialmente de manera separada. Pese a los esfuerzos del Gobierno esta reglamentación no soluciona este problema, sino que, por el contrario, limita el desarrollo de estas figuras y pone en riesgo las asociaciones entre el Estado y particulares; como se verá en el Capítulo III en donde se expondrá las consecuencias de una indebida reglamentación.

Todo lo anterior es el fundamento por el cual el presente trabajo no solo busca realizar una diferenciación entre los convenios de asociación y las asociaciones realizadas en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la *Constitución*, figuras de gran implementación en la contratación pública, sino principalmente la elaboración de una demanda que elimine del ordenamiento jurídico las limitaciones excesivas impuestas a los convenios de asociación por medio del artículo 5° del *Decreto* 092 de 2017.

Adicionalmente, el correcto entendimiento de estos dos tipos de asociaciones permitirá su correcta ejecución, y en el caso concreto de los convenios de asociación facilitará el trabajo conjunto entre el sector privado, sin importar su ánimo de lucro, y el público para el desarrollo las funciones y cometidos asignados a las entidades estatales.

Mapa conceptual del trabajo de grado



Capítulo I.

Asociaciones entre entidades públicas y privadas

A partir de la *Constitución* de 1991, se estructuraron los cimientos normativos para el desarrollo de un trabajo colaborativo entre el Estado y particulares orientado al desarrollo de la acción estatal, específicamente a la búsqueda del bien común. Con el fin de cumplir este cometido el ordenamiento jurídico estableció diferentes figuras jurídicas entre las cuales se encuentran los denominados convenios de interés público y convenios de asociación, instituciones fundamentales para el desarrollo del presente trabajo.

Los convenios de interés públicos se encuentran consagrados en el inciso segundo del artículo 355 de la *Constitución*, mientras que los convenios de asociación en el artículo 96 de la *Ley* 489 de 1998. En principio y de una lectura general es posible entender que se trata de dos conceptos diferentes, con características y finalidades independientes; sin embargo, la jurisprudencia, la doctrina e incluso el mismo Gobierno Nacional tiene posiciones encontradas sobre la tesis acerca de si son una misma figura o son conceptos independientes.

Esta discusión, que poco desarrolla ha tenido como se evidenciará en el presente trabajo, se genera a partir de la remisión normativa que realiza el artículo 96 de la *Ley* 489 de 1998 al artículo 355 de la *Constitución*. Esta remisión señala que los convenios de asociación (*Ley* 489) se deben desarrollar de conformidad a lo establecido en el artículo 355, el cual que hace referencia a los convenios de interés público, lo cual ha sido interpretado por algunos como una directriz que asemeja ambas figuras.

La Corte Constitucional ha señalado de manera general que son figuras similares, con las mismas características y requisitos de ejecución en razón a la remisión normativa. Por su

parte el Consejo de Estado no ha sido tan claro en su posición, la sección tercera en algunos de sus fallos proferidos incluso por la misma Consejera Ponente no ha desarrollado a fondo el asunto, y ha planteado posiciones contrarias; por un lado, hace referencia que la remisión normativa de cierta forma asemeja ambas figuras y señala que ambas deben cumplir con los mismos requisitos para su ejecución, y por el otro, señala que los convenios de asociación tienen una características particulares. De igual forma, la Sala de Consulta del Consejo de Estado ha emitido conceptos que hacen referencia a posiciones que confunden ambas asociaciones como una sola figura.

Por su parte, doctrinantes como Augusto Ramón Chávez sostiene que son figuras diferentes pero que al presentarse la remisión normativa y teniendo en cuenta la posición de la Corte Constitucional, se debe seguir la tesis acerca de la similitud entre ambas asociaciones. En este mismo sentido Carlos Enrique Perdomo señala si bien la Corte Constitucional y el Consejo de Estado tiene posiciones acerca de la similitud de estas instituciones, su tesis no es de obligatorio cumplimiento y por lo tanto no se pueden confundir como una misma figura.

Esta posición acerca de la diferencia entre ambas figuras es retomada por el Gobierno Nacional en donde señala expresamente en el artículo 5 del *Decreto* 092 de 2017 que se trata de dos conceptos independientes, sin embargo, como se verá en el desarrollo del trabajo el artículo adolece de nulidad por violar el sentido del artículo 96 de la *Ley* 489 de 1998 al establecer limitaciones excesivas a los convenios de asociación.

Toda esta discusión y teorías acerca de la similitud o diferencia entre ambas figuras es el eje central del presente trabajo en donde se concluirá que, aunque estos conceptos

presentan algunas similitudes son diferentes. Para llegar a esta conclusión se presentará en el presente capítulo una explicación del nuevo rol de los particulares en el cumplimiento de la acción estatal como justificación a la posibilidad de asociarse el Estado y los particulares, y en este sentido señalar los antecedentes generales de las asociaciones a partir de lo consagrado en la *Constitución* de 1886 como elemento fundamental para contextualizar no solo sobre la posibilidad de asociarse sino la prohibición expresa de otorga donaciones en virtud de estas asociaciones.

Se presentará el concepto de convenio y su rol para garantizar el trabajo colaborativo entre el sector público y privado, lo cual sirve de antecedente para explicar las dos figuras fundamentales del presente trabajo, es decir, los convenios de asociación y los de interés públicos presentando una definición de cada uno de ellos, sus características, similitudes y diferencias, concluyendo con las posiciones acerca de la confusión presentada por la remisión normativa.

Con todo esto se busca contextualizar acerca de estas dos figuras y la confusión jurisprudencial, doctrinal y normativa frente estas, y como este problema generó que el Gobierno Nacional excediera su facultad reglamentaria con la expedición del *Decreto* 092 de 2017, razón por la cual se presentará al final del presente trabajo una acción de nulidad contra el artículo 5 de este *Decreto* que permita sacar del ordenamiento jurídico esta norma y abra nuevamente la discusión acerca del alcance de la remisión normativa y por lo tanto de la similitud de estas dos figuras.

1.1.El nuevo rol de los particulares en la acción estatal

Con la expedición de la *Constitución* de 1991 Colombia pasó de un Estado de Derecho a un Estado Social y Democrático de Derecho, lo cual no solo trajo consigo una transformación estructural, sino que impuso deberes y obligaciones a los particulares, a la sociedad y al Estado; cargas que si se analizan de manera detenida se evidencia una relación clara entre ellas al estar encaminadas al “Progreso y bienestar de la comunidad” (Tafur, 2011).

Con esta nueva normativa se reafirma el papel que históricamente han tenido los particulares como sujetos no solo pasivos en la actividad estatal, sino como figuras activas y participativas que trabajan de manera conjunta con el Estado para la búsqueda del bien común; concepto que no es de exclusiva competencia de la administración. La actividad del particular es tan amplia en nuestra normativa que va desde la prestación de un servicio público hasta la vigilancia de la gestión pública, como es el caso de las veedurías ciudadanas.

Este nuevo rol activo que ha asumido el particular ha surgido de iniciativas propias que nacen de la libertad de asociación con la que estos gozan y la decisión libre de colaborar con la administración a través de diferentes figuras jurídicas que ha establecido la normativa para tal fin.

Desde el preámbulo y el artículo 1 de la *Constitución* se establece a Colombia como un Estado participativo, lo cual se traduce en la inclusión que se le hace al particular para que se vincule de manera directa y contribuya desde sus diferentes roles a la construcción de la

Nación. Todo esto es reafirmado por los fines esenciales del Estado³, entre los cuales se encuentra “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”. Queda claro, entonces, que el Estado y el particular están llamados a trabajar de la mano por el desarrollo de diferentes iniciativas encaminadas al interés público, con lo cual se traduce en que los particulares, bien sea como personas naturales o como persona jurídicas, gozan de protección constitucional para contribuir a las actividades propias del Estado, quedando éste obligado a aceptar el apoyo que provenga de las iniciativas privadas que se encuentre relacionadas con sus fines, cuando este así lo requiera.

En igual sentido se ha referido la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones. Por ejemplo, frente a la participación ciudadana cuando se está en presencia de veedurías ciudadanas, señaló lo siguiente (C. Constitucional, C- 1338, 2000):

Mirada desde el punto de vista de la dogmática constitucional, la participación ciudadana es un principio fundamental que ilumina todo el actuar social y colectivo en el Estado social de derecho, y que, en relación con el régimen constitucional anterior, persigue un incremento histórico cuantitativo y cualitativo de las oportunidades de los ciudadanos de tomar parte en los asuntos que comprometen los intereses generales. Por ello mismo, mirada desde el punto de vista del ciudadano, la participación democrática es un derecho-deber, toda vez que le concede la facultad y a la vez la responsabilidad de hacerse presente en la dinámica social que involucra intereses colectivos. Esa facultad no se circunscribe a los procesos propiamente

³ Los fines del Estado colombiano se encuentra consagrado en el artículo 2 de la *Constitución*.

políticos, y su ejercicio debe estar adecuadamente garantizado, pues así lo exigen las mismas normas superiores.

Esta participación del particular considerado como un deber y un derecho que adquirieron con la expedición de la *Constitución* de 1991 goza de especial protección, a través de diferentes artículos de la constitución y de las regulaciones expedidas en el mismo sentido en donde se refirma la importancia de este nuevo actor en la construcción de un país.

El nuevo rol que trajo consigo la nueva Carta Política para los particulares y la sociedad en el desarrollo de la acción estatal ha dado lugar a la creación de diferentes figuras jurídicas para el cumplimiento de este fin. Es por esto que la *Constitución* a lo largo de su texto establece normas que permiten y protegen las posibles asociaciones que se podrán desarrollar en el ordenamiento jurídico colombiano, por ejemplo, el artículo 38 garantiza de manera general el derecho a la libre asociación. En igual sentido el inciso segundo del artículo 103 señala que el Estado “Contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales”. Estas normas constitucionales se traducen en la libertad de asociarse libremente sobre los fines que determinen los particulares con las únicas limitaciones que señale la ley, e igualmente se entiende como el derecho que tienen las personas a no ser obligados a asociarse o a permanecer dentro de alguna asociación (Tafur, 2011), todo lo cual se encuentra amparado por el artículo 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁴ y el artículo 22 del Pacto Internacional de

⁴ La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue promulgada mediante la Resolución No. 217 A el día 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Derechos Civiles y Políticos⁵, documentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad colombiano.

Como se ha señalado, a partir de 1991 se estableció un nuevo rol para la sociedad y en especial para los particulares en el desarrollo de la acción estatal, sin embargo, para entender esta nueva posibilidad trabajo colaborativo es necesario entender algunos de los antecedentes de la relación entre el Estado y particulares, específicamente frente a la posibilidad de la ejecución de actividades orientadas al interés general por parte de los particulares, los cuales se desarrollarán en el siguiente numeral.

1.2. Antecedentes de la relación entre Estado y particulares para el cumplimiento de actividades de interés general

Si bien es cierto a partir de la *Constitución* de 1991 el particular dejó a un lado el rol pasivo que tenía en la acción estatal y empezó a tener una mayor relevancia en la búsqueda del interés general, desde a *Constitución* de 1886 se contempla la asociación entre el Estado y particulares, aunque de manera menos colaborativa. El numeral 18 del artículo 76 de esta *Carta* establecía que el Congreso de la República por medio de las leyes podía “Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulos y apoyo”, posteriormente por medio del *Acto Legislativo* No. 1 de 1945 adición al numeral 18 las palabras “Con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes”. De igual forma el artículo 185 establecía como funciones de las Asambleas “Dirigir y fomentar, por medio de ordenanzas y con los recursos

⁵ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado mediante la Resolución No. 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

propios del Departamento, la instrucción primaria y la beneficencia, las industrias establecidas y la introducción de otras nuevas”.

Posteriormente, con la expedición el *Acto Legislativo* No. 1 de 1968 se reafirma la facultad que tiene el Congreso y las Asambleas para otorgar estos auxilios, lo que deja claro la posición del Gobierno Nacional y Departamental de trabajar de la mano con los particulares e incentivar el sector privado.

Pese al interés del Gobierno en entregarle recursos públicos a los particulares para el desarrollo de actividades benéficas orientadas a fortalecer necesidades de grupos en particulares, la realidad era que estos recursos no se invertían precisamente en fines altruistas sino eran desviados para otro tipo de actividades, muchas veces de beneficio personal⁶ (Corte Constitucional. 1999). Como una forma de solucionar este problema se presentó el *Proyecto de Acto Legislativo Reformatoria de la Constitución* en el año 1989 en donde se buscaba modificar el numeral 20 (anteriormente numeral 18) del artículo 76 de la *Constitución* de 1886 con el fin de limitar las donaciones y auxilios a los particulares, todo lo cual terminó con la expedición del artículo 355 de la *Constitución* de 1991, en donde se consagró 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”.

El principal problema, y uno de los fundamentos por los cuales se eliminaron estos auxilios se centran en la mala destinación de los mismos, y en la corrupción que se presentaba

⁶ Al respecto la Asamblea Nacional constituyente debatió esta circunstancia que terminó con la prohibición de estos auxilios o donación a favor de particulares, tal y como consta en la página 11 de la Gaceta Constitucional No. 77 de 20 de mayo de 1991.

al momento de decretarlos, lo que generó que la opinión pública rechazara por completo esta figura. Al respecto se dijo (Gómez, Revisa Semana, 2003, mayo 12, párr. 1):

Claro que el desprestigio de los dichos auxilios es muy justificado y muy profundo. Justificado por una cadena larga de serruchos, desfalcos, fundaciones piratas y carreteras que pagó el fisco, pero nadie vio nunca. Y profundo, tan profundo que el pueblo soberano eligió 72 constituyentes con el único propósito inequívoco de acabar los auxilios.

Otro fundamento para la eliminación de esta figura, se centraba en la falta de control sobre estos recursos públicos entregados a particulares por medio de auxilios o donaciones, toda vez que estas figuras no permitían realizar un seguimiento a la destinación de los dineros, y por lo tanto quien los recibía no tenía la obligación legal de demostrar su correcta ejecución.

Como se mencionó anteriormente, estas razones son fundamentales para la expedición del artículo 355 de la *Constitución* y debe ser, en mi opinión, el fundamento dogmático de los convenios que suscriba el Estado con particulares. Teniendo claro estos antecedentes, es necesario entrar en el tema concreto y por lo tanto hablar de los convenios que suscribe el Estado con los particulares para el desarrollo de la acción estatal.

1.3.Los convenios del Estado y su colaboración con los particulares

Como se ha mencionado anteriormente, la colaboración entre el Estado y los particulares es fundamental para el desarrollo de la acción estatal, razón por la cual esta articulación debe contar con los vehículos correctos para su óptimo desarrollo. El

ordenamiento jurídico debe garantizar las herramientas necesarias para que estas asociaciones sean desarrolladas y cumplan el fin propuesto que no es otro que la búsqueda del interés común, permitiendo además la óptima ejecución de los recursos.

Las principales herramientas utilizadas para este fin son los contratos y los convenios; si bien el *Código Civil* hace referencia al concepto de contrato al definir en su artículo 1495 como “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas” (Congreso, 1883), en la práctica este concepto va mucho más allá de lo enunciado por el artículo y se requieren de elementos fundamentales para entender esta figura.

Para efectos del presente trabajo se tomará como referencia la definición de contrato estatal plasmada en el artículo 32 de la *Ley 80*, el cual señala que son “Todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”, con lo cual queda claro que es un negocio jurídico que genera obligaciones para las partes quienes acuden a la suscripción de manera libre y voluntaria. La principal característica para efectos académicos del presente trabajo se encuentra en la búsqueda de intereses distintos en el negocio, es decir que el interés que lleva al estado a suscribir un contrato por lo general será diferente del interés que motiva al particular, lo cual de conformidad con el artículo 3 de la *Ley 80*, modificado por el artículo 32 de la *Ley 1150*, serán por parte del Estado, será “El cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines” y

por parte de los particulares “colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

El contrato es un acuerdo de voluntades de dos o más personas sobre un objeto jurídico (Chávez, 2015), se constituye como un negocio jurídico en donde prevalece la oposición de los intereses de aquellos que intervienen en él, es decir que los intereses y finalidades que reúnen a las partes por lo general, son opuestos. Pueden presentarse casos en donde las voluntades estén encaminadas hacia una misma causa y fin, y aquí es donde se deja a un lado la figura de contrato para dar lugar a los denominados convenios.

