



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA



MEMORANDO No. 0171-2016-132

De: Dra. OLGA MERCEDES CORDOBA ZARTA
Directora Técnica Jurídica

Para: Dra. MILENI SANCHEZ CUELLAR
Directora de Control Fiscal y Medio Ambiente

Asunto: REGIMEN DE CONTRATACION DEL INSTITUTO
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA.
CONCEPTO

CONCEPTO No. 20	17 de Noviembre de 2016
Tema:	Régimen de Contratación del Instituto Departamental del Deportes?
Problema Jurídico:	¿Cuál el Régimen de contratación del Instituto Departamental del Deportes?
Fuentes formales:	Constitución Política, Ley 42 de 1993, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 Decreto 1082 de 2015.
Precedente:	Sentencia C-671 de 2016 Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil concepto. Rad No: 1.626. Referencia: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Artículo 355 de la Carta Política

En atención al memorando, mediante el cual La Directora Técnica de Control Fiscal y Medio Ambiente de la Contraloría Departamental del Tolima, solicita se emita concepto y se dé respuesta a los problemas jurídicos planteados, La Dirección Técnica Jurídica, para proferir este concepto seguirá el siguiente procedimiento:

Primero se estudiará la normatividad y jurisprudencia relacionada con el tema, luego se emitirá las consideraciones para finalmente dar respuesta a los problemas jurídicos planteados.

PROBLEMAS JURIDICOS:

¿Cuál el Régimen de contratación del Instituto Departamental de Deportes del Tolima?.



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

ANTECEDENTES:

La Dirección de Control Fiscal y Medio Ambiente se encuentra realizando Auditoria al Instituto Departamental de Deportes del Tolima.

Que revisados varios contratos se han encontrado las siguientes situaciones:

Que el Instituto Departamental de Deportes del Tolima, no está aplicando el Régimen de la Contratación Estatal.

La contratación la está efectuando a través de un régimen especial establecido en el Artículo 355 de la Constitución Política reglamentado por los Decreto 777 DE 1992 y 1404 de 1992.

La Contratación la está realizando bajo la figura de Convenios Interadministrativos con las ligas de Deportes del Tolima, entidades privadas sin ánimo de lucro a quienes se les transfiere el dinero objeto de la contratación y son ellas quienes finalmente subcontratan los servicios o suministros que se requieran.

Lo que da lugar a preguntarse si el Instituto Departamental de Deportes, debe aplicar el Régimen de Contratación Pública o si por el contrario debe seguir aplicando el Decreto 777 de 1992.

i) NORMATIVIDAD

Sobre el control fiscal

CONSTITUCION POLÍTICA

El Artículo 267 de la Constitución Política nos dice que el Control Fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

ARTICULO 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.



La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

LEY 42 DE 1993 nos establece la forma de ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de las entidades del Estado fundamentada en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas.

Que para el ejercicio del control fiscal se podrán aplicar sistemas de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno, de acuerdo con lo previsto en los artículos siguientes.

Que la 489 DE 1998 en su Artículo 38 nos define la Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional.

La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

"(...)2. Del Sector descentralizado por servicios:

a) Los establecimientos públicos:

b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;

c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

*En el **Artículo 68 relaciona las Entidades descentralizadas**, Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de*



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema.

Ley 80 de 1993.

El Artículo 2º de la Ley 80 de 1993 nos define las entidades estatales a las cuales se aplica el Régimen de contratación pública:

Para tal efecto se denominan entidades estatales las siguientes: La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

ii) Sobre el Régimen Especial de contratación establecido en el Artículo 355 de la Constitución Política:

2.1 El Artículo 355 dispone de una forma sui génesis de contratación Así: Artículo 355. Ninguna de las ramas del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a 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 reglamentará la materia."

El inciso segundo del Artículo 355 de la Constitución autoriza a las entidades del estado a que puedan celebrar contrato con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas ya actividades de interés público.

2.2 Sobre el tema así se ha pronunciado la Corte Constitucional en Sentencia C-671/99

"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".

2.3 EL CONSEJO DE ESTADO mediante concepto. **Radicación número: 1.626. Referencia: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Artículo 355 de la Carta Política. Objeto. Consejera Ponente: GLORIA DUQUE HERNÁNDEZ,** veinticuatro (24) de febrero de dos mil cinco (2005).- Al resolver la Consulta realizada por el Ministro del Interior en razón de saber si el Departamento de Risaralda puede contratar con la Asociación de Cafeteros en amparo del Artículo 355 inciso segundo constitucional se ha pronunciado de las siguiente manera:

(...)