Por su parte, el convenio es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas sobre un objeto (hasta este punto es la misma definición de contrato), en donde se presenta una concurrencia en la causa y un fin de los intervinientes que permanece en el tiempo⁷. Lo anterior significa que las partes se asocian con otras que compartan y desarrollen actividades similares. Adicionalmente, los convenios conllevan compromisos jurídicos para los contratantes (Chávez, 2015).

De lo anterior se deduce que ambas figuras son negocios jurídicos en donde se presenta un acuerdo de voluntades de los intervinientes; sin embargo, la diferencia radica en la causa y el fin que guía la declaración de voluntad de las partes, en donde en las primeras se contraponen y en las segundas son afines; y es este interés el eje central de las figuras y por lo tanto del surgimiento de las obligaciones de las partes.

Siguiendo esta línea argumentativa Augusto Ramón Chávez (2015) concluye lo siguiente:

⁷ La permanencia en el tiempo es esencial para diferenciarlo entre otras cosas de los actos colectivos (Chávez, 2015, pág. 38).

Se puede afirmar que el contrato es aquel acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos en el cual los sujetos interviene abrigando intereses disímiles y contrapuestos; mientras que el convenio es un negocio jurídico que, participando también del carácter formal de la condición contractual, es decir, siendo un acuerdo de voluntades generador de efectos jurídicos, vincula a las personas con el ánimo de obtener la realización de fines comunes a ambas partes.

Algunos autores señalan que desde un punto de vista formal todo convenio al incluir un acuerdo de voluntades, involucra un contrato en donde se puede considerar que el contrato es el género de donde se podría desprender la especie que en este caso puntual sería el convenio.

Toda esta discusión sobre la distinción entre ambas figuras es fundamental para el desarrollo del presente trabajo teniendo en cuenta que los convenios son la principal herramienta de trabajo colaborativo entre el Estado y los particulares. La importancia de esta diferenciación es determinar cuándo se está en presencia de una u otra figura; un ejemplo de la necesidad de esto se presenta en el artículo 355 de la *Constitución* (punto fundamental para el desarrollo del presente trabajo), en donde se le da la connotación de contrato a las asociaciones que autoriza el legislador realizar en virtud de esa norma pero que una vez analizada la norma y por la naturaleza del negocio jurídico se evidencia que en realidad se trata de un convenio, discusión que se desarrollará en el numeral siguiente del presente Capítulo.

Habiendo aclarado que los contratos y los convenios son diferentes, es preciso señalar el régimen jurídico que le es aplicable a los convenios. De manera general los convenios se reglamentan por las normas especiales que se expidan para cada caso en particular, y en

aquellos casos en donde se presenten vacíos se acudirá a la normativa que rige a los contratos estatales.⁸

Ahora bien, se debe tener en cuenta que hay dos grandes categorías de los convenios, aquellos suscritos entre entidades públicas que se denominan convenios interadministrativos y los suscritos con particulares, a los cuales algunos autores han denominado convenios administrativos. Para efectos del presente trabajo se hará referencia únicamente a los segundos. Estos han sido definidos como (Chávez, 2015):

Vínculo jurídico en el cual ella, la administración, esto es una o más personas jurídicas públicas, se una a otra u otras personas mediante un acuerdo de voluntades, para lograr la realización de fines de interés mutuo en el marco de la ejecución de funciones administrativas.

El convenio se ha estructurado como una herramienta para el desarrollo de la gestión pública por parte del Estado, por medio de la cual se busca dar cumplimiento a los fines que le ha asignado el constituyente; en algunos casos, estos fines del Estado coinciden con los perseguidos por los particulares, y es esta concurrencia la que permite un trabajo colaborativo.

Esta colaboración se puede realizar por medio de distintas clases de convenios celebrados entre las partes, cada uno de ellos establecido por el legislador para el cumplimiento de actividades y situaciones particulares, dentro de los que se encuentran los

⁸ De conformidad con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 los contratos que celebren las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la misma ley se regirán por las leyes civiles y comerciales, salvo los temas puntuales señalados por el estatuto de contratación, es decir que la regla general es que los contratos que celebre el estado es que se rijan por las leyes civiles y comerciales, y solo en los casos excepcionales que trate la ley de contratación se le aplicarán estas excepciones.

Limitaciones excesivas a los convenios de asociación y su diferencia con las asociaciones permitidas en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política 27

desarrollados en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la *Constitución* y los convenios de asociación contenidos en el artículo 96 de la *Ley* 489 de 1998, los cuales se desarrollarán y explicarán a continuación.

1.4. Asociaciones permitidas en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución)

El artículo 335 de la *Constitución* establece lo siguiente:

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 (negrilla fuera de texto).

Este artículo trae consigo dos premisas fundamentales: por un lado, prohíbe expresamente el otorgamiento de auxilios y donaciones a favor de particulares, y por el otro, permite la asociación entre el Estado y particulares para el desarrollo de iniciativas privadas que se encuentran orientadas a la búsqueda del interés público y se enmarque dentro de los Planes de Desarrollo, con lo cual se reconoce que el Estado y los particulares pueden tener similitudes en sus fines, y podrán asociarse para el desarrollo de actividades sin que esto se traduzca en una posibilidad para entregar recursos al particular a título gratuito.

Del anterior artículo surge la posibilidad de un trabajo colaborativo en donde el Estado fortalece una iniciativa de origen privado que se enmarca dentro del desarrollo de la actividad estatal, por lo cual se faculta al Gobierno Nacional para reglamentar la materia. Esta facultad es una competencia que es otorgada directamente por el constituyente, lo cual le permite expedir los denominados decretos autónomos o constitucionales y su naturaleza se asimila a la de un acto de carácter legislativo.

Haciendo uso de esta facultad constitucional el Gobierno en principio expide el *Decreto* 393 de 1992 que inicialmente reglamentaba este negocio jurídico; no obstante, casi dos meses después deroga ese *Decreto* por medio de la expedición del *Decreto* 777 de 1992, posteriormente modificado por los *Decreto* 1403 de 1992 y 2459 de 1993, todos esto vigente hasta el 31 de mayo de 2017, fecha en la cual entrará en vigencia el *Decreto* 092 de 2017.

Si bien es cierto que el artículo de la *Constitución* hace referencia a la celebración de contratos, parece ser que es un caso más de técnica legal⁹ la utilización de este concepto y no del de convenio siendo esta última la apropiada para este tipo de asociaciones. Una evidencia clara de esta afirmación es el numeral 1 del artículo 2 del *Decreto* 777 de 1992 el cual señala:

Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto:

1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la

⁹ Desde antes de 1991 se utilizaba de manera general la palabra “contrato”, incluso para referir a las asociaciones entre el Estado y particulares, un ejemplo de esto es el numeral 4 del artículo 11 de la *Ley* 29 de 1990 en donde se señala que el gobierno tiene facultades para “Regular las modalidades específicas de contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas”, haciendo referencia a las asociaciones que se puedan realizar con particulares que tenga una finalidad similar a la del Estado en estas áreas.

Limitaciones excesivas a los convenios de asociación y su diferencia con las asociaciones permitidas en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política 29

entidad pública y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes.

De la lectura de este numeral queda clara la intención de estos negocios jurídicos en donde no se puede presentar una contraprestación directa a favor de la entidad pública, de lo que se deduce que los fines y causas que vinculan a ambas partes deben ser las mismas, lo cual hace alusión directa al concepto de convenio como se explicó anteriormente. Lo anterior partiendo del supuesto que de presentarse una contraprestación a favor del Estado es porque este será su motivación para la celebración del “contrato” y la de la entidad sin ánimo de lucro será la realización de la actividad a cambio de algún beneficio, lo cual se traduce en la definición de contrato.

En igual sentido la sala de Consulta del Consejo de Estado ha señalado (CE Consulta. 23 Feb. 2006. L. Álvarez Jaramillo):

Teniendo en cuenta que no se trata del “otorgar” recursos de la entidad pública a la entidad privada para la ejecución de obras por parte de éste última, sino del aporte conjunto de los mismos para un proyecto común.

De lo anterior se deduce que se trata de un interés común para el desarrollo de un proyecto, es decir que el fin del Estado y particular en este caso cuentan con la misma intención e interés para el desarrollo de los programas, y como se ha señalado en repetidas oportunidades es lo que se conoce como convenio.

Adicionalmente es preciso señalar que este artículo surge como un cambio a la colaboración que se presentaba en el numeral 18 del artículo 76 de la *Constitución* de 1886 en donde se señalaba “Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulos y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes”, y el artículo 185 que establecía como funciones de las Asambleas “Dirigir y fomentar, por medio de ordenanzas y con los recursos propios del Departamento, la instrucción primaria y la beneficencia, las industrias establecidas y la introducción de otras nuevas”, todo lo cual se consagraba como acciones de fomento. Estas acciones adaptadas en la nueva Carta llevan implícita unos intereses comunes en las partes y por lo tanto una similitud en las causas que las reúnen en la celebración del negocio.

Una vez clara la naturaleza de la asociación es necesario realizar un desarrollo de la misma. Algunos autores han denominado convenios de administrativos de interés público o convenios de apoyo. Para efectos del presente trabajo se hará referencia a ellos como “convenios de interés público”; toda vez que su finalidad última no es otra sino el desarrollo de programas y actividades de interés público que estén alineados con el Plan Nacional de Desarrollo o los planes seccionales. Lo anterior no significa que los demás convenios que desarrolle el Estado con particulares no estén orientados al desarrollo de actividades orientas al interés público, como se verá más adelante.

Estos convenios han sido definidos como (Chávez, 2015):

Convenios administrativos de interés público aquellos acuerdos de voluntades celebrados por la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios o algunas de sus entidades descentralizadas, con persona jurídicas privadas sin ánimo de lucro,

con objeto de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo, sometidos a la reglamentación especial expedida por el gobierno nacional.

De la definición de estos convenios de interés público se evidencian las siguientes características:

1. Origen de la iniciativa: La principal característica de este tipo de asociaciones y de la cual se desprenden las demás es el origen de la iniciativa que se pretende desarrollar o impulsar. En estos convenios se busca que el Estado apoye el desarrollo de una iniciativa de origen privado, la cual debe estar orientada al interés general y de conformidad con los planes de desarrollo como se verá a continuación.
2. Partes intervinientes: Por un lado, se encuentra el Estado, a Nación, específicamente departamentos, distritos, municipios o algunas entidades descentralizadas. Por el otro lado, se encuentra el particular que en este caso debe ser una persona jurídica sin ánimo de lucro. La razón de restringir esta asociación a personas sin ánimo de lucro se justifica en el origen y característica de la iniciativa, toda vez que al ser privada y orientada a la búsqueda del interés general se deduce que este objetivo es buscado por persona que no buscan un beneficio directo para sí mismos con el desarrollo de estos programas, sino simplemente tiene un fin altruista.

3. Idoneidad: El particular, es decir la persona jurídica sin ánimo de lucro debe contar con una reconocida idoneidad que en los términos del *Decreto* 092 de 2017 se entiende como (Artículo 3):

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.

Si bien esta definición es más general a la señalada en el artículo 1 del *Decreto* 1403 de 1992, en donde se establecía que la experiencia que tuviera el asociado debía demostrar “Resultados satisfactorios que acrediten la capacidad técnica y administrativa”, se incluye, a mi parecer, un aspecto de gran relevancia para el desarrollo de estos convenios y es el tema de la verificación que se realiza entre las actividades a desarrollar en el marco del convenio y el objeto social de la entidad sin ánimo de lucro; lo cual es igualmente indispensable para el correcto desarrollo de estos proyectos, y así mismo esta nueva directriz se equipara con las normas civiles y comerciales, en donde se requiere tener una definición clara del objeto social de las entidades para el desarrollo de sus actividades.

4. Objeto: el objeto de estas asociaciones no puede ser otro que “Impulsar programas y actividades de interés público”. Al respecto el Consejo de Estado (C.E. 1, 1993, febrero 26, Y. Rojas) ha señalado que las actividades que se desarrollen en el

marco de estos convenios debe estar orientadas a beneficiar a la comunidad en general.

Uno de los puntos centrales de esta figura es el origen de esta iniciativa, es decir que los programas y actividades que se pretendan desarrollar se originan en el privado y el Estado entra a apoyarlos cuando los mismos están orientados al interés general y se enmarquen dentro de los Planes de Desarrollo; lo anterior se traduce en que serán programas privados orientados a beneficiar a la comunidad que son apoyados por el Estado.

5. Planes de Desarrollo: el constituyente ha señalado que todas estas actividades deben estar de acuerdo a lo señalado en el Plan Nacional de Desarrollo o los planes seccionales, es decir que todo lo que no se enmarque dentro de los lineamientos de estos planes no podrá ser adelantado por medio de esta figura y se deberá acudir a otras para tal fin. Esta característica se desprende igualmente del origen privado de la iniciativa, en donde esta no solo debe estar orientada al interés general sino debe encontrarse acorde a los Planes de Desarrollo que han estructurado los gobernantes para sus periodos de mandato, con lo que se busca una coherencia entre las actividades que se pretendan desarrollar con estos convenios y las rutas de trabajo establecidas, garantizando que los recursos se inviertan en actividades que generen un verdadero beneficio para la población.
6. Reglamentación: por último, es preciso señalar que la *Constitución* le ha otorgado expresamente la facultad al Gobierno Nacional para que reglamente la materia como se señaló anteriormente, sin que sea necesario la mediación de la rama

Limitaciones excesivas a los convenios de asociación y su diferencia con las asociaciones permitidas en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política 34

legislativa para este cometido, y por lo tanto se debe regir por la normatividad que se expida al respecto.

Con esta autorización expresa queda claro que los convenios de interés público se deben regir en principio por la normatividad que expida el Gobierno Nacional para reglamentar la materia, es decir por el *Decreto* 092 de 2017; *Decreto* que se constituye como el régimen legal que prevalecerá sobre las normas de derecho privado. Es decir, que por regla general estos convenios se deben desarrollar de conformidad con este *Decreto* y en todos los demás aspectos que no se regulen en este se deberá remitir a las normas de derecho privado.

Con el fin de dar claridad sobre este tipo de convenios, se presentará un ejemplo de estas asociaciones en donde se reflejan todas características que se acaban de mencionar. El 27 de noviembre de 2015 el Ministerio de Educación Nacional, la Corporación Voluntarios Colombia y la Fundación Heart for Change Colombia Volunteer Program suscribieron el Convenio No. 1429 de 2015 con el objeto de: “Aunar esfuerzos para garantizar la continuidad del programa de formadores nativos extranjeros (*English Teaching Fellowship Program*) en instituciones de educación focalizadas por el Ministerio de Educación en 2016” (M. Educación Nacional, 2015).

Con respecto al primer punto, las partes intervinientes en el convenio son una entidad pública, en este caso el Ministerio de Educación Nacional, y por el otro, dos personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, una Corporación y una Fundación. Frente a la idoneidad de los particulares de conformidad con lo señalado en el convenio la Fundación contaba con más de 4 años de experiencia en el desarrollo de programas con objeto similar en donde se un convenio con el Ministerio de Educación Nacional para el desarrollo de la

fase de pilotaje del programa que se pretendía realizar con el convenio en mención; por su parte, se señala que la Corporación contaba con más de 5 años de experiencia desarrollando programas con entidades públicas y privadas con objetos similares en donde se encontraba convenios con el Servicios Nacional de Aprendizaje (SENA) para desarrollar programas de voluntariado y fortalecimiento del idioma inglés, así como un convenio con el Ministerio de Educación Nacional para fortalecimiento de la enseñanza del idioma inglés en la Escuelas Normales superiores focalizadas por el Ministerio. Con todo lo anterior se evidenció plenamente la reconocida idoneidad con la que contaban las partes y por lo tanto se cumple con este requisito.

Frente al objeto, con este se buscaba darle continuada al programa *English Teaching Fellowship Program* que venía desarrollando el Ministerio de Educación Nacional junto con la Fundación, en donde se fortalecía la enseñanza del inglés a los estudiantes y docentes de los grados 9°, 10° y 11° de los colegios públicos focalizados por el Ministerio de Educación Nacional para el año 2016 por medio del modelo de co enseñanza e inmersiones en inglés, lo que significa que es un programa de interés público dirigido a la comunidad en razón a que se busca genera beneficios educativos para estudiantes de últimos grados de colegios públicos colombianos. Adicionalmente es preciso señalar que el Ministerio no recibió ninguna contraprestación directa por la ejecución del Convenio.

Teniendo en cuenta que el Ministerio de Educación hace parte del nivel central se debe regir por lo señalado en el *Plan Nacional de Desarrollo*, que para el caso concreto será la Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. El *Plan* posee 3 ejes centrales: paz, equidad y educación, los cuales

considera como un “círculo virtuoso”. En el componente de educación, se señaló lo siguiente (numeral 3, art.2, Congreso 2015):

El Plan asume la educación como el más poderoso instrumento de igualdad social y crecimiento económico en el largo plazo, con una visión orientada a cerrar brechas en acceso y calidad al sistema educativo, entre individuos, grupos poblacionales y entre regiones, acercando al país a altos estándares internacionales y logrando la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos.

En el mismo sentido, las bases de este *Plan* resaltaron la importancia del componente de la educación en Colombia, al punto de considerar que:

No solo nivela, sino que abre puertas de progreso, y mejora la calidad de la democracia. Una población educada puede aprovechar las oportunidades económicas que se le presentan, y tiene mayores capacidades para participar en el sistema político, en la economía de mercado y en la defensa de sus propios derechos (DNP, 2014, p. 6).

De conformidad con los lineamientos del *Plan* y las *Bases* del mismo, se estableció que una educación de calidad les abrirá las puertas a los jóvenes colombianos a mejores oportunidades laborales en un mundo competitivo, tomando como ejemplo lo ocurrido en Chile en donde una educación “más universal y de mejorar calidad” significó ventajas económicas para el país.

Siguiendo ese lineamiento y de conformidad a lo establecido en las *Bases del Plan Nacional de Desarrollo*, en donde se estableció que uno de los elementos fundamentales para

el desarrollo de una educación de calidad es proporcionarles a los jóvenes la enseñanza de una segunda lengua como una herramienta de competitividad en el mundo laboral, específicamente el idioma inglés, razón por la cual se estructuró el componente de *Colombia Bilingüe*, el Ministerio desarrolló el convenio con la Corporación y la Fundación, con lo cual se cumpliría con el requisito de estar acorde con el Plan Nacional de Desarrollo.

Es preciso señalar que en el convenio se suscribió por valor total de \$25.253.670.350, de los cuales el Ministerio de Educación Nacional aportó la suma de \$18.599.470.650 y tanto la corporación y la fundación aportaron la suma de \$3.327.099.850 cada una. Estos aportes de los privados se entregaron en especie, específicamente en la gestión de los tiquetes aéreos de todos los voluntarios que hicieron parte del programa, así como los seguros médicos internacionales de cada uno de ellos requeridos para su estadía. Estos aportes son fundamentales para el desarrollo del programa toda vez que permitieron que efectivamente las personas que apoyaron la enseñanza del idioma inglés llegaran al país y contaran con un cubrimiento médico frente a cualquier eventualidad.

Con esto se evidencia que no se presenta ninguna auxilio o donación por parte del Estado a favor del privado sino se refleja una efectiva contraprestación para el desarrollo del convenio, orientado al cumplimiento de una actividad de iniciativa privada, toda vez que como se evidencia los particulares venían desarrollando este tipo de programas con otras organizaciones mucho antes de que el Ministerio decidiera implementar este tipo de programas en la entidad.

Por último, frente al tema de reglamentación se evidencia en los estudios previos que el convenio estructuró en principio al inciso segundo del artículo 355 de la *Constitución*, así

como a los *Decretos* 777 y 1403 de 1992, así como el 2459 de 1993, dando cumplimiento a la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional en cumplimiento de la facultad constitucional, que se encontraba vigente a la fecha de la suscripción.

Como se evidenció, el anterior convenio es un claro ejemplo de una asociación entre el Estado y particulares para adelantar un convenio de interés público en donde se cumplieron con todos los requisitos establecidos por la *Constitución* y las normas especiales.

Estos convenios son una herramienta para el desarrollo de actividades de iniciativa privada orientadas al desarrollo del interés general que se encuentran alineados con los diferentes planes de trabajo (Planes de Desarrollo), en donde se articula el trabajo entre sectores para garantizar el bien común que busca tanto el Estado como los particulares desde las entidades sin ánimo de lucro; se constituye como una figura que permite al Estado entrar a fortalecer unas labores altruista y filantrópicas que se desarrollan desde el sector privado.

Habiendo definido y explicado los convenios de interés público es necesario continuar con la explicación de los convenios de asociación, segundo elemento central del presente trabajo.

1.5. Convenios de asociación (Artículo 96 de la Ley 489 de 1998)

Con la expedición de la *Ley* 489 de 1998 se fortaleció la figura de convenios como una valiosa herramienta de trabajo entre el Estado y otras entidades como con particulares para el desarrollo de la acción estatal. Por medio de esta *Ley* se fundamenta parte de los convenios que suscribe el Estado al señalar en su contenido lineamientos de derecho de la

organización administrativa, que junto con las normas de derecho contractual son vitales para comprender gran parte de estas figuras.

Ahora bien, en el artículo 96 de la *Ley* se introdujo una nueva modalidad de asociación entre el estado y particulares la cual se denominó convenios de asociación. Por medio de esta figura se presenta un verdadero trabajo conjunto, en donde el Estado, con el fin de cumplir con los fines asignados por la *Constitución* y la ley, se asocia con particulares quienes de igual forma tienen fines comunes que desean desarrollar, unión que se realiza de carácter temporal. Por medio de estos convenios se busca básicamente apoyar el desarrollo de los cometidos y funciones asignadas a las entidades públicas, es decir no se presenta una actividad de iniciativa privada, lo cual se diferencia de los convenios de interés público en donde se busca desarrollar actividades orientadas al interés público que se enmarquen dentro de los Planes de Desarrollo pero que si provienen de una iniciativa privada.

Específicamente el artículo 96 consagra lo siguiente:

Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos

Limitaciones excesivas a los convenios de asociación y su diferencia con las asociaciones permitidas en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política 40

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.

Del anterior artículo se desprende la posibilidad de realizar dos tipos de asociaciones entre el Estado y el particular; el primero denominado por el legislador como convenios de asociación, que como se menciona es una asociación temporal, y el segundo la posibilidad de conformación de una nueva persona jurídica sin ánimo de lucro, la cual no es objeto del presente trabajo y por lo tanto se concentrará solamente en la señalada en el inciso primero.

De la definición de estos convenios y el artículo 96 se encuentran las siguientes características:

1. Partes intervinientes: en este tipo de asociaciones se tiene, por un lado, a una entidad del Estado cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo y, por el otro, se encuentra el particular en donde se señala que será una persona jurídica privada.
2. Idoneidad: si bien en el artículo 96 no se hace mención a la idoneidad con la que debe contar la persona natural para la suscripción de los convenios, en el inciso segundo se hace remisión al artículo 355 de la *Constitución* en el sentido que se celebrarán los convenios de asociación de conformidad a lo señalado por ese artículo. Bajo ese entendido se debe interpretar que los convenios de asociación

Limitaciones excesivas a los convenios de asociación y su diferencia con las asociaciones permitidas en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política 41

se deberán regir por los lineamientos *Constitucionales*, en donde se establece una protección del patrimonio público al señalar que se debe contratar con particulares de reconocida idoneidad, lineamiento que no estaría en contra de la finalidad de los convenios de asociación, sino por el contrario se estaría fortalecimiento la figura y cumpliendo con la remisión normativa, sin que esto implique la igualdad entre los convenios de asociación y los convenios de interés público contenido en el artículo 355.

3. Objeto: los objetos de estos convenios será el “Desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley”.
4. Reglamentación: de conformidad con el inciso segundo del artículo 96 los convenios de asociación se deberán regir por lo dispuesto en el artículo 355 de la *Constitución*, así como se deberá determinar con “Precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”

De igual forma, en el artículo 96 se hace mención a dos situaciones en particular, por un lado, se le prohíbe al Estado “Decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”, limitación que también se aplicaría a los convenios de asociación, y por el otro, y más importante es que el Gobierno Nacional reglamentará las asociaciones que se realicen en virtud de ese artículo y por lo tanto se aplicará a los convenios de asociación, que para el caso concreto será el *Decreto* 092 de 2017 a partir de junio de 2017.

Frente a la remisión al artículo 355 de la *Constitución*, la Corte se refirió a este tema en un aparte de la *Sentencia* C-671 de 1999, en donde señaló que esta hace referencia a la prohibición de otorgar auxilios y donaciones a personas naturales o jurídicas privas, así como a los lineamientos generales de que establece el artículo para la suscripción de los convenios de interés público; sin embargo, esta posición no es de obligatorio cumplimiento toda vez que se constituye como *Obiter Dictum*, al no ser un argumento fundamental para la decisión que profirió la Corte en el referido fallo.

El tema de reglamentación es el más complejo de esta figura porque es aquí en donde se presenta la confusión y distorsión del convenio al asimilarlo a las asociaciones señaladas en el artículo 355 de la *Constitución* por la remisión normativa. Esta remisión normativa no puede entenderse bajo ningún motivo como una unificación de las figuras propuesta por el constituyente y el legislador, toda vez que no tendría sentido alguno estructura dos figuras dentro del ordenamiento jurídico exactamente igual cuando de su análisis detallado se evidencia diferencias significativas que se desarrollarán en el numeral 1.7. de este capítulo. Esta remisión se debe entender como una prohibición de decretar donación y auxilios, así como la sujeción a los lineamientos generales que establece el artículo 355, a la intención que tuvo el constituyente con la expedición de esta norma, sin que esto implique la violación de la finalidad de este en la expedición de la *Ley* 489 de 1998. Es decir, que se debe analizar la norma constitucional en el sentido de tomar las directrices y finalidades de esta para adoptarlas en el desarrollo de los convenios de asociación sin que esto implique una desnaturalización de la figura.

Si bien este análisis e interpretación de esta norma no ha sido desarrollado por la jurisprudencia o doctrina, a mi parecer le daría un sentido a los convenios de asociación al otorgarle un soporte para su ejecución, sin perder la naturaleza de la figura señalada por el legislador en la propia *Ley 489*. Esta confusión se evitaría si simplemente el legislador hubiera determinado una reglamentación independiente para esta figura, como ha realizado para muchas otras figuras de asociación como es el caso de las Asociaciones Público Privadas (APP); sin embargo, esta norma actualmente se encuentra vigente y por lo tanto sus problemas de interpretación.

Con la finalidad de tener claridad sobre la implementación de este tipo de asociación se presenta a continuación un ejemplo del mismo. El día 21 de julio de 2015 la Caja Colombiana de Subsidio Familiar (COLSUBSIDIO), el Ministerio de Justicia y de Derecho, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) y la Fundación Teatro Interno suscribieron el *Convenio* No. 0543 el cual tenía por objeto de conformidad con la cláusula primera el siguiente:

Aunar acciones, esfuerzos, capacidades, recursos y conocimientos para la implementación y operación de la Casa Libertad, que permita construir una red de apoyo y orientación exclusiva para el Pospenido, brindando un acompañamiento permanente a la población en su proceso de ingreso al mercado laboral y a la vida en comunidad. La Casa funcionará en la Avenida Caracas No. 36 – 41 de la ciudad de Bogotá D.C.

Con respecto a las partes intervinientes, se tiene por un lado a dos entidades del Estado colombiano, el Ministerio de Justicia y de Derecho y el Instituto Nacional Penitenciario y

Carcelario (INPEC), y por el otro, dos personas jurídicas particulares la Caja Colombiana de Subsidio Familiar (COLSUBSIDIO) y la Fundación Teatro Interno, con lo cual se estaría cumpliendo con lo dispuesto por el artículo 96.

Frente a la idoneidad de las personas jurídicas privadas es preciso señalar que la Caja Colombiana de Subsidio Familiar desde su reconocimiento de personería jurídica mediante *Resolución* No. 3268 del 4 de febrero de 1957 ha desarrollado diferentes programas orientados al desarrollo humano integral por medio de la estructuración de programas de responsabilidad social. Con respecto a la Fundación Teatro, esta acredita según consta en el *Convenio* contar con las herramientas requeridas para adelantar el proyecto e igualmente que su representante legal es Embajadora de Buena Voluntad para Promover la Resocialización y Humanización del Sistema Penitenciario. De lo anterior se deduce que las dos personas jurídicas privadas contaban con la capacidad técnica y administrativa para el desarrollo del objeto convenido.

El objeto del convenio estaba orientado a cumplir con los cometidos y funciones que le fueron asignadas a las dos entidades públicas. El Ministerio de Justicia y de Derecho de acuerdo con el artículo 1.1.1.1. del *Decreto* 1069 de 2015:

Como cabeza del Sector Justicia y del Derecho formula, adopta, dirige, coordina y ejecuta la política pública en materia de ordenamiento jurídico, defensa y seguridad jurídica, acceso a la justicia formal y alternativa, lucha contra la criminalidad, mecanismos judiciales transicionales, prevención y control del delito, **asuntos carcelarios y penitenciarios**, promoción de la cultura de la legalidad, la concordia y

Limitaciones excesivas a los convenios de asociación y su diferencia con las asociaciones permitidas en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política 45

el respeto a los derechos, la cual se desarrollará a través de la institucionalidad que comprende el Sector Administrativo (Destacado fuera de texto)

Por su parte el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), tiene por objeto:

Ejercer la vigilancia, custodia, atención y tratamiento de las personas privadas de la libertad; la vigilancia y seguimiento del mecanismo de seguridad electrónica y de la ejecución del trabajo social no remunerado, impuestas como consecuencia de una decisión judicial, de conformidad con las políticas establecidas por el Gobierno Nacional y el ordenamiento jurídico, en el marco de la promoción, respeto y protección de los derechos humanos. (D. 1069/2015. Art. 1.2.1.1)

Teniendo en cuenta las finalidades y funciones que la normatividad le ha otorgado a estas dos entidades, se evidencia que el *Convenio* suscrito se realiza en cumplimiento de las mismas.

Por último, con respecto al componente de reglamentación se encuentra que el *Convenio* se suscribió de conformidad con los lineamientos señalados en el artículo 96 de la *Ley 489* de 1998 al establecerse de manera clara y precisa su objeto, plazo de ejecución, obligaciones de las partes, aportes, y demás aspectos indispensables para su correcta ejecución.

El anterior convenio es un claro ejemplo de la ejecución de una asociación entre el Estado y particulares por medio de la figura de convenios de asociación, en donde se busca el fortalecimiento del cumplimiento de las funciones y obligaciones asignadas por el

ordenamiento jurídico a las entidades públicas a través del apoyo de personas naturales que tengan una finalidad similar, figura que ha sido comúnmente confundida con los convenios de interés público como se evidenciará en los numerales siguientes del presente capítulo.

Es preciso señalar que igualmente se realizó la búsqueda de convenios de asociación suscritos entre entidades públicas y personas jurídicas particulares con ánimo de lucro tal y como lo permite el artículo 96, sin embargo, no se encontró convenio alguno. Esto se puede entender en razón a la confusión conceptual con los convenios de interés público, los cuales solo se encuentran permitidos realizar con entidades sin ánimo de lucro.

1.6.Diferencias y similitudes entre los convenios de interés públicos y los convenios de asociación

El convenio de interés público y el de asociación son figuras de común implementación por el Estado en sus diferentes sectores como una forma de trabajo colaborativo con el particular. Si bien es cierto presentan algunas similitudes, de su estudio detallado se evidencia diferencias significativas que caracterizan a cada una de ellas.

En el siguiente cuadro se realizará una comparación entre ambas modalidades de asociación en donde se presentarán las diferencias y similitudes que se evidencian del análisis minucioso de la norma:

	Convenios de interés público	Convenios de asociación
Naturaleza de la actividad	El Estado impulsa iniciativas que se originan en el particular, las cuales	El Estado desarrolla cometidos y funciones propias que le ha

	se encuentran orientadas al interés general.	asignado la ley con el apoyo de particulares.
Partes intervinientes	Por un lado, el Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal; y, por el otro, entidades privadas sin ánimo de lucro. (C.N. Art. 355)	Por un lado, las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo; y, por el otro, personas jurídicas particulares.
Idoneidad	La entidad sin ánimo de lucro de gozar de reconocida idoneidad (C.N. Art. 355), concepto que se definido por el <i>Decreto</i> 092 de 2017.	Si bien el artículo 96 de la <i>Ley</i> 489 no hace referencia a que el particular debe contar con una idoneidad para la celebración del convenio, si hace referencia a que estas asociaciones deben desarrollar con observancia de los principios del artículo 209 de la <i>Constitución</i> , lo cual se materializa con la selección de un socio idóneo.
Objeto	Impulsar programas y actividades de interés público. (C.N. Art. 355)	Desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones asignadas

		por ley a las entidades. (L.489/1998 Art. 96)
Planes de Desarrollo	El objeto de estos convenios debe estar acorde al Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. (C.N. Art. 355)	No se requiere que el objeto de los convenios se encuentre acorde a los Planes de Desarrollo.
Reglamentación	La <i>Constitución</i> le otorga al Gobierno Nacional la facultad de expedir decretos para la reglamentación de estas asociaciones (C.N. Art. 355), razón por la cual se expide el <i>Decreto</i> 092 de 2017 que empezará a regir a partir de junio de 2017.	Se estructurarán de conformidad con los artículo 209 y 355 de la <i>Constitución</i> , así como lo previsto en la <i>Ley</i> 489.