CONSIDERACIONES.

Con el fin de responder a los interrogantes planteados, la Sala analizará si la transferencia de recursos de una entidad departamental a una persona jurídica de derecho privado, sin ánimo de lucro, para ser administrados y ejecutados en la construcción de obras de mejoramiento y mantenimiento de la infraestructura vial, o la celebración de convenios de cofinanciación para la construcción de obras y mejoramiento de vías, se aviene a la previsión contenida en el inciso segundo del artículo 355 de la Carta Política.

A este efecto, se pronunciará sobre el objeto de los contratos que en virtud de la autorización contenida en la disposición señalada, y en sus reglamentos, pueden celebrarlas entidades territoriales en los distintos niveles, para "impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo"; con fundamento en lo anterior, concluirá acerca de la procedencia o no de que el Departamento del Quindío suscriba los contratos enunciados.

1. Prohibición de decretar auxilios y donaciones. Excepciones.

En relación con la interpretación del artículo 355 superior, puede decirse que la jurisprudencia ha definido el asunto suficientemente, en el sentido de precisar el alcance de la prohibición a las ramas u órganos del poder público de decretar a favor de terceros auxilios o donaciones, así como las



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

excepciones a la misma, mediante la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro, como se indicara más adelante. Dice la norma en mención:

"Artículo 355. Ninguna de las ramas del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a 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 reglamentará la materia."

Si bien el precepto prohíbe de manera general a las ramas y órganos del poder público, destinar recursos a particulares, también lo es que el mandato no es absoluto, pues el inciso segundo admite excepciones, cuando se trata de ejecutar, mediante contratos celebrados con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, actividades y programas de interés público, que estén en consonancia con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. Las erogaciones que se autoricen para tales efectos, deben tener sustento en principios y derechos constitucionales y resultar indispensables para realizar los fines esenciales del Estado, sólo así se armoniza la prohibición de decretar auxilios o donaciones con el cumplimiento de los deberes propios de un estado social de derecho.

Es decir, las transferencias de recursos públicos a particulares que tengan un fundamento constitucional expreso, no constituyen erogación prohibida por la Carta, sino el cumplimiento de los deberes sociales a cargo del Estado.

Por vía negativa, el auxilio o donación que prohíbe la norma Superior, es aquél que se hace en beneficio de particulares por mera liberalidad, sin contraprestación alguna; en otros términos, *"la transferencia injustificada de recursos del patrimonio público al particular, con el fin de favorecerá ciertos individuos o grupos de manera selectiva, así como la utilización política y electoral, y algunas veces económica, de las necesidades de personas y comunidades"* (C-183/97), lo que equivale a revivir la práctica de los llamados *"auxilios parlamentarios"*, cuyo mal uso generó el mandato constitucional.

Respecto de la naturaleza de los subsidios a los particulares, la jurisprudencia, de manera reiterada y uniforme, concluye que la prohibición no implicó la extinción de la función benéfica del Estado, sino que, admite otras excepciones que surgen del texto constitucional y que tienen por objeto garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, o el estímulo a actividades que la misma Carta considera dignas y merecedoras de apoyo.

Por tanto, no desconoce el mandato superior, el otorgamiento de subsidios, ayudas o estímulos económicos, cuando obedecen al cumplimiento de deberes o principios de rango constitucional, como por ejemplo, los recursos que conforme a los artículos 64 y 65 se destinen a mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos, proteger la producción de alimentos, e impulsar el desarrollo de las actividades del campo; los incentivos económicos al fortalecimiento de la investigación científica, a la promoción, fomento y acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

oportunidades, tal como lo ordenan los artículos 69 y 70; la concesión de subsidios a las personas de menores ingresos para el pago de las tarifas de servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas, según mandato del artículo 368, entre otros,

A este respecto resultan ilustrativos los siguientes apartes jurisprudenciales:

C-159/98.

"3. La solución del problema.

(...)

3.3. La prohibición de otorgar auxilios admite, no sólo la excepción a que se refiere el segundo aparte del artículo 355 superior, sino las que surgen de todos aquellos supuestos que la misma Constitución autoriza, como desarrollo de los deberes y finalidades sociales del Estado con el fin de conseguir el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país. Estos criterios responden a la concepción del Estado Social de Derecho, el cual tiene como objetivo esencial 'promover la prosperidad general, facilitar la participación, garantizar los principios y deberes consagrados a nivel constitucional, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden social justo y proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades' C-372/94., o como lo ha señalado en otra oportunidad la misma Corte, 'El estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad' T-426/92.