Del anterior cuadro se concluye que estas dos figuras presentan más similitudes que diferencias, lo cual no significa que sean una sola. Para empezar, es preciso señalar la naturaleza que se desarrolla con cada uno de estos convenios; por un lado, en los convenios de interés público el Estado impulsa y desarrolla actividades de iniciativa privada, es decir que fortalece la finalidad altruista del privado cuando esta se encuentra orientada al desarrollo del interés general y se enmarcan dentro del Plan de Desarrollo; por el otro lado, los convenios de asociación se desarrollan para fortalecer los cometidos y funciones propias

asignadas a las entidades públicas, es decir que no se parte de una iniciativa privada en donde el Estado fortalece al particular, sino es el particular quien fortalece al Estado en el desarrollo de sus funciones y cometidos, lo cual se constituye como una diferencia fundamental entre estas dos figuras, y donde la cual se desprenden las demás diferencias. (Perdomo, 2014).

Con respecto a las partes que intervienen se presenta un diferencia sustancial, en ambas encontramos en un extremo a una entidad pública, mientras que en el otro tenemos, por un lado a entidades privadas sin ánimo de lucro (convenios de interés público) y, por el otro a cualquier persona jurídica particular (convenios de asociación); esta diferencia se entiende en razón a lo señalado en el párrafo anterior, es decir, que al impulsar una iniciativa privada orientada al interés general, esta se encontrará en entidades sin ánimo de lucro teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad de estas figuras, mientras que el fortalecimiento de funciones y cometidos de las entidades públicas lo podrá realizar cualquier entidad privada, sin importar su naturaleza. De lo anterior se concluye que el origen de la actividad es fundamental para determinar con quien se debe asociar el Estado.

La idoneidad es un factor a mi parecer común para ambos convenios, mientras que en los de interés público la determinación de la idoneidad esta explícita en el artículo 355, en los de asociación no quedó claro el tema. Como se ha señalado en repetidas ocasiones estos convenios se desarrollará de conformidad con lo establecido en el mismo artículo 96 y principalmente en lo señalado en el artículo 355 y por lo tanto los decretos que expida el Gobierno Nacional en virtud de ese artículo. Como ya expuse en el numeral 1.6. no se puede tomar en el sentido literal lo plasmado en la *Constitución* ni la normatividad que expida el Gobierno para reglamentar la materia toda vez que de hacerlo se estaría fusionando estas dos

figuras y por lo tanto desnaturalizando los convenios de asociación tal y como los estructuró el legislador, razón por la cual se debe a mi parecer analizar el sentido de la norma.

Para el caso concreto se estableció el concepto de idoneidad como un mecanismo de protección al Estado, lo cual se deduce de la restricción para asociarse con personas que demuestren haber desarrollado proyectos similares de manera exitosa, lo que significa que se busca que el Estado trabaje con personas que cuenten con las capacidades suficientes para adelantar los proyectos que determine sin que se genera ningún perjuicio. Esta finalidad de protección no estaría en contra de lo dispuesto por el legislador en la *Ley* 489, sino todo lo contrario, se estaría blindando estas asociaciones sin perder la esencia de la figura.

Este argumento se soporta con lo consagrado en el mismo artículo 96 de la *Ley* al señalar que estas asociaciones se deben realizar siguiendo los principios establecidos en el artículo 209 de la *Constitución*, es decir “Igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” (C.N. Art. 209), los cuales se materializan con la selección de un socio idóneo que cuente con las capacidades suficientes para adelantar y finalizar con éxito los proyectos que en virtud de estas asociaciones se realicen.

Lo anterior hace referencia a que el Estado debe buscar satisfacer “Las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos” (Art. 4, L. 489/1998) que se encuentran consagrados en la *Constitución*, lo cual obedece a que toda actuación del Estado debe estar encaminada y en cumplimiento de estos principios rectores que garantizan el correcto desarrollo de la acción estatal.

Estos principios se establecen como puntos de referencia para calificar el desempeño de las entidades públicas, de tal forma que se garantice la primacía del interés general sobre el particular (Art. 3, L. 489/1998), lo cual se interpreta como la selección de un socio que cuente con las capacidades necesarias para desarrollar los proyectos, es decir, aquel que cuenta con la idoneidad, y no la selección de un socio que no posea las competencias suficientes.

Con respecto al objeto, si bien para los convenios de interés se estableció que serían el fomento de programas y actividades de interés público, las cuales como se señaló son de origen privado, (C.N. Art. 355) y para los de asociación se señaló que sería el desarrollo de actividades en relación con los cometidos y funciones asignadas por ley a las entidades (L.489/1998 Art. 96), es decir que el particular apoya funciones del Estado, de manera amplia todo se enmarca dentro de un concepto de interés general que beneficie a la comunidad, a través del fortalecimiento de la acción estatal. Este argumento se fundamenta con lo expuesto por el Consejo de Estado (CE. 1, 1993, febrero 26, Y. Rojas), quien sostiene que las actividades que se desarrollen en el marco de los convenios desarrollados en virtud del *Decreto 777* de 1993, norma anterior que reglamentaba estas asociaciones, estaban orientadas a beneficiar a la comunidad en general, tesis que es recogida por la Sala de Consulta del Consejo de Estado (CE Consulta. 2006, febrero 23, L. Álvarez, p.7). De igual forma esto se complementa con lo señalado en la *Constitución* en donde se estipula expresamente que el Estado colombiano se encuentra fundado en la prevalencia del interés general (CN Art. 1), quien tiene como fin la promoción de la prosperidad general (CN Art. 2). En este sentido el Consejo de Estado ha señalado que los convenios de asociación son

“Un instrumento que el legislador autoriza utilizar para el beneficio colectivo, es decir, en interés general y, en todo caso, con acatamiento a los principios que rigen la actividad administrativa del Estado” (CE 3, 2014, diciembre 3, O Valle, p. 13).

La sujeción al Plan Nacional de Desarrollo o seccionales de Desarrollo (según corresponda) es una restricción establecida únicamente para los convenios de interés público y que no aplica para los de asociación quienes cuentan con la delimitación que los proyectos deberán realizarse en relación con las funciones y obligaciones que les ha asignado la ley. Esta limitación se fundamenta en la naturaleza de la iniciativa, es decir que al ser de origen privado las desarrolladas en virtud de los convenios de interés público, estas deben guardar relación no solo con el interés público sino con el plan de trabajo que ha establecido el Gobierno Nacional, por lo cual no se podrán fomentar cualquier iniciativa sino únicamente aquellas que se enmarque dentro de estos lineamientos, lo cual garantizará que estos convenios desarrollen actividades que realmente beneficien al Estado.

El Plan Nacional de Desarrollo es el documento que define la ruta de trabajo del Presidente de la República durante su gobierno en donde se establecen los lineamientos que definirá su política de trabajo, en igual sentido se aplica a nivel departamental, distrital y municipal, de lo cual se deduce que es la estrategia de trabajo de la rama ejecutiva. Partiendo de este precepto los Planes de Desarrollo no aplican para todas las entidades del Estado, razón por la cual no es posible establecerlo como una limitación de los convenios de asociación en donde se establecen, como ya se dijo, que hará parte de estos “Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo” (L.489/1998 Art. 96).

La restricción establecida para los convenios de asociación en el sentido que las entidades solo podrán desarrollar actividades que se relacionen con los cometidos y funciones que les ha asignado la ley. Esta es una limitación que, aunque no se señale expresamente para los convenios de interés público, se entiende explícitamente que sí aplica para estos teniendo en cuenta que cada órgano del Estado cuenta con una reglamentación clara y precisa que determina su finalidad. En este sentido la *Constitución* ha señalado “Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines” (CN Art. 113).

El tema de la reglamentación es claro en los convenios de interés público toda vez que la *Constitución* le otorgó expresamente al Gobierno Nacional la facultad constitucional de reglamentar la materia, y razón por la cual se expidieron los *Decreto* 393, 777 y 1403 de 1992, el 2459 de 1993 y el 092 de 2017, este último vigente a partir de junio de 2017 y deroga todos los anteriores. Con respecto a los convenios de asociación, la reglamentación se encuentra principalmente en el artículo 96 de la *Ley* 489 de 1998 y se complementa con los artículos 209 y 355 de la *Constitución*. El problema se presenta cuando se realiza la remisión al artículo 355 en el inciso segundo del artículo 96, el cual hace referencia a los convenios de interés público y este a su vez se remite a los decretos que expida el Gobierno Nacional en esta materia. Esta remisión ha sido asumida por algunos una homologación de estas dos tipologías de convenios como se expondrá en el numeral 1.7., y se ha desnaturalizado la figura establecida por el legislador.

La anterior comparación entre ambas figuras asociativas evidencia similitudes y diferencias significativas que despejan un poco el panorama sobre la igualdad entre ambos

convenios, dejando claro que se trata de dos conceptos separados, con finalidades distintas pero que comparten varias características, especialmente su búsqueda por el interés general.

1.7. Convenios de interés público y convenios de Asociación. Figuras similares, pero comúnmente confundidas

Como se ha señalado en diferentes oportunidades, aunque el artículo 96 de la Ley 489 haga remisión a los artículos 209 y principalmente al 355 de la *Constitución* con el fin de que se desarrollen los convenios de asociación de conformidad con los lineamientos establecidos en esas normas, en especial en lo relacionado con los convenios de interés público, no se pueden confundir ambas figuras como una misma.

No obstante, algunos fallos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, así como algunos planteamientos de doctrinantes frente al el tema, esto no resulta muy claro. Para la gran mayoría ambas figuras se confunden y se asemejan como si fuera una sola, mientras que para algunos pocos estos conceptos son figuras independientes que guardan similitudes.

La confusión inicia por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-671 de 1999 en donde se declara, entre otros asuntos, la exequibilidad del artículo 96 de la *Ley* 489. En este fallo la Corte señaló:

De la misma manera, si el legislador autoriza la asociación de entidades estatales con personas jurídicas particulares con las finalidades ya mencionadas, estableció, en defensa de la transparencia del manejo de los dineros públicos, que los convenios de asociación a que se hace referencia serán celebrados "de conformidad con lo dispuesto

en el artículo 355 de la Constitución Política", lo que significa que no podrá, en ningún caso pretextarse la celebración de los mismos para otorgar o decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, de una parte; y, de otra, el acatamiento a la disposición constitucional mencionada, impone la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, pero "con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo", tal cual lo ordena el citado artículo 355 de la Carta Política (CCONST, 1999, septiembre 9, A. Beltrán, p. 20).

En este párrafo de la sentencia se evidencia claramente la confusión que presenta la Corte con respecto a la remisión normativa, en donde señala que los convenios de asociación se deben celebrar con entidades sin ánimo de lucro, que cuenten con reconocida idoneidad y que se desarrollen "Programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo" (CN Art. 355), todo lo cual son características propias de los convenios de interés público. Con esta interpretación se estaría igualando las dos figuras y desconociendo la naturaleza de los convenios de asociación y por lo tanto la intención del legislador al permitir este tipo de asociaciones, toda vez, que como quedó expuesto en el numeral 1.8. del presente trabajo, si bien tienen semejanzas son figuras distintas con condiciones de ejecución diferentes.

Es preciso señalar que pese a que la Corte toma esta posición frente a los convenios de asociación su tesis no es vinculante toda vez que tal argumento es *Obiter Dictum*, en razón a que se trata de un argumento que no es fundamental para la decisión adoptada por la Corte,

ni tampoco condicionó la exequibilidad del artículo 96 a esta interpretación. Sin embargo, esta posición ha sido continuada por muchos y es uno de los motivos principales por los cuales en la actualidad se habla de una misma figura.

Esta posición fue citada por la Corte en el año 2015 (CCONST, 2015, octubre 28, A. Rojas, p. 21) al referirse a la constitucionalidad del *Decreto 1773* de 2015 el cual autorizaba a algunas entidades territoriales a suscribir convenios interadministrativos con el fin de adelantar tareas humanitarias, sin que se expusiera como el fundamento de la posición adoptada por la Corte, es decir sin que se estableciera como la *Ratione Decidendi* de la decisión, y por lo tanto se constituye como un fundamento auxiliar, es decir se constituye nuevamente como *Obiter Dictum* y por lo tanto no es posible predicar su obligatoriedad.

Es preciso señalar que esta sentencia se expide en ejercicio del control constitucional que realiza la Corte Constitucional al *Decreto 1773* de 2015, el cual como se dijo, hace referencia a los convenios interadministrativos. En esta sentencia la Corte realiza un estudio sobre estos tipos de convenios y señalan como fundamento normativo los artículos 95 y 96 de la *Le 489* de 1998, sin embargo, de la revisión de la norma se evidencia que el fundamento normativo para los convenios interadministrativos es el artículo 95 y no el 96, el cual hace referencia a los convenios de asociación. Adicionalmente, la Corte no desarrolla a profundidad la remisión normativa al artículo 355, simplemente transcribe la posición de la *Sentencia C-679* de 1999 sin apoyar esta tesis o proponer una nueva. Con todo esto se evidencia que la citación realizada en esta *Sentencia* no constituye bajo ningún motivo un fundamento de la decisión tomada, sino por el contrato se utiliza como un argumento auxiliar y por lo tanto no tiene obligatoriedad su cumplimiento.

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicios civil del Consejo de Estado de cierta manera ha continuado con la tesis expuesta por la Corte constitucional, aunque su posición es un poco más confusa. La sala señaló:

Debe señalarse adicionalmente que el artículo 96 de la ley 489 de 1998, dispone que, de conformidad con lo estatuido por el artículo 355 de la Constitución Política, las entidades estatales pueden asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que la ley le asigna a aquellas, por lo cual dichos convenios y su ejecución necesariamente han de realizarse dentro del contexto de la disposición constitucional a la que se remite y las restricciones del decreto 777 de 1.992 y normas exceptivas concordantes, de manera que aunque en la suscripción del convenio de asociación debe establecerse su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y demás aspectos pertinentes, la posibilidad de aportes en común no puede interpretarse como transferencia de recursos, en la forma particular que se entiende para esta singular figura, es decir, como el otorgamiento de auxilios o donaciones, tal como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C- 671 de 1.999 por medio de la cual declaró la exequibilidad del artículo 96 antes mencionado (CE Consulta, 2006, febrero 23, L. Álvarez, p. 9 y 10).

En principio la Sala sostiene que los convenios de asociación se pueden desarrollar con personas jurídicas particulares sin hacer referencia a la limitación de personas jurídicas sin ánimo de lucro, característica fundamental de los convenios de interés público, y señala

que se deben desarrollar de conformidad con lo que determine la constitución y las restricciones del *Decreto 777* de 1992 y las demás normas concordantes. En principio, se puede considerar que esta interpretación se acerca a la tesis propuesta en el presente trabajo de grado en donde se reconoce la remisión en el sentido de tener en cuenta los lineamientos y restricciones a los que hace referencia la norma constitucional sin que esto signifique que se trate de una misma figura; no obstante, posteriormente hace énfasis a la limitación de suscripción de los convenios con únicamente a entidades sin ánimo de lucro y con el objeto de desarrollar programas que se enmarque en los Planes de Desarrollo.

Al igual que lo señalado frente a los argumentos de la Corte esta posición adoptada por la Sala de Consulta del Consejo de Estado tampoco es de obligatorio cumplimiento teniendo en cuenta que los conceptos emitidos por esta Sala no son vinculantes (L.1437/2011, Art. 112).