Bajo este entendido se explica el otorgamiento de subsidios, avalados por la Corte en diferentes pronunciamientos, a los pequeños usuarios en los servicios públicos domiciliarios art. 368, al fomento a la investigación y transferencia de la tecnología; a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierra etc., art. 65, a la adquisición de predios para los trabajadores agrarios, art. 64, a la ejecución de proyectos de vivienda social y a los servicios públicos de salud y educación, art. 49 y 67.

3.4. Como puede observarse, la Corte al determinar los alcances de la prohibición constitucional de los auxilios y las donaciones ha concluido que la Constitución no prohíbe, como medida infranqueable, que el Estado pueda transferir recursos públicos a favor de los particulares u organismos mixtos conformados con aportes públicos y privados, si la transferencia está legitimada en la necesidad de desarrollar y aplicar principios o derechos constitucionales establecidos. De este modo se logra una coherencia entre la prohibición de los auxilios y donaciones, art. 355, y los imperativos constitucionales relativos a la atención de los deberes sociales a cargo de las autoridades, y al cumplimiento de las finalidades constitucionales propias del Estado social de derecho". (negritas fuera del texto).

C-712/01:

"(...) el ámbito propio del artículo 355, en sus dos incisos, el primero en cuanto prohíbe explícitamente las donaciones y auxilios, y el segundo, que



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

permite la celebración de contratos para el cumplimiento de actividades de interés público, acordes con los planes de desarrollo, con personas jurídicas privadas, sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, es el de la acción benéfica del Estado, de las actividades de fomento que dentro de un Estado Social de Derecho corresponden como función propia, insoslayable, a la organización estatal. Se trata de apoyar la acción de organizaciones de origen privado, que en ejercicio de la autonomía e iniciativa para el desarrollo de las más variadas actividades que las personas realizan en sociedad (Constitución Política, art. 38), buscan la satisfacción de finalidades no simplemente lucrativas.

Como se puntualiza en la sentencia C-543/2001, el artículo 355 constitucional, cuando en el segundo inciso alude a la celebración de contratos, hace énfasis en que el objeto de los mismos es el desarrollo de actividades de interés público, acordes con los planes de desarrollo, y para asegurar que la acción de fomento (benéfica como la ha denominado la jurisprudencia de la Corporación) se cumpla adecuadamente, exige que las instituciones privadas con las cuales se hayan de celebrar sean precisamente de aquellas que conforme a la ley tengan el carácter de instituciones sin ánimo o fin lucrativo (las personas jurídicas, fundaciones y asociaciones, reguladas por el Código Civil -Título XXXVI- y disposiciones complementarias) que además, ostenten reconocida idoneidad en el ámbito donde conforme a sus respectivas reglas estatutarias, desarrollan las actividades de beneficio común", (negrillas fuera del texto).¹

Como se indicó, el medio a través del cual el Estado, en concurso con los particulares, puede desarrollar actividades de interés público o social, sin desconocer la prohibición constitucional del inciso primero del artículo 355, es a través de contratos, que deben reunir básicamente tres requisitos:

El primero, se relaciona con la naturaleza jurídica del contratista, pues las actividades benéficas del Estado sólo pueden cumplirse a través de entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad; el segundo, tiene que ver con el objeto o materia, la cual se circunscribe a "impulsar programas y actividades de interés público" de contenido eminentemente social, conforme al ámbito de aplicación del artículo 355, como "es el de la acción benéfica del Estado, de las actividades de fomento que dentro de un Estado social de Derecho corresponden como función propia, insoslayable, de la organización estatal. Se trata de apoyar la acción de organizaciones de origen privado, que en ejercicio de la autonomía de iniciativa para el desarrollo de las más variadas actividades que las personas realizan en sociedad (Constitución Política, art. 38) buscan la satisfacción de finalidades no simplemente lucrativas" C-543/01; el tercero, que dichos contratos estén acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo.

1 En igual sentido pueden consultarse las sentencias C-205/95, C-251/96, C-25/96, C-183/97, C-152/99, C-1 168/01, entre otras.

El concepto de planes de desarrollo está contenido en el artículo 339 de la Carta, que ordena un plan nacional, que debe señalar en su parte general, *Los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno*". El plan de inversiones públicas debe contener *"los*



presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución".

Las entidades territoriales, por su parte, deben elaborar y adoptar de manera concertada entre ellas y con el Gobierno Nacional, "planes de desarrollo, con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas por la Constitución y la ley".

La ley Orgánica del Plan de Desarrollo -ley 152 de 1.994- expedida en cumplimiento del artículo 342 de la Carta, contiene toda la normatividad aplicable a los procesos de elaboración, aprobación y ejecución de los planes de desarrollo.

Por tanto, cuando el inciso segundo del artículo 355 de la Carta ordena que los contratos que se celebren con entidades privadas sin ánimo de lucro, sean acordes con el plan nacional y los planes sectoriales de desarrollo, significa que deben estar en consonancia con los gastos y programas que se adopten en dichos planes.

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

2. Normas reglamentarias.

En desarrollo de la facultad conferida por el artículo 355, el Gobierno Nacional expidió el decreto 777 de 1.992, mediante el cual reglamentó la celebración de los contratos a que se refiere el inciso 2o. de la norma citada. El artículo 2o. excluye del campo de aplicación, los siguientes cuatro casos:

"Artículo 2o. Están excluidos del ámbito de aplicación del presente decreto:

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

"2. Las transferencias que se realizan con los recursos de los presupuestos nacional, departamental, distrital y municipal a personas de derecho privado para que, en cumplimiento de un mandato legal, desarrollen funciones públicas o suministren servicios públicos cuya prestación esté a cargo del Estado de acuerdo con la Constitución Política y las normas que la desarrollan.

"3. Las apropiaciones presupuéstales decretadas a favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas, como son las cooperativas públicas, o de corporaciones y fundaciones de participación mixta en cuyos órganos directivos esté representada la respectiva entidad pública, de acuerdo con las disposiciones estatutarias de la corporación o fundación [numeral modificado por el artículo 2o. del decreto 1403 de 1.992].



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

"4. las transferencias que realiza el Estado a personas naturales en cumplimiento de las obligaciones de asistencia o subsidio previstas expresamente en la Constitución y especialmente de aquellas registradas en los artículos 43, 44, 46, 51, 368, 13 transitorio y 46 transitorio de la misma", (negrillas fuera del texto).

El artículo 3o. del decreto 1403 de 1.992, adicionó a la norma transcrita el siguiente numeral y párrafo:

"Artículo 3:

(...)

"5. Los contratos que de acuerdo con la ley celebre la entidad pública con otras personas jurídicas, con el fin de que las mismas desarrollen un proyecto específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con las precisas instrucciones que esta última les imparte.

Parágrafo. Para efectos del presente decreto se consideran entidades públicas, además de las otras previstas por la Constitución y la ley, a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas", (negrillas fuera del texto),

Para los fines que interesan a la consulta, resultan relevantes las causales previstas en los numerales primero y quinto, que excluyen del campo de aplicación de la norma reglamentaria, los contratos que impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública contratante, **"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"**, y los que se celebren con el fin de desarrollar un proyecto específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con sus precisas instrucciones.

Como ya se indicó, el objeto de los contratos que autoriza el inciso segundo del artículo 355 Superior, se limita a la realización de actividades o programas de interés público que, conforme a los planes de desarrollo, adelanten instituciones privadas sin ánimo de lucro. Aquellos que generan una contraprestación directa a favor de la entidad contratante y los que tienen por objeto desarrollar proyectos específicos, corresponden al giro normal de las funciones propias de la entidad estatal, y por lo tanto, se tipifican dentro de cualquiera de las modalidades de contratación de la ley 80 de 1.993, debiendo sujetarse a los procedimientos allí previstos, en especial los de escogencia del contratista.

Cuando el artículo 355 autoriza a las entidades estatales a celebrar contratos para *"impulsar"* programas y actividades de interés público, se refiere a los del ente privado y no a los del Estado, pues respecto de éste el deber constitucional es no sólo impulsarlos sino cumplirlos, conforme las disposiciones contractuales vigentes, como sería por ejemplo, contratos de prestación de servicios o de obra pública. Por esto, el inciso 1o. del artículo 2o. del decreto 777 de 1.992, excluye del campo de aplicación del artículo 355, los contratos que celebren los organismos oficiales con el objeto de adelantar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.

La misma interpretación se consignó en sentencia de 26 de febrero de 1.993, radicación 2073, de la Sección Primera de la Corporación, que denegó las pretensiones de nulidad contra los artículos 1o. y 2o. del decreto 777:



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

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

Los programas y actividades de interés público deben ser desarrollados por la entidad privada y que dicho aspectos estén contemplados en los planes de desarrollo.