En esta misma línea la Sección Tercera del Consejo de Estado ha definido a los convenios de asociación como:

La Sala se atreve a definir los convenios de asociación como aquellos acuerdos de voluntades reglamentados por el Gobierno en ejercicio de la facultad que le dio el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, suscritos entre una entidad pública con una persona jurídica particular que carezca de ánimo de lucro, con la idoneidad reconocida, los cuales tendrán como elemento teleológico el impulso de programas y labores que sean del interés de la colectividad, y que estén en consonancia con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo. (CE 3, 2014, diciembre 3, O Valle, p. 14).

De igual forma señala que la competencia regulatoria de estos convenios está asignada al Gobierno Nacional y se excluye de esta competencia al legislador, afirmación que no es clara y será desarrollada en el capítulo IV del presente trabajo (CE 3, 2014, diciembre 3, O Valle, p. 14).

Esta sentencia confirma la confusión que presenta la Corte Constitución y va aún más allá al determinar que será el Gobierno quien reglamentará los convenios de asociación, con lo cual se continúa con la desnaturalización de la figura y se unifica con la de convenios de interés público.

Pese a la posición adoptada por el Consejo de Estado en la mencionada sentencia, se encuentra una tesis que podría considerarse contraria a la expuesta proferida por el mismo tribunal e incluso la misma consejera ponente. En esta ocasión se definieron los convenios de asociación como:

Los Convenios de Asociación o Cooperación, se celebran entre una entidad pública con una persona jurídica particular con o sin ánimo de lucro; pueden ser de carácter nacional o internacional, dependiendo del origen de las partes y fueron regulador por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 [...] (CE 3, 2012, mayo 23, O. Valle p, 17).

Aunque el desarrollo de este tema en la sentencia no es mayor, de lo poco señalado se puede inferir que los convenios de asociación no son necesariamente los mismos convenios de interés públicos en el sentido que el Consejo los define como asociaciones con personas jurídicas particulares sin importar su ánimo de lucro, diferencia vital con los convenios del artículo 355, y se refiere a que su regulación se encuentra en el mismo artículo

96, sin que se presente referencia alguna con respecto a que el Gobierno Nacional tiene la facultad de reglamentar la materia, planteamiento expuesto en la sentencia anterior.

En esta misma línea se encuentra lo afirmado por Chávez Marín, quien sostiene que la remisión que se realiza en el artículo 96 de la *Ley 489* y desarrollada por la Corte Constitucional en sentencia C-671 de 1999, se debe entender por un lado frente a las prohibiciones de otorgar o decretar auxilios a favor de personas de derecho privado como un:

Énfasis sobre la aplicación e imperatividad de una norma constitucional que establece una prohibición que en todo caso deben respetar la administración y todas las ramas y órganos del poder público, de acuerdo con lo que ella misma dispone, en concordancia con el artículo 4° de la Carta, y como quiera que tal prohibición no requiere desarrollo legislativo alguno para ser acatada (A. Chávez, 2015, p. 371).

Frente a la remisión relacionada con aplicar a los convenios de asociación el mismo reglamento que se determinó para los convenios de interés público ha señalado que:

Es muy escueta la afirmación de la Corte en el sentido anterior, pero se entiende que al indicar ello, se manifiesta que cuando quiera que celebre la administración con los particulares un convenio de asociación, este debe reunir los requisitos de los contratos que autoriza el artículo 355 de la Carta (A. Chávez, 2015, p. 372).

Con respecto a esta discusión Chávez ha concluido que de llegarse a aceptar la posición de la Corte como de obligatorio cumplimiento se estaría en presencia de una intromisión por parte del legislativo a las facultades constitucionales otorgadas al ejecutivo (A. Chávez, 2015, p. 372). De lo anterior se concluye que, si bien no está de acuerdo con la

remisión porque se invaden las competencias de las diferentes ramas, y en últimas se estaría igualando ambos convenios y enmarcando dentro de una misma categoría, se debe adoptar esta posición por estar vigente la norma.

La última posición frente al tema se encuentra en el *Decreto* 092 de 2017 en donde el Gobierno Nacional en el inciso tercero del artículo 5 señala explícitamente que los convenios de asociación son diferentes de los “contratos” realizados en virtud del artículo 355 de la *Constitución*, los cuales desarrolla en los primeros artículos del *Decreto*. De este argumento se desprenden dos situaciones, en primer lugar, se reconoce por primera vez explícitamente que ambas asociaciones son completamente diferentes y no pueden confundirse; en segundo lugar, cae nuevamente en el error de técnica jurídica o simplemente decide ignorar la finalidad y el contexto del artículo 355 y reafirma que las asociaciones realizadas en virtud de ese artículo serán por medio de un contrato y no un convenio, que como se señaló anteriormente es la finalidad del artículo. Mantener el concepto de contrato desvirtuaría el trabajo colaborativo que representa esta figura en donde el Estado decide apoyar una iniciativa de origen privado orientado a la búsqueda del interés general, se estaría suponiendo con este concepto que la iniciativa sería del Estado y vendría a ser apoyada por el privado, con lo cual perdería todo sentido el desarrollo de estos negocios jurídicos y se estaría en presencia de otro tipo de figura.

Con todo lo anterior queda en evidencia que no hay posiciones concretas, definidas y vinculantes frente a este tema, motivo por el cual la confusión en la implementación entre estas dos figuras continuará hasta tanto el legislador directamente no aclare o modifique estas asociaciones.

Capítulo II.

Facultad reglamentaria y potestad reguladora

Como se ha señalado a lo largo del trabajo, los convenios de interés público y los convenios de asociación son figuras jurídicas que han sido confundidos por la jurisprudencia, la doctrina e incluso el mismo Gobierno Nacional, quien al no tener claridad sobre esta figura expide el *Decreto* 092 de 2017 en donde si bien es cierto en su artículo 5 hace referencia a que son figuras diferentes, en el mismo contenido del artículo genera limitaciones excesivas a los convenios de asociación, con lo cual se vulnera el espíritu del artículo 96 de la *Ley* 489 de 1998, razón por la cual se hace necesario la proyección de una demanda de nulidad contra este artículo con dos propósitos, el primero, sacar del ordenamiento jurídico esta norma que atenta contra la finalidad de los convenios de asociación, y por el otro reabrir el debate jurídico acerca del alcance de la remisión normativa del artículo 96 y por lo tanto la diferencia entre estas dos figuras.

Teniendo en cuenta que el *Decreto* va en contra de lo señalado en la *Ley* 489, se evidencia que el Gobierno Nacional expidió esta norma extralimitándose en el uso sus facultades reglamentarias, por lo cual se hace indispensable presentar una breve explicación sobre esta facultad constitucional.

Adicionalmente, la *Constitución* le ha otorgado una potestad reguladora al Gobierno Nacional en lo referente a los convenios de interés público en el inciso segundo del artículo 355, y en este sentido se encuentra pertinente presentar una breve explicación al respecto.

2.1.Facultades reglamentarias

La facultad o potestad reglamentaria es entendida como “La producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley... [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real” (CCONST, 2001, agosto 1, R. Escobar, p. 21), lo cual se materializa por medio de la expedición de normas de carácter general que se requieran para desarrollar la ley.

De conformidad con lo consagrado en la *Constitución* la facultad reglamentaria se encuentra en cabeza del Presidente de la República quien, por medio de esta expedirá “Decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” (CN. Art. 189-11). En este sentido, se ha afirmado que esta potestad es entendida como la facultad para “Dictar normas complementarias necesarias para la cumplida ejecución de una regulación. Por ello, el acto reglamentario es un acto complementario de la regulación y no una creación originaria como ésta” (Ibáñez Najar, 2007, p. 649).

Esta facultad otorgada de manera general al Presidente no puede entenderse como una carta abierta para desarrollar la ley, es decir que no podrá ir más allá de lo señalado por el legislador, ni restringir su finalidad. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado:

Considerado el punto desde esta perspectiva, al Presidente de la República le está vedado ampliar o restringir el sentido de la Ley. No puede tampoco suprimir o modificar las disposiciones previstas en la Legislación pues con ello estaría excediendo sus atribuciones. Es de desatacar aquí, que no todas las leyes ordinarias requieren ser reglamentadas. Existen leyes que han sido formuladas por el Legislador de manera tan detallada y los temas en ellas contenidos han sido desarrollados en

forma tan minuciosa, que *prima facie* no habría espacio para una regulación ulterior (CCONST, 2008, octubre 15, H. Sierra, p. 23).

Esta facultad “Tiene naturaleza “ordinaria, derivada, limitada y permanente”” (CCONST, 2011, octubre 6, J. Pretelt, p. 220). El elemento de ordinario se entiende en el sentido que no se requiere de una autorización adicional para su ejecución diferente a la consagración expresa de la *Constitución*; el concepto de derivado hace referencia a que se requiere de una ley pre existente para su ejecución; se considera limitada en razón a que su campo de aplicación se delimita en la constitución y la ley, y no podrá cambiar ni modificar el contenido ni espíritu de la ley, así como no podrá “Dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador” (CCONST, 2011, octubre 6, J. Pretelt, p. 220); y se considera permanente toda vez que el Gobierno podrá hacer uso de la misma la cantidad de veces que considere.

En igual sentido, el Consejo de Estado ha señalado de manera enfática que la facultad reglamentaria no se puede utilizar de manera arbitraria, es decir el límite de esta potestad será siempre la norma de la cual se desprende, con lo cual se prevalece sobre todas las cosas la voluntad del legislador al momento de expedirla, teniendo en cuenta que es una facultad para complementar una ley, no crear una nueva. Al respecto dijo:

La potestad reglamentaria como lo ha sostenido esta Corporación no puede emplearse para reglamentar asuntos que discrepen sustancialmente de la norma identificada como objeto de esa potestad; cuando así se procede, es claro que se configura una violación al ordenamiento constitucional, precisamente en la norma que reconoce la

competencia (artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política), además de la Ley que es objeto de regulación, ya que no le es posible al Gobierno Nacional, so pretexto de reglamentar la ley, introducir en ella alteraciones que desvirtúan la voluntad del legislador pues los límites de esta facultad los señala la necesidad de cumplir adecuadamente la norma que desarrolla; tiene sí la responsabilidad de hacer cumplir la ley y de crear los mecanismos necesarios para hacerla efectiva pues de lo contrario ésta quedaría escrita pero no tendría efectividad.

Como lo ha sostenido la jurisprudencia la función que cumple el gobierno con el poder reglamentario, es la complementación de la ley, en la medida en que se trata de una actualización y enfoque a las necesidades propias para su eficaz ejecución y no un ejercicio de interpretación de los contenidos legislativos, ni de su modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene.

Reglamentar una ley implica dictar las normas generales necesarias que conduzcan a su cumplida aplicación, tal como precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en la ley, alcanzando el grado de generalidad o especificidad que determine el Presidente, según el contenido de la ley reglamentada, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le reconoce (CE 2, 2011, octubre 21, A. Vargas, p. 8).

De igual forma, se puede considerar que la reglamentación es una facultad accesoria, considerada como una representación de la voluntad general, es decir la ley, de tal manera que con el desarrollo de esta acción se realice con sujeción total a lo dictado por la misma. (Melero Alonso, 2002, p. 193). Esta posición es la que ha sido adoptado por la Corte

Constitucional frente a la facultad reglamentaria con la que cuenta el Presidente de la República (CN Art. 189-11) y que ha encontrado sus limitaciones en el desarrollo jurisprudencial que se le ha dado a la materia.

2.2.Potestad reguladora

La potestad reguladora es una facultad que se otorga directamente por la *Constitución* a diferentes autoridades con la finalidad de que

Mediante actos administrativos normativos, de carácter general, impersonal y abstracto, sea con sujeción a las reglas generales que señale el legislador o con sujeción directamente a lo que determine la misma Constitución Política, se cree por primera vez el ordenamiento jurídico en aquellas materias en las cuales el constituyente considera que debiendo existir regulación ella no deba ser de carácter legislativo (Ibañez Najar, 2003, p.26).

Existe algunos casos puntuales en donde la *Constitución* hace referencia a la necesidad de contar con una regulación en determinadas materias; sin embargo, señala que tal regulación no sea expedida de conformidad con la regla general, es decir a través de la rama legislativa, sino faculta a otra autoridad para que realice esta tarea, como, por ejemplo: la actividad bursátil; la moneda; la televisión; entre otros. Esto se conoce como facultad administrativa de regulación.

Un ejemplo de esto se evidencia en la parte final del inciso 2° del artículo 355 de la *Constitución* en donde se faculta al Gobierno Nacional para el desarrollo de los convenios de interés público. Esta facultad le permite al Gobierno Nacional la emisión de un decreto

autónomo que no depende de la expedición de una ley previa, y en razón a esto se expidieron los *Decretos* 393, 777 y 1403 de 1992, el 2459 de 1993 y el 092 de 2017, este último vigente a partir de junio de 2017.

Esta facultad le permite al Gobierno Nacional reglamentar las asociaciones realizadas en virtud del artículo 355 de la *Constitución*, lo cual no puede entenderse como una facultad para contrariar el sentido de una materia distinta. Esto específicamente teniendo en cuenta lo señalado en la *Ley* 489 de 1998, en donde por remisión normativa se aplica los lineamientos del artículo 355 a las asociaciones realizadas en virtud del artículo 96. Esta remisión no puede entenderse como una ampliación a la potestad reguladora del Presidente, toda vez que es una facultad excepcional y por lo tanto su aplicación debe ser taxativa.

Si bien es cierto, el Gobierno Nacional posee la potestad reguladora por mandato constitucional para desarrollar mediante decretos autónomos y sin necesidad de sujeción a una ley previa las asociaciones realizar en virtud del artículo 355 de la *Constitución*, esta facultad no puede entenderse ampliada a los convenios de asociación desarrollados por el artículo 96 de la *Ley* 489 de 1998, teniendo en cuenta que estos convenios ya cuentan con unas bases y lineamientos generales establecidos en esas misma ley y la potestad reguladora es una facultad excepcional y expresa para los casos que determine la misma *Constitución*.

En concordancia con lo anterior el artículo 5° del *Decreto* 092 de 2017 contraría, limita y restringe expresamente el contenido del artículo 96, es decir que el Ejecutivo está vulnerando el espíritu del legislador como se desarrollará a fondo en el capítulo final del presente trabajo.

Capítulo III.

Expedición del Decreto 092 de 2017

La Secretaría de la Presidencia de la República afirmó que “Gobernaciones y alcaldías podrían estar usando la figura de convenios por asociación (que son los que se suscriben con entidades privadas sin ánimo de lucro) para saltarse los procesos de selección objetiva” (El Tiempo, 2014, agosto 20, párr. 2). De igual forma, señaló que con estas asociaciones “Los contratistas no entregan contrapartidas, y si las dan, son irrisorias con relación a los aportes de las entidades públicas” (Justicia, El tiempo, 2014, agosto 20, párr. 9). De esta nota se evidencia no solo la falta de conocimiento y confusión frente a las figuras sino los principales errores que se presentan con la implementación. Estas figuras han sido utilizadas para el detrimento patrimonial del Estado, así como la violación de los principios de contratación pública, generando una desnaturalización de estas asociaciones en donde se buscaba inicialmente garantizarle al particular su nuevo rol activo en el desarrollo de la acción estatal; todo lo cual se deduce del desconocimiento de estas dos figuras, sus características y principalmente sus diferencias.

La problemática por el desarrollo de estas asociaciones ha afectado también a los entes de control, quienes ven con escepticismo la utilización de estas figuras por parte de las entidades estatales, lo cual se debe principalmente a la confusión entre estos dos tipos de asociaciones. “La Contraloría de Bogotá envió un pronunciamiento a la Administración Distrital frente a la preocupación por la cantidad de recursos comprometidos mediante contratación directa por los Fondos de Desarrollo Local (FDL)” (El Espectador, 2014, junio

12, párr. 2), haciendo referencia a la contratación realizada por medio de contratos interadministrativos y convenios de asociación.

El problema ha llegado al punto en que el mismo Presidente de la República, autoridad facultada para reglamentar la materia, ha reconocido que la celebración de estas asociaciones se ha realizado para el detrimento del Estado colombiano y en violación de los principios constitucionales y legales, al respecto señaló que “Era una herramienta predilecta de los corruptos para esquilmar al Estado” (Santos ctd. En Noticia Presidencia de la República, 2017, enero 23, párr. 7).

Todas estas dificultades fueron las que determinaron que el Gobierno Nacional expidiera el *Decreto* 092 de 2017 como una medida para reglamentar la materia y por lo tanto acabar con la corrupción y demás problemáticas que se desprendían del desarrollo de estas figuras. En palabras del Presidente con la expedición del *Decreto* “Frenamos en seco los abusos en la contratación directa con estas entidades sin ánimo de lucro, que han causado la pérdida y desviación de billones de pesos anuales que debían ir a la población, sobre todo a la más vulnerable” (Santos ctd. En Noticia Presidencia de la República, 2017, enero 23, párr. 10).

No obstante, pese a la intención del Gobierno de garantizar el desarrollo de estas asociaciones en cumplimiento de los fines para los cuales fueron creadas, y evitando el detrimento patrimonial del Estado que según cifras del Presidente asciende a billones de pesos al año, este *Decreto* en vez de promover el correcto desarrollo de estas figuras, en algunos casos las limita de tal forma que se desnaturaliza la finalidad para la cual fueron creadas como se evidenciará en el capítulo siguiente.

Capítulo IV.

Nulidad simple del artículo 5° del *Decreto 072 de 2017*

El medio de control de nulidad simple es una figura que faculta a cualquier ciudadano para solicitar por sí mismo o a través de un apoderado la declaratoria de nulidad de actos administrativos de carácter general o excepcionalmente de actos de carácter particular. Para el caso de actos administrativos de carácter general, esta procederá en los siguientes casos: (i) cuando el acto fue expedido infringiendo las normas en las que debía fundarse; (ii) cuando se expidió el acto sin tener la competencia para ello; (iii) expedición del acto de forma irregular; (iv) cuando haya sido expedido desconociendo el derecho de audiencia y defensa; (v) cuando se expidió el acto haciendo uso de una falsa motivación; o (vi) cuando sea expedido el acto con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió (L. 1437/2011 Art. 137).

Ahora bien, como se ha señalado a lo largo del documento, los convenios de interés público y los convenios de asociación son figuras jurídicas diferentes que han sido confundidas por la jurisprudencia, la doctrina e incluso por el mismo Gobierno Nacional; esta confusión ha generado que su desarrollo presente dificultades y se desvirtúe el objetivo por el cual fueron creadas.

Esta confusión llevó a que el Gobierno Nacional expidiera el *Decreto 092 de 2017* en donde se extralimita en su facultad reglamentaria al generar en su artículo 5° restricciones a los convenios de asociación que van en contra del sentido del artículo 96 de la *Ley 489 de 1998*, como se señaló en el capítulo 1 del presente trabajo. Si bien este artículo trajo consigo unas limitaciones a estos convenios, hace referencia a un punto trascendental en la discusión

y es el reconocimiento de la diferencia de estos con los señalados en el artículo 355 de la *Constitución*.

Teniendo en cuenta que este artículo se expide violentando el sentido de la *Ley* 489 de 1998, es objeto de nulidad y por este motivo se presenta como producto del presente trabajo un proyecto de demanda de nulidad contra el artículo 5° del *Decreto* 092 de 2017. Con esta demanda se buscan dos objetivos puntuales, primero, eliminar del ordenamiento jurídico esta norma con el fin de remover las restricciones excesivas a los convenios de asociaciones y se permita continuar el fortalecimiento de los cometidos y funciones de las entidades estatales por parte del sector privado, y segundo, generar un debate jurídico acerca de la diferencia entre los convenios de asociación y los convenios de interés público, en donde se incluya el alcance de la remisión normativa del artículo 96 de la *Ley* al artículo 355 de la *Constitución*.

El artículo que se pretende demandar señala lo siguiente (D. 092/2017):

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

Limitaciones excesivas a los convenios de asociación y su diferencia con las asociaciones permitidas en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política 72

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 2 y están regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y los artículos 5, 6, 7 y 8 del presente decreto.

Por su parte, el artículo del cual debía fundarse y que se considera infringido es el 96 de la *Ley* 489 que consagra lo siguiente:

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

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos

se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

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

De la lectura de ambas normas se evidencia que el artículo 5° del *Decreto* limita de manera clara y expresa el desarrollo de los convenios de asociación y por lo tanto vulnera el espíritu de la *Ley 489* por tres razones fundamentales: primero, el artículo hace referencia a las asociaciones entre el Estado y entidades privadas sin ánimo de lucro; es decir, que se deja por fuera a todas aquellas entidades que sí posean un ánimo de lucro, limitación que va en contra del artículo 96 en donde se establece la posibilidad de asociarse con personas privadas en general, sin importar que su ánimo sea o no de lucro. Segundo, se está estableciendo como tope mínimo un aporte del 30% por parte del particular para el desarrollo de los convenios de asociación, es decir se condiciona que solo aquellos privados que puedan aportar recursos por mínimo este tope, podrán apoyar el desarrollo de los cometidos y funciones de las entidades públicas. La finalidad de permitir el apoyo por parte de los particulares al Estado, se centra fortalecer el desarrollo de la actividad estatal en la búsqueda del interés general que tiene a cargo el Estado, permitiendo la colaboración y participación que hacen parte de los fines y características del Estado colombiano (CN Art. 1 y 2), sin limitación alguna, por lo cual fijar unos topes mínimos para su asociación no solo estaría en contra del espíritu de la *Ley 489* de 1998 sino de la *Constitución* misma.

La tercera y última razón, es la limitación adicional de se impone frente a los recursos aportados por los particulares en el sentido que estos solo pueden realizarse en dinero. Entidades tanto públicas como privadas cuentan con diferentes recursos para el cumplimiento de sus fines, bien sea dinero en efectivo o bienes y servicios que son utilizados para el desarrollo de sus actividades. Limitar a los particulares a contar con una suma mínima de recursos sería restringir la participación y discriminar a los privados que no cuenten con los recursos en dinero, y en igual medida restringiendo al Estado de contar con el apoyo de bienes y servicios que pueden ser proporcionados por privados para el cumplimiento de sus funciones.

Es preciso señalar frente a este punto en particular que, si bien no se puede limitar a una destinación de recursos en dinero o a un tope mínimo, si se debe garantizar que se aporte una contrapartida real y efectiva que contribuya de manera directa al desarrollo del proyecto, es decir que no podrá bajo ningún motivo disfrazar este tipo de asociaciones para entregar a particulares auxilios o donaciones, lo cual se encuentra claramente prohibido por la *Constitución* en su artículo 355. Las contrapartidas son el eje central de un trabajo colaborativo, en donde se evidencia la verdadera intención de las partes de apoyar las causas y fines comunes por las cuales se están asociando, por lo tanto, es indispensable que si se quiere desarrollar estas asociaciones se presente aportes de las partes, sin importar si es en dinero o especie, con el fin de materializar el trabajo colaborativo que consagra el artículo 96 de la *Ley* 489.

Si bien es cierto el artículo 5° señala que “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” (D. 092/2017), frente al tema de los aportes no es clara la situación en los casos en donde no se cuente con el 30% de los recursos en dinero, es decir si se podría contratar y entraría en competencia y, de ser así, como sería la selección y si estos aportes serían un factor de escogencia, razón por la cual determinar un porcentaje mínimo de aportes y la forma de los mismos sería limitar las asociaciones y establecer restricciones adicionales a las que determino en legislador en el artículo 96 de la *Ley* 489.

Esta norma se entiende expedida para el caso particular de los convenios de asociación haciendo uso de la facultad reglamentaria que posee el Presidente de la República consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la *Constitución* y por lo tanto se debe ajustar a los lineamientos y respetar el sentido de la *Ley* 489 de 1998 teniendo en cuenta que dentro de las características de esta facultad se encuentra que es derivada y limitada, con lo cual se entiende que la expedición del *Decreto* se debe realizar teniendo en cuenta la ley pre existente (*Ley* 489), sin ir más allá de lo que en ella se encuentra señalado ni contrarían el sentido de la misma (CCONST, 2011, octubre 6, J. Pretelt, p. 220).

Esta facultad otorgada de manera general al Presidente no puede entenderse como una carta abierta para desarrollar la ley, es decir que no podrá ir más allá de lo señalado por el legislador, ni restringir su finalidad. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado:

Considerado el punto desde esta perspectiva, al Presidente de la República le está vedado ampliar o restringir el sentido de la Ley. No puede tampoco suprimir o modificar las disposiciones previstas en la Legislación pues con ello estaría excediendo sus atribuciones. Es de desatacar aquí, que no todas las leyes ordinarias

requieren ser reglamentadas. Existen leyes que han sido formuladas por el Legislador de manera tan detallada y los temas en ellas contenidos han sido desarrollados en forma tan minuciosa, que *prima facie* no habría espacio para una regulación ulterior (CCONST, 2008, octubre 15, H. Sierra, p. 23).

Si bien es cierto el artículo 96 de la *Ley* 489 hace una remisión al artículo 355 de la *Constitución* con el fin de que se adelanten los convenios de asociación de conformidad con los lineamientos allí establecidos, ese artículo confiere una potestad reguladora, excepcional y expresa para que el Gobierno reglamente las asociaciones que se realicen en virtud del artículo 355 sin necesidad de una ley pre existente. Sin embargo, no se puede tomar como si dicha potestad se extendiera a los convenios de asociación en donde se cuenta con una ley específica al respecto y sobre la cual no se tiene una autorización expresa para contrarían la voluntad del legislador por parte del Gobierno Nacional.

Conclusiones

Del desarrollo del presente documento se puede concluir lo siguiente: primero, ni la jurisprudencia ni la doctrina han determinado una posición concreta, definida y vinculante con respecto a la diferencia entre estos convenios; por su parte el Gobierno Nacional en un intento por reglamentar la materia y combatir los problemas de corrupción y pérdida de recursos públicos por el indebido desarrollo de estos convenios, se extralimita en sus funciones y genera limitaciones excesivas a los convenios de asociación mediante el artículo 5° del *Decreto* 092 de 2017.

Segundo, la confusión entre ambas figuras radica en la remisión normativa que realiza el artículo 96 de la *Ley* 489 de 1998 al artículo 209 y en particular al 355 de la *Constitución*

en donde se establecen los convenios de interés público; no es claro hasta donde se debe entender esta remisión y por lo tanto ha quedado sujeta a interpretación por parte de quien revise la norma.

Tercero, el Gobierno Nacional por medio del *Decreto* 092 de 2017 generó limitaciones excesivas a los convenios de asociación, yendo más allá de los parámetros establecidos en el artículo 96 y por lo tanto sobrepasando los límites que tiene en uso de su facultad reglamentaria frente a este tema que, bajo ninguna circunstancia se puede confundir con la potestad reguladora que tiene sobre el artículo 355 de la *Constitución* en donde no se requiere la sujeción a una ley previa como si lo debe hacer con los convenios de asociación.

Cuarto, la demanda de nulidad tiene dos objetivos puntuales: primero, sacar del ordenamiento jurídico este artículo que limita el desarrollo de los convenios de asociación; y segundo, generar un debate jurídico que permita dar claridad sobre la diferencia entre ambas figuras, y por lo tanto determine el alcance los límites de la remisión normativa que realiza el artículo 96.

Quinto, aclarar esta confusión garantizará asociaciones reales y fructuosas entre el Estado y particulares, específicamente en los convenios de asociaciones los cuales hasta la fecha han sido desarrollados únicamente por entidades sin ánimo de lucro, dejando por fuera a aquellas personas jurídicas privadas con ánimo de lucro que puedan llegar a apoyar el desarrollo de funciones y cometidos asignados a entidades públicas, abriendo la posibilidad a un nuevo modelo de asociación que permitirá un mayor apoyo a las funciones del Estado que actualmente no ha sido desarrollado.

Limitaciones excesivas a los convenios de asociación y su diferencia con las asociaciones permitidas en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política 78

La demanda de nulidad simple contra el artículo 5° del *Decreto* 092 de 2017 será presentada ante el Consejo de Estado una vez sustentado el presente trabajo. A la fecha, se ha presentado una demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra el mismo artículo 5° ante la Corte Constitucional por el ciudadano Mauricio Posso Arango, sin embargo, mediante auto de fecha 06 de marzo de 2017, expediente D-11941, se rechaza la demanda por incumplir los requisitos necesarios para su presentación.

Referencias

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948, diciembre 8). Resolución No. 217 A. Por medio de la cual se adopta y proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recuperado de http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966, diciembre 16). Resolución 2200 A (XXI). Por la cual se adopta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Asamblea Nacional Constituyente. (1886, 5 de agosto). Constitución Política de la República de Colombia de 1886. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153>

Cabanellas, Guillermo. (1997). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta.

Caja Colombiana de Subsidio Familiar (COLSUBSIDIO); Ministerio de Justicia y de Derecho; Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC); Fundación Teatro Interno. (2015, julio 21). *Convenio No. 0543 “Aunar acciones, esfuerzos, capacidades, recursos y conocimientos para la implementación y operación de la Casa Libertad, que permita construir una red de apoyo y orientación exclusiva para el Pospenido, brindando un acompañamiento permanente a la población en su proceso de ingreso al mercado laboral y a la vida en comunidad. La Casa funcionará en la Avenida Caracas No. 36 – 41 de la ciudad de Bogotá D.C.”*. Bogotá D.C.

Caja Colombiana de Subsidio Familiar (COLSUBSIDIO). (2015, agosto 3). *Código de buen gobierno, ética y transparencia corporativa*. Recuperado de http://www.colsubsidio.com/common/docs/documentos_Sostenibilidad_Social/CODIGO_DE_ETICA_Y_BUEN_GOBIERNO.pdf

Cámara de Comercio de Bogotá. (2013, septiembre). Guía de Entidades Sin Ánimo de Lucro. Cómo constituir una Entidad Sin Ánimo de Lucro – ESAL. Recuperado de <file:///C:/Users/user/Downloads/C%C3%B3mo%20se%20constituye%20una%20entidad%20sin%20%C3%A1nimo%20de%20lucro.pdf>

Caracol Radio. (2016, 26 de octubre). Santos ordena frenar la contratación directa con entidades sin ánimo de lucro. Caracol Radio. Recuperado de http://caracol.com.co/radio/2016/10/26/nacional/1477503928_137986.html

Chávez Marín, A. (2015). Los convenios de la administración. Entre la gestión pública y la actividad contractual. Tercera Edición. Bogotá D.C. Editorial Temis S.A.

Congreso de la República de Colombia. (1873, mayo 26). *Código Civil. Ley 57 de 1887, art. 4o. Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárese incorporado en el Código civil el Título II de la misma constitución*. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>

Congreso de la República de Colombia. (1945, junio 18). Acto Legislativo Numero 1 de 1945. *Por el cual se confieren algunas atribuciones al director de la policía*. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1824969>

Congreso de la República de Colombia. (1968, diciembre 11). Acto Legislativo Numero 1 de 1968. *Por el cual se reforma la Constitución Política de Colombia*. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1825156>

Congreso de la República de Colombia. (1990, febrero 27). Ley 29 de 1990. *Por la cual se dictan disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico y se otorgan facultades extraordinarias*. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=254>

Congreso de la República de Colombia. (1993, 28 de octubre). Ley 80 de 1993. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

Congreso de la República de Colombia. (1998, diciembre 29). Ley 489 de 1998. *Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=186>

Congreso de la República de Colombia. (2011, enero 18). Ley 1437 de 2011. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html#PARTE

PRIMERA

Congreso de la República de Colombia. (2015, junio 9). Ley 1753 de 2015. *Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”*.

Recuperado de

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=61933>

Constituyente, República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*.

Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección I. República de Colombia. (1993, febrero 26). *Expediente No. 2073*. C.P. Yesid Rojas Serrano.

Recuperado de

https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_seccion_primera_e._no._n2073_de_1993.aspx#/

Consejo de Estado, Sala de Consulta. República de Colombia. (2006, febrero 23). *Concepto 11001030600020050171000*. C.P. Álvarez Jaramillo, Luis Fernando. Recuperado de

<http://www.notinet.com.co/pedidos/ce-1710-06.doc>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, República de Colombia. (2011, octubre 21). *Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00125-00(5242-05)*. *Asociación Antioqueña De Empresas Sociales Del Estado vs. Gobierno Nacional*.

C.P. A. Vargas Rincón. Recuperado de

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41941>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, República de Colombia. (2012, mayo 23). *Sentencia No. 22828*. *Luis Nelson Fontalvo Prieto vs. Ministerio de Agricultura d Desarrollo Rural*. C.P. O. Valle de la Hoz.