Sobre este tema: resulta oportuno citar los siguientes comentarios doctrinales:

"... de la lectura del artículo 355 se desprende que el objeto de los contratos es 'impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional de Desarrollo'. Esta norma muestra claramente que los contratos a que se refiere dicha disposición son aquellos por los cuales el Estado entrega recursos a un ente sin ánimo de lucro para que el mismo pueda adelantar sus programas. Los programas a que se refiere no son los programas del Estado sino los programas del ente privado, porque si fueran los del Estado se trataría no simplemente de impulsar un programa sino de ejecutarlo, y de otra parte no se requeriría que fuera acorde -esto es que guardara armonía- con el plan, aunque no esté incluido en el mismo, sino que debería estar comprendido.

De lo anterior se desprende que los contratos a que se refiere el artículo 355 constituyen un tipo contractual sui generis que se distingue claramente de los contratos de prestación de servicios.

(...)

Como ya se señaló, de la norma constitucional se desprende que los contratos a que se refiere el artículo 355 de la Constitución tienen por objeto la entrega de unos recursos o bienes del Estado a una entidad sin ánimo de lucro para apoyar un programa de esta última. Lo anterior indica que en un principio corresponde a la entidad sin ánimo de lucro dirigir el programa aunque existan algunos criterios en el contrato de apoyo. En esto se marca una radical diferencia con los contratos que tienen por objeto ejecutar un proyecto gubernamental de acuerdo con los parámetros fijados por el ente público y de conformidad con sus instrucciones.

De esta manera, los contratos que tienen por objeto desarrollar una actividad estatal por intermedio de un particular no se sujetan a las reglas que establece el 355.

(..)

Es por ello que el Decreto 777 de 1992 excluye de su ámbito de aplicación los contratos que impliquen una contraprestación directa para la entidad pública. ¿Qué es una contraprestación directa?

Ello ocurre cuando la entidad recibe un bien o se ve liberado de una obligación. Así por ejemplo, cuando compra un bien, o cuando la entidad



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

pública debe hacer un examen a una determinada persona y contrata a un particular para que lo haga".

Es de anotar, que si bien el artículo 96 de la ley 489 de 1.998, autoriza a las entidades públicas para asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, también lo es que dichos convenios deben cumplir los requisitos señalados en el artículo 355 de la Carta. Dice la norma:

"Artículo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, 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 aquellas 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". (Destaca la Sala).

² CÁRDENAS MEJIA Juan Pablo. Comentarios al nuevo Régimen de Contratación Administrativa. Ediciones Rosaristas. Segunda Edición 1995. Págs. 294,295.

Al declarar la exequibilidad de la norma transcrita, la Corte Constitucional reitera una vez más que la remisión al artículo 355 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 como lo ordena el citado artículo 355 de la Carta Política". C- 671/99. (negritas fuera del texto).

iii) CONCLUSIONES:

3.1.El Instituto Departamental de Deportes del Tolima, es un establecimiento público del orden territorial con autonomía administrativa y presupuestal.

3.2. Esta forma especial de contratación que desarrolla el Artículo 355 de la Constitución Política y los Decretos 777 de 1992, reformado por los Decretos 1403 de 1992 y 2459 de 1993, que según el Consejo de Estado tiene tres requisitos: "... las funciones benéficas del Estado solo pueden cumplirse a través de entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad; el objeto o materia del contrato se circunscribe a "impulsar programas y actividades de interés público" de contenido eminentemente social y, tercero, que



dichos contratos estén acordes con el plan nacional o los planes sectoriales de desarrollo.

3.3.- Los decretos expedidos por el Gobierno Nacional establecen una forma especial de contratación regida por el Derecho Privado, con una manifestación clara en cuanto a la selección del contratista, en el sentido que se hace de modo directo.

3.4.- Que en el Artículo 2 del Decreto 777 de 1992, el legislador estableció exclusiones para este régimen especial, así: "Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto: 1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes.

3.5.- Que se entiende por contraprestación directa a favor de la entidad pública, la existencia de beneficios a su favor como producto del desarrollo del proceso contractual.

3.6.- El propósito de este tipo de contratación es el de impulsar programas y actividades de interés público, apoyando las actividades análogas de la entidad particular sin ánimo de lucro, sin que se produzca contraprestación directa a favor de la entidad pública. Que las actividades y programas a impulsar son los de la entidad privada sin ánimo de lucro no de la entidad estatal.