Limitaciones excesivas a los convenios de asociación y su diferencia con las asociaciones permitidas en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política 83

Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/Temp/reporte-20170420-1202.html>

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, República de Colombia. (2014, diciembre 3). *Sentencia No. 51832. Asociación Promotora De Proyectos Servicios y Asesoría Culturales Proactiva Y Otros vs. Bogotá - Distrito Capital - Secretaria Distrital de Integración Social*. C.P. O. Valle de la Hoz. Recuperado de <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/Temp/reporte-20170420-7338.html>

Corte Constitucional, República de Colombia. (1999, septiembre 9). *Sentencia C-671 de 1999*. M.P. A. Beltrán Sierra. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-671-99.htm>

Corte Constitucional, República de Colombia. (2000, octubre 4). *Sentencia C-1338 de 2000*. M.P. (E) Cristina Pardo Schlesinger. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-1338-00.htm>

Corte Constitucional, República de Colombia. (2001, agosto 1). *Sentencia C-805 de 2001*. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Recuperado de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-805-01.htm#_ftn3

Corte Constitucional, República de Colombia. (2011, octubre 6). *Sentencia C-748 de 2011*. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-748-11.htm>

Corte Constitucional, República de Colombia. (2015, octubre 28). *Sentencia C-671 de 2015*.

M.P. Alberto Rojas Ríos. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-671-15.htm>

Departamento Nacional de Planeación. República de Colombia. (2017, enero 23). Decreto

092 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*. Recuperado de

https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/decreto/2017/decreto_92_de_2017/decreto_92_de_2017-original.pdf

Gómez Buendía, H. Opinión. Revista Semana. (2003, mayo 12). *Auxilio, parlamentarios*.

Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/auxilio-parlamentarios/58041-3>

García Gómez de Mercado, F. (2004). *Manual de contratación y responsabilidad de la administración. Estudio sistemático de las obligaciones de la hacienda pública, los contratos y convenios de la administración y la responsabilidad patrimonial de ésta*. Granada. Editorial COMARES.

Gregorini Clusellas, Eduardo L. (2009). *Derecho de los contratos 1 parte general*. Editorial Hammurabi.

Ibáñez Najar, Jorge Enrique. (2003). *Alcance y límites de las potestades reguladora y reglamentaria*. Revista VNIVERSITAS. Recuperado de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14805/11953>

Ibáñez Najar, Jorge Enrique. (2007) Estudios de derecho constitucional y administrativo.

Bogotá: Editorial LEGIS, Justicia y Desarrollo Sostenible y la Universidad Sergio Arboleda

Justicia, El tiempo. (2014, agosto 20). Gobernaciones y alcaldías estarían usando convenios para no licitar. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14408922>

Melero Alonso, Eduardo. (2002). El concepto de reglamento en nuestra Constitución, desde una comprensión paradigmática del Derecho. Cuadernos Const. De la Cátedra Fadrique Furió Ceriol N° 38/39. Valencia, España. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/830977.pdf>

Ministerio de Educación Nacional, Corporación Voluntarios Colombia y la Fundación Heart for Change Colombia Volunteer Program. (2016, noviembre 27). *Convenio de Asociación. No. 1429 de 2015 “Aunar esfuerzos para garantizar la continuidad del programa de formadores nativos extranjeros (English teaching fellowship program) en instituciones de educación focalizadas por el Ministerio de Educación en 2016”*. Bogotá D.C.

Noticia, Presidencia de la República de Colombia. (2017, enero 23). Firmado decreto que frena abusos por contratación con entidades sin ánimo de lucro. Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/noticia/170123-Firmado-decreto-que-frena-abusos-por-contratacion-con-entidades-sin-animo-de-lucro>

Perdomo, C. (2014). *Los convenios de la administración y los contratos estatales: conceptos diferentes con regímenes jurídicos distintos. Tesis (Magíster en Derecho Público para la Gestión Administrativa). Universidad de los Andes*. Sin publicar. Recuperado de <http://occp.co/sites/all/files/Los%20convenios%20de%20la%20administraci%C3%B3n%20y%20los%20contratos%20estatales%20-%20conceptos%20diferentes%20con%20reg%C3%ADmenes%20jur%C3%ADdicos%20distintos%20.pdf>

Presidente de la República de Colombia. (1992, marzo 5). Decreto 393 de 1992. Por el cual se regula la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1716868>

Presidente de la República de Colombia. (1992, mayo 16). Decreto 777 de 1992. Por el cual se reglamentan la celebración de los contratos a que refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1454>

Presidente de la República de Colombia. (1992, agosto 26). Decreto 1403 de 1992. Por el cual se modifica el Decreto 0777 de 1992. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1510>

Presidente de la República de Colombia. (1993, diciembre 9). Decreto 2459 de 1993. Por el cual se adoptan disposiciones en relación con los contratos a que se refiere el inciso

Limitaciones excesivas a los convenios de asociación y su diferencia con las asociaciones permitidas en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política 87

segundo del artículo 355 de la Constitución Política. Recuperado de:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1543>

Presidente de la República de Colombia. (2015, mayo 26). Decreto 1069 de 2015. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.*

Recuperado de
http://www.ane.gov.co/images/ArchivosDescargables/Normatividad/Defensa_Juridica_del_Estado/Decreto%201069%20de%202015.pdf

Pomey, Michel. (1980). *Traité des fondatins d'utilité publique*. Paris: PUF.

Redacción Bogotá, El Espectador. (2014, junio 12). Contratación pública en Bogotá, en la mira de la Contraloría. Recuperado de
<http://www.elespectador.com/noticias/bogota/contratacion-publica-bogota-mira-de-contraloria-articulo-497862>

Tafur Galvis, A. (2011). *Constitución política y potestad organizadora*. Bogotá D.C. Grupo Editorial Ibañez.

Tafur Galvis, A. (2011). *Las personas jurídicas privas sin ánimo de lucro y el estado*. Cuarta Edición. Bogotá D.C. Grupo Editorial Ibañez.

Valencia Zea, Arturo. (1978). *Derecho Civil*. Tomo III, De las obligaciones. Bogotá D.C. Editorial Temis.

Anexos: Proyecto demanda

Honorable Consejeros

Sección Primera

Sala de lo Contencioso Administrativo

Consejo de Estado

E. S. D.

ASUNTO: NULIDAD SIMPLE

DEMANDANTE: DANIEL FERNANDO MRAD GARCÍA

DEMANDADO: NACIÓN – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA,
DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN Y
MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

DANIEL FERNANDO MRAD GARCÍA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.121.868.864 de Villavicencio, de manera respetuosa presento el medio de control nulidad, con fundamento en lo prescrito por el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, en contra de la NACIÓN – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, representado respectivamente por el señor Juan Manuel Santos Calderón, Simón Gaviria Muñoz y Mauricio Cárdenas Santamaría, o quien haga sus veces.

El presente medio de control se fundamenta en las siguientes consideraciones:

Limitaciones excesivas a los convenios de asociación y su diferencia con las asociaciones permitidas en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política 89

I. DESIGNACIÓN DE PARTES Y SUS REPRESENTANTES

PARTE DEMANDANTE:

Daniel Fernando Mrad García, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.121.868.864 de Villavicencio.

PARTE DEMANDADA:

Nación - Presidencia de la República, representada por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Alfonso Prada Gil, o quien haga sus veces.

Nación - Departamento Nacional de Planeación, representada por el Director General, Simón Gaviria Muñoz, o quien haga sus veces.

Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito público, representada por el Ministro, Mauricio Cárdenas Santamaría, o quien haga sus veces.

II. HECHOS

El día 23 de enero de 2017 el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expedieron el *Decreto* 092 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”.

III. PRETENSIONES

PRIMERA. - Que se declare la nulidad del artículo 5° del Decreto 092 de 2017.

SEGUNDA. - Que se condene a costas, y agencias en derecho, a la parte demandada.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

El artículo 137 del CPACA prevé las causales de nulidad de los actos administrativos, en los siguientes términos:

Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

De acuerdo con el artículo antes citado, la acción de nulidad será procedente, entre otros, cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que debían fundarse y adolecen de falsa motivación.

El Honorable Consejo de Estado debe proceder a declarar la nulidad del artículo 5° del Decreto 092 de 2017, en razón a que infringe las normas en la cual se debía fundar, es decir el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, para lo cual se desarrollan a continuación los conceptos de dicha violación.

a. INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN LAS QUE DEBÍA FUNDARSE

NORMA DEMANDADA

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

DECRETO NÚMERO 092 DE 2017

23 ENE 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

(...)

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 2 y están regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y los artículos 5, 6, 7 y 8 del presente decreto.

El artículo anteriormente señalado es violatorio del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, el cual señala lo siguiente:

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

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

(...)

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El medio de control de nulidad simple es una figura que faculta a cualquier ciudadano para solicitar por sí mismo o a través de un apoderado la declaratoria de nulidad de actos administrativos de carácter general o excepcionalmente de actos de carácter particular. Para

el caso de actos administrativos de carácter general, esta procederá en los siguientes casos: (i) cuando el acto fue expedido infringiendo las normas en las que debía fundarse; (ii) cuando se expidió el acto sin tener la competencia para ello; (iii) expedición del acto de forma irregular; (iv) cuando haya sido expedido desconociendo el derecho de audiencia y defensa; (v) cuando se expidió el acto haciendo uso de una falsa motivación; o (vi) cuando sea expedido el acto con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió (L. 1437/2011 Art. 137).

Diferencia entre los convenios de asociación y las asociaciones permitidas en virtud del artículo 355 de la *Constitución*

Las asociaciones permitidas en virtud del artículo 355 de la Constitución y los convenios de asociación son figuras de común implementación por el Estado en sus diferentes sectores como una forma de trabajo colaborativo con el particular. Si bien es cierto presentan algunas similitudes, de su estudio detallado se evidencia diferencias significativas que caracterizan a cada una de ellas.

En el siguiente cuadro se realizará una comparación entre ambas modalidades de asociación en donde se presentarán las diferencias y similitudes que se evidencian del análisis minucioso de la norma:

	Convenios de interés público	Convenios de asociación
Naturaleza de la actividad	El Estado impulsa iniciativas que se originan en el particular, las cuales	El Estado desarrolla cometidos y funciones propias que le ha

	se encuentran orientadas al interés general.	asignado la ley con el apoyo de particulares.
Partes intervinientes	Por un lado, el Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal; y, por el otro, entidades privadas sin ánimo de lucro. (C.N. Art. 355)	Por un lado, las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo; y, por el otro, personas jurídicas particulares.
Idoneidad	La entidad sin ánimo de lucro de gozar de reconocida idoneidad (C.N. Art. 355), concepto que se definido por el <i>Decreto</i> 092 de 2017.	Si bien el artículo 96 de la <i>Ley</i> 489 no hace referencia a que el particular debe contar con una idoneidad para la celebración del convenio, si hace referencia a que estas asociaciones deben desarrollar con observancia de los principios del artículo 209 de la <i>Constitución</i> , lo cual se materializa con la selección de un socio idóneo.
Objeto	Impulsar programas y actividades de interés público. (C.N. Art. 355)	Desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones asignadas

		por ley a las entidades. (L.489/1998 Art. 96)
Planes de Desarrollo	El objeto de estos convenios debe estar acorde al Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. (C.N. Art. 355)	No se requiere que el objeto de los convenios se encuentre acorde a los Planes de Desarrollo.
Reglamentación	La <i>Constitución</i> le otorga al Gobierno Nacional la facultad de expedir decretos para la reglamentación de estas asociaciones (C.N. Art. 355), razón por la cual se expide el <i>Decreto</i> 092 de 2017 que empezará a regir a partir de junio de 2017.	Se estructurarán de conformidad con los artículo 209 y 355 de la <i>Constitución</i> , así como lo previsto en la <i>Ley</i> 489.

Del anterior cuadro se concluye que estas dos figuras presentan más similitudes que diferencias, lo cual no significa que sean una sola. Para empezar, es preciso señalar la naturaleza que se desarrolla con cada uno de estos convenios; por un lado, en los convenios de interés público el Estado impulsa y desarrolla actividades de iniciativa privada, es decir que fortalece la finalidad altruista del privado cuando esta se encuentra orientada al desarrollo del interés general y se enmarcan dentro del Plan de Desarrollo; por el otro lado, los convenios de asociación se desarrollan para fortalecer los cometidos y funciones propias asignadas a las entidades públicas, es decir que no se parte de una iniciativa privada en donde

el Estado fortalece al particular, sino es el particular quien fortalece al Estado en el desarrollo de sus funciones y cometidos, lo cual se constituye como una diferencia fundamental entre estas dos figuras, y donde la cual se desprenden las demás diferencias. (Perdomo, 2014).

Con respecto a las partes que intervienen se presenta un diferencia sustancial, en ambas encontramos en un extremo a una entidad pública, mientras que en el otro tenemos, por un lado a entidades privadas sin ánimo de lucro (convenios de interés público) y, por el otro a cualquier persona jurídica particular (convenios de asociación); esta diferencia se entiende en razón a lo señalado en el párrafo anterior, es decir, que al impulsar una iniciativa privada orientada al interés general, esta se encontrará en entidades sin ánimo de lucro teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad de estas figuras, mientras que el fortalecimiento de funciones y cometidos de las entidades públicas lo podrá realizar cualquier entidad privada, sin importar su naturaleza. De lo anterior se concluye que el origen de la actividad es fundamental para determinar con quien se debe asociar el Estado.

La idoneidad es un factor a mi parecer común para ambos convenios, mientras que en los de interés público la determinación de la idoneidad esta explícita en el artículo 355, en los de asociación no quedó claro el tema. Como se ha señalado en repetidas ocasiones estos convenios se desarrollará de conformidad con lo establecido en el mismo artículo 96 y principalmente en lo señalado en el artículo 355 y por lo tanto los decretos que expida el Gobierno Nacional en virtud de ese artículo. Como ya expuse en el numeral 1.6. no se puede tomar en el sentido literal lo plasmado en la *Constitución* ni la normatividad que expida el Gobierno para reglamentar la materia toda vez que de hacerlo se estaría fusionando estas dos

figuras y por lo tanto desnaturalizando los convenios de asociación tal y como los estructuró el legislador, razón por la cual se debe a mi parecer analizar el sentido de la norma.

Para el caso concreto se estableció el concepto de idoneidad como un mecanismo de protección al Estado, lo cual se deduce de la restricción para asociarse con personas que demuestren haber desarrollado proyectos similares de manera exitosa, lo que significa que se busca que el Estado trabaje con personas que cuenten con las capacidades suficientes para adelantar los proyectos que determine sin que se genera ningún perjuicio. Esta finalidad de protección no estaría en contra de lo dispuesto por el legislador en la *Ley* 489, sino todo lo contrario, se estaría blindando estas asociaciones sin perder la esencia de la figura.

Este argumento se soporta con lo consagrado en el mismo artículo 96 de la *Ley* al señalar que estas asociaciones se deben realizar siguiendo los principios establecidos en el artículo 209 de la *Constitución*, es decir “Igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” (C.N. Art. 209), los cuales se materializan con la selección de un socio idóneo que cuente con las capacidades suficientes para adelantar y finalizar con éxito los proyectos que en virtud de estas asociaciones se realicen.

Lo anterior hace referencia a que el Estado debe buscar satisfacer “Las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos” (Art. 4, L. 489/1998) que se encuentran consagrados en la *Constitución*, lo cual obedece a que toda actuación del Estado debe estar encaminada y en cumplimiento de estos principios rectores que garantizan el correcto desarrollo de la acción estatal.

Estos principios se establecen como puntos de referencia para calificar el desempeño de las entidades públicas, de tal forma que se garantice la primacía del interés general sobre el particular (Art. 3, L. 489/1998), lo cual se interpreta como la selección de un socio que cuente con las capacidades necesarias para desarrollar los proyectos, es decir, aquel que cuenta con la idoneidad, y no la selección de un socio que no posea las competencias suficientes.