3.7 De otra parte, la Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, señala en el artículo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares.

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



artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

3.9 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."

El caso en concreto:

3.10 Se tiene entonces que el propósito de la contratación dispuesta por el artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 777 de 1992, no es otra que la de apoyar las actividades propias de una entidad particular sin ánimo de lucro para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que le asigna la ley a éstas e impulsar programas y actividades de interés público que es precisamente el objeto que desarrollan las entidades sin ánimo de lucro.

3.11 El Instituto Departamental de Deportes del Tolima ha celebrado Convenios Interadministrativos con las Ligas de Deportes del Tolima, y se han transferido sumas de dinero para que sean administradas y ejecutadas por las Ligas de Deportes en la adquisición de servicios como transporte, alimentación y dotación de implementos deportivos con destino a los deportistas que practican el deporte que promueve la respectiva liga.

3.12 Por ejemplo existe el Convenio No. 031 suscrito en la vigencia 2015. Mediante el cual se suscribe un Convenio con la Liga de Patinaje del Tolima, persona jurídica privada sin ánimo de lucro, quien pidió apoyo económico para que algunos deportistas participen en el campeonato Nacional en la Ciudad de Cali.

3.13 A la Liga de Patinaje se la transfiere la suma de Ocho millones seiscientos setenta mil pesos (8.670.000.00), pero no está claramente determinado para este contrato cual es la actividad de interés público que desarrolla la liga, Si su actividad se limita únicamente a subcontratar los servicios de transportes, alimentación hospedaje y adquisición de implementos deportivos para los participantes.

3.14 El artículo 355 de la Constitución Política, enfatiza que el objeto de los contratos que se celebren con fundamento en este precepto, debe ser el desarrollo de actividades de interés público, acordes con



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

los planes de desarrollo, a fin de garantizar la acción de fomento del Estado, o "benéfica" como la denomina la jurisprudencia, por parte de instituciones que conforme a la ley tengan el carácter de privadas sin ánimo de lucro.

3.15 Esta concepción no se ve con claridad en los convenios denominados interadministrativos, dado que en última instancia se nota que las actividades desarrolladas fueron para beneficio de la entidad, en ejecución de los programas de incentivos económicos a deportistas.

3.16 A criterio de este Despacho, la contratación de estos objetos podía efectuarla directamente la Entidad estatal, ya que se enmarca dentro de las funciones de la entidad pública, las cuales debe cumplir de conformidad con las disposiciones presupuestales y de contratación vigentes.

3.17 La Entidad privada no tiene la capacidad para ser ella misma la que desarrolle o preste directamente los servicios contratados, porque se puede observar que subcontrata el servicio con otras personas naturales y jurídicas vulnerando el principio del "intuitu persone".

3.18 En consecuencia, concluye este Despacho que no es procedente la contratación de prestación de servicios, compraventa de implementos deportivos, con fundamento en el inciso segundo del artículo 355 de la Carta Política, pues ello implicaría el desconocimiento de los ordenamientos legales contenidos en la ley 80 de 1.993.

RESPUESTA A LOS PROBLEMAS JURIDICOS PLANTEADOS.

¿Cuál el Régimen de contratación que debe emplear el Instituto Departamental de Deportes?

El Régimen de Contratación que debe aplicar el Instituto de Departamental del Tolima es el establecido por la Ley 80 de 1993 y demás normas que lo reglamentan.

Por lo antes expuesto, no es viable que El Instituto Departamental de Deportes del Tolima, con fundamento en el artículo 355 de la Constitución Política, celebre convenios con las Ligas de Deportes, con el objeto de transferirle sumas de dinero para que sean administradas y ejecutadas en la adquisición de implementos deportivos, transportes, hospedaje y alimentación.



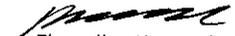
CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

En igual sentido, No es viable que El Instituto Departamental de Deportes del Tolima, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 355 de la Constitución Política y sus reglamentos, específicamente el Decreto 777 de 1.992, celebre convenios de cooperación con las Ligas de Deportes, para la adquisición de implementos deportivos, transportes, alimentación y alojamiento de los deportistas ya que implica la ejecución de un programa de gobierno el de "incentivos económicos a deportistas sin recursos y de menores ingresos económicos".

Cordialmente,


OLGA MERCEDES CORDOBA ZARTA
Directora Técnica Jurídica

Proyectó:


Flor alba tipas alpala
Profesional universitario