Con respecto al objeto, si bien para los convenios de interés se estableció que serían el fomento de programas y actividades de interés público, las cuales como se señaló son de origen privado, (C.N. Art. 355) y para los de asociación se señaló que sería el desarrollo de actividades en relación con los cometidos y funciones asignadas por ley a las entidades (L.489/1998 Art. 96), es decir que el particular apoya funciones del Estado, de manera amplia todo se enmarca dentro de un concepto de interés general que beneficie a la comunidad, a través del fortalecimiento de la acción estatal. Este argumento se fundamenta con lo expuesto por el Consejo de Estado (CE. 1, 1993, febrero 26, Y. Rojas), quien sostiene que las actividades que se desarrollen en el marco de los convenios desarrollados en virtud del *Decreto 777* de 1993, norma anterior que reglamentaba estas asociaciones, estaban orientadas a beneficiar a la comunidad en general, tesis que es recogida por la Sala de Consulta del Consejo de Estado (CE Consulta. 2006, febrero 23, L. Álvarez, p.7). De igual forma esto se complementa con lo señalado en la *Constitución* en donde se estipula expresamente que el Estado colombiano se encuentra fundado en la prevalencia del interés general (CN Art. 1), quien tiene como fin la promoción de la prosperidad general (CN Art. 2). En este sentido el Consejo de Estado ha señalado que los convenios de asociación son

“Un instrumento que el legislador autoriza utilizar para el beneficio colectivo, es decir, en interés general y, en todo caso, con acatamiento a los principios que rigen la actividad administrativa del Estado” (CE 3, 2014, diciembre 3, O Valle, p. 13).

La sujeción al Plan Nacional de Desarrollo o seccionales de Desarrollo (según corresponda) es una restricción establecida únicamente para los convenios de interés público y que no aplica para los de asociación quienes cuentan con la delimitación que los proyectos deberán realizarse en relación con las funciones y obligaciones que les ha asignado la ley. Esta limitación se fundamenta en la naturaleza de la iniciativa, es decir que al ser de origen privado las desarrolladas en virtud de los convenios de interés público, estas deben guardar relación no solo con el interés público sino con el plan de trabajo que ha establecido el Gobierno Nacional, por lo cual no se podrán fomentar cualquier iniciativa sino únicamente aquellas que se enmarque dentro de estos lineamientos, lo cual garantizará que estos convenios desarrollen actividades que realmente beneficien al Estado.

El Plan Nacional de Desarrollo es el documento que define la ruta de trabajo del Presidente de la República durante su gobierno en donde se establecen los lineamientos que definirá su política de trabajo, en igual sentido se aplica a nivel departamental, distrital y municipal, de lo cual se deduce que es la estrategia de trabajo de la rama ejecutiva. Partiendo de este precepto los Planes de Desarrollo no aplican para todas las entidades del Estado, razón por la cual no es posible establecerlo como una limitación de los convenios de asociación en donde se establecen, como ya se dijo, que hará parte de estos “Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo” (L.489/1998 Art. 96).

La restricción establecida para los convenios de asociación en el sentido que las entidades solo podrán desarrollar actividades que se relacionen con los cometidos y funciones que les ha asignado la ley. Esta es una limitación que, aunque no se señale expresamente para los convenios de interés público, se entiende explícitamente que sí aplica para estos teniendo en cuenta que cada órgano del Estado cuenta con una reglamentación clara y precisa que determina su finalidad. En este sentido la *Constitución* ha señalado “Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines” (CN Art. 113).

El tema de la reglamentación es claro en los convenios de interés público toda vez que la *Constitución* le otorgó expresamente al Gobierno Nacional la facultad constitucional de reglamentar la materia, y razón por la cual se expidieron los *Decreto* 393, 777 y 1403 de 1992, el 2459 de 1993 y el 092 de 2017, este último vigente a partir de junio de 2017 y deroga todos los anteriores. Con respecto a los convenios de asociación, la reglamentación se encuentra principalmente en el artículo 96 de la *Ley* 489 de 1998 y se complementa con los artículos 209 y 355 de la *Constitución*. El problema se presenta cuando se realiza la remisión al artículo 355 en el inciso segundo del artículo 96, el cual hace referencia a los convenios de interés público y este a su vez se remite a los decretos que expida el Gobierno Nacional en esta materia. Esta remisión ha sido asumida por algunos una homologación de estas dos tipologías de convenios como se expondrá en el numeral 1.7., y se ha desnaturalizado la figura establecida por el legislador.

La anterior comparación entre ambas figuras asociativas evidencia similitudes y diferencias significativas que despejan un poco el panorama sobre la igualdad entre ambos

convenios, dejando claro que se trata de dos conceptos separados, con finalidades distintas pero que comparten varias características, especialmente su búsqueda por el interés general.

Limitaciones a los convenios de asociación establecidas en el artículo 5 de la Ley 489 de 1998

El Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidieron el artículo 5° del Decreto 092 de 2017, por considerar que se expidió este acto administrativo de carácter general infringiendo las normas en las que debía fundarse, es decir, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

De la lectura de ambas normas se evidencia que el artículo 5° del *Decreto* restringe de manera clara y expresa el desarrollo el espíritu de la Ley 489 de 1998 por tres razones fundamentales: primero, el artículo hace referencia a las asociaciones entre el Estado y entidades privadas sin ánimo de lucro; es decir, que se deja por fuera a todas aquellas entidades que sí posean un ánimo de lucro, limitación que va en contra del artículo 96 en donde se establece la posibilidad de asociarse con personas privadas en general, sin importar que su ánimo sea o no de lucro. Segundo, se está estableciendo como tope mínimo un aporte del 30% por parte del particular para el desarrollo de los convenios de asociación, es decir se condiciona que solo aquellos privados que puedan aportar recursos por mínimo este tope, podrán apoyar el desarrollo de los cometidos y funciones de las entidades públicas. La finalidad de permitir el apoyo por parte de los particulares al Estado, se centra fortalecer el desarrollo de la actividad estatal en la búsqueda del interés general que tiene a cargo el Estado, permitiendo la colaboración y participación que hacen parte de los fines y características del Estado colombiano (CN Art. 1 y 2), sin limitación alguna, por lo cual fijar

unos topes mínimos para su asociación no solo estaría en contra del espíritu de la *Ley* 489 de 1998 sino de la *Constitución* misma.

La tercera y última razón, es la limitación adicional que se impone frente a los recursos aportados por los particulares en el sentido que estos solo pueden realizarse en dinero. Entidades tanto públicas como privadas cuentan con diferentes recursos para el cumplimiento de sus fines, bien sea dinero en efectivo o bienes y servicios que son utilizados para el desarrollo de sus actividades. Limitar a los particulares a contar con una suma mínima de recursos sería restringir la participación y discriminar a los privados que no cuenten con los recursos en dinero, y en igual medida restringiendo al Estado de contar con el apoyo de bienes y servicios que pueden ser proporcionados por privados para el cumplimiento de sus funciones.

Es preciso señalar frente a este punto en particular que, si bien no se puede limitar a una destinación de recursos en dinero o a un tope mínimo, si se debe garantizar que se aporte una contrapartida real y efectiva que contribuya de manera directa al desarrollo del proyecto, es decir que no podrá bajo ningún motivo disfrazar este tipo de asociaciones para entregar a particulares auxilios o donaciones, lo cual se encuentra claramente prohibido por la *Constitución* en su artículo 355. Las contrapartidas son el eje central de un trabajo colaborativo, en donde se evidencia la verdadera intención de las partes de apoyar las causas y fines comunes por las cuales se están asociando, por lo tanto, es indispensable que si se quiere desarrollar estas asociaciones se presente aportes de las partes, sin importar si es en dinero o especie, con el fin de materializar el trabajo colaborativo que consagra el artículo 96 de la *Ley* 489.

Si bien es cierto el artículo 5° señala que “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” (D. 092/2017), frente al tema de los aportes no es clara la situación en los casos en donde no se cuente con el 30% de los recursos en dinero, es decir si se podría contratar y entraría en competencia y, de ser así, como sería la selección y si estos aportes serían un factor de escogencia, razón por la cual determinar un porcentaje mínimo de aportes y la forma de los mismos sería limitar las asociaciones y establecer restricciones adicionales a las que determino en legislador en el artículo 96 de la *Ley* 489.

Facultad reglamentaria y potestad reguladora

Esta norma se entiende expedida para el caso particular de los convenios de asociación haciendo uso de la facultad reglamentaria que posee el Gobierno Nacional y por lo tanto se debe ajustar a los lineamientos y respetar el sentido de la *Ley* 489 de 1998 teniendo en cuenta que dentro de las características de esta facultad se encuentra que es derivada y limitada, con lo cual se entiende que la expedición del *Decreto* se debe realizar teniendo en cuenta la ley pre existente (*Ley* 489), sin ir más allá de lo que en ella se encuentra señalado ni contrarían el sentido de la misma (CCONST, 2011, octubre 6, J. Pretelt, p. 220).

La facultad o potestad reglamentaria es entendida como “La producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley... [para] encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real” (CCONST, 2001, agosto 1, R. Escobar, p. 21), lo cual se materializa por medio de la expedición de normas de carácter general que se requieran para desarrollar la ley.

De conformidad con lo consagrado en la *Constitución* la facultad reglamentaria se encuentra en cabeza del Presidente de la República quien, por medio de esta expedirá “Decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” (CN. Art. 189-11). En este sentido, se ha afirmado que esta potestad es entendida como la facultad para “Dictar normas complementarias necesarias para la cumplida ejecución de una regulación. Por ello, el acto reglamentario es un acto complementario de la regulación y no una creación originaria como ésta” (Ibáñez Najar, 2007, p. 649).

Esta facultad otorgada de manera general al Presidente no puede entenderse como una carta abierta para desarrollar la ley, es decir que no podrá ir más allá de lo señalado por el legislador, ni restringir su finalidad. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado:

Considerado el punto desde esta perspectiva, al Presidente de la República le está vedado ampliar o restringir el sentido de la Ley. No puede tampoco suprimir o modificar las disposiciones previstas en la Legislación pues con ello estaría excediendo sus atribuciones. Es de desatacar aquí, que no todas las leyes ordinarias requieren ser reglamentadas. Existen leyes que han sido formuladas por el Legislador de manera tan detallada y los temas en ellas contenidos han sido desarrollados en forma tan minuciosa, que *prima facie* no habría espacio para una regulación ulterior (CCONST, 2008, octubre 15, H. Sierra, p. 23).

Esta facultad “Tiene naturaleza “ordinaria, derivada, limitada y permanente”” (CCONST, 2011, octubre 6, J. Pretelt, p. 220). El elemento de ordinario se entiende en el sentido que no se requiere de una autorización adicional para su ejecución diferente a la consagración expresa de la *Constitución*; el concepto de derivado hace referencia a que se

requiere de una ley pre existente para su ejecución; se considera limitada en razón a que su campo de aplicación se delimita en la constitución y la ley, y no podrá cambiar ni modificar el contenido ni espíritu de la ley, así como no podrá “Dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador” (CCONST, 2011, octubre 6, J. Pretelt, p. 220); y se considera permanente toda vez que el Gobierno podrá hacer uso de la misma la cantidad de veces que considere.

En igual sentido, el Consejo de Estado ha señalado de manera enfática que la facultad reglamentaria no se puede utilizar de manera arbitraria, es decir el límite de esta potestad será siempre la norma de la cual se desprende, con lo cual se prevalece sobre todas las cosas la voluntad del legislador al momento de expedirla, teniendo en cuenta que es una facultad para complementar una ley, no crear una nueva. Al respecto dijo:

La potestad reglamentaria como lo ha sostenido esta Corporación no puede emplearse para reglamentar asuntos que discrepen sustancialmente de la norma identificada como objeto de esa potestad; cuando así se procede, es claro que se configura una violación al ordenamiento constitucional, precisamente en la norma que reconoce la competencia (artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política), además de la Ley que es objeto de regulación, ya que no le es posible al Gobierno Nacional, so pretexto de reglamentar la ley, introducir en ella alteraciones que desvirtúan la voluntad del legislador pues los límites de esta facultad los señala la necesidad de cumplir adecuadamente la norma que desarrolla; tiene sí la responsabilidad de hacer cumplir

la ley y de crear los mecanismos necesarios para hacerla efectiva pues de lo contrario ésta quedaría escrita pero no tendría efectividad.

Como lo ha sostenido la jurisprudencia la función que cumple el gobierno con el poder reglamentario, es la complementación de la ley, en la medida en que se trata de una actualización y enfoque a las necesidades propias para su eficaz ejecución y no un ejercicio de interpretación de los contenidos legislativos, ni de su modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene.

Reglamentar una ley implica dictar las normas generales necesarias que conduzcan a su cumplida aplicación, tal como precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en la ley, alcanzando el grado de generalidad o especificidad que determine el Presidente, según el contenido de la ley reglamentada, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le reconoce (CE 2, 2011, octubre 21, A. Vargas, p. 8).

De igual forma, se puede considerar que la reglamentación es una facultad accesorio, considerada como una representación de la voluntad general, es decir la ley, de tal manera que con el desarrollo de esta acción se realice con sujeción total a lo dictado por la misma. (Melero Alonso, 2002, p. 193). Esta posición es la que ha sido adoptado por la Corte Constitucional frente a la facultad reglamentaria con la que cuenta el Presidente de la República (CN Art. 189-11) y que ha encontrado sus limitaciones en el desarrollo jurisprudencial que se le ha dado a la materia.

Ahora bien, si bien es cierto el artículo 96 de la *Ley* 489 hace una remisión al artículo 355 de la *Constitución* con el fin de que se adelanten los convenios de asociación de conformidad con los lineamientos allí establecidos, ese artículo confiere una potestad reguladora, excepcional y expresa para que el Gobierno reglamente las asociaciones que se realicen en virtud del artículo 355 sin necesidad de una ley pre existente. Sin embargo, no se puede tomar como si dicha potestad se extendiera a los convenios de asociación en donde se cuenta con una ley específica al respecto y sobre la cual no se tiene una autorización expresa para contrariar la voluntad del legislador por parte del Gobierno Nacional.

Si bien es cierto, el Gobierno Nacional posee la potestad reguladora por mandato constitucional para desarrollar mediante decretos autónomos y sin necesidad de sujeción a una ley previa las asociaciones realizar en virtud del artículo 355 de la *Constitución*, esta facultad no puede entenderse ampliada a los convenios de asociación desarrollados por el artículo 96 de la *Ley* 489 de 1998, teniendo en cuenta que estos convenios ya cuentan con unas bases y lineamientos generales establecidos en esas misma ley y la potestad reguladora es una facultad excepcional y expresa para los casos que determine la misma *Constitución*.

En concordancia con lo anterior el artículo 5° del *Decreto* 092 de 2017 contraría, limita y restringe expresamente el contenido del artículo 96, es decir que el Ejecutivo está vulnerando el espíritu del legislador como se desarrollará a fondo en el capítulo final del presente trabajo.

Con lo anterior se concluye que el artículo 5 del *Decreto* 092 de 2017 limita de manera directa la ejecución de los convenios de asociaciones contenidos en el artículo 96 de la *Ley*

489 de 1998, y por lo tanto el espíritu de la misma, sobrepasando los límites establecidos para el desarrollo de la facultad reglamentaria que posee el Gobierno Nacional.

V. PRUEBAS

Sírvase tener como prueba los siguientes documentos que se allegan con la presente demanda:

1. Copia del Decreto 092 de 2017 expedido por el Departamento Nacional de Planeación, el cual se encuentra en el siguiente link:
https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiJsvS0mejTAhVB7yYKHc6wCu4QFggkMAA&url=http%3A%2F%2Fes.presidencia.gov.co%2Fnormativa%2Fnormativa%2FDECRETO%252092%2520DEL%252023%2520ENERO%2520DE%25202017.pdf&usg=AFQjCNEf6elnJB_jLNbH2UoGatxzZO2mdg

VI. COMPETENCIA

De conformidad con el numeral 1 del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo será competencia del Consejo de Estado las nulidades “De los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden”, específicamente de la Sección Primera de conformidad con el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado (Acuerdo 58 de 1999), modificado por el artículo 1 del Acuerdo 55 de 2003

VII. NOTIFICACIONES

PARTE DEMANDANTE

Daniel Fernando Mrad García, recibirá notificaciones en la siguiente dirección: Transversal 3 No. 56 – 19, apartamento 502, barrio Chapinero Alto de la ciudad de Bogotá D.C., y a través del correo electrónico danielmradg@gmail.com

PARTE DEMANDADA

La Nación – Presidencia de la República, podrá ser notificada en: la Calle 7 No.6-54, de la ciudad de Bogotá D.C.

La Nación - Departamento Nacional de Planeación, podrá ser notificada en: la Calle 26 # 13-19 - Edificio Fonade, de la ciudad de Bogotá D.C.

La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, podrá ser notificada en: la Carrera 8 No. 6C- 38, de la ciudad de Bogotá D.C.

De los señores Consejeros,

Daniel Fernando Mrad García

C.C. 1.121.868.864