



# LINDEROS INDETERMINADOS ENTRE EL CONTRATO ESTATAL Y LA DONACIÓN:

UNA REFLEXIÓN ENTORNO AL PRECEPTO PLASMADO EN EL ARTÍCULO 355 DE  
LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

*“El orador debe tener la sutileza de lo dialéctico, la ciencia de los filósofos,  
la dicción de los poetas y el gesto de los cómicos”*

*Platón*

## RESUMEN

En la Constitución Política de Colombia se definió un precepto tipo regla que prohíbe expresamente las donaciones y auxilios decretadas por cualquier Rama del poder público con destino a particulares, no obstante, este mismo precepto establece una excepción amplia en cabeza del Ejecutivo en sus diferentes órdenes (Gobierno Nacional, Departamental y Municipal), para que se celebre contratos con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, con lo cual se abre una brecha muy amplia para que por esta vía se desvirtue el principio de selección objetiva que debe orientar toda la actividad contractual del Estado colombiano.

**Palabras clave:** donación, contrato estatal, prohibición constitucional, facultad reglamentaria.

**Pedro Javier Barrera Varela\***

\* Abogado Universidad de Boyacá (2007). Magister en Derecho Administrativo Universidad Libre de Colombia (2013), Estudiante de Especialización en Derecho Constitucional en Universidad Externado de Colombia. Experiencia profesional: Personero Delegado de Sogamoso 2006-2008, Coordinador Grupo de Gestión en Participación y Soporte Normativo del Ministerio del Interior y de Justicia 2008-2009. Profesional Universitario de la Contraloría General de la República desde el 2009 hasta la fecha. Docente Universitario. Conferencista Nacional en temas de Legislación Afrocolombiana y Consulta Previa con Grupos Étnicos. Investigador del Grupo Filosofía, Educación y Sociedad Grupo Categoría C, Colciencias. Diplomados en: Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario con INDEPAZ en 2004, Gobernabilidad y Ciudadanía (CAF y ESAP 2006) y en Contratación Estatal ESAP 2008. Tesis de maestría calificada en el grado de meritoria por la Universidad Libre de Colombia. (Contacto: pedrojavier\_b@hotmail.com).

*Fecha de recepción: abril 3 del 2015.*

*Fecha de aceptación: junio 30 del 2015*

BOUNDARIES INDEFINITE CONTRACT BETWEEN STATE AND DONATION:  
A REFLECTION ON THE PRECEPT ENshrINED IN ARTICLE 355 OF THE  
CONSTITUTION OF COLOMBIA

**ABSTRACT**

**Citar este artículo así:**

Barrera, P. (2016). Linderos indeterminados entre el contrato estatal y la donación: una reflexión en torno al precepto plasmado en el Artículo 355 de la Constitución Política de Colombia. *Justicia, Sociedad y Derecho*, 1(1), 26-49.



In the Constitution of Colombia, there is a precept that expressly prohibits donations and aids, decreed by any branch of the government, to particular people. However, this same precept establishes a broad exception for the executive power in its different orders (national, state and municipal government) in order to make contracts with suitable well recognized nonprofit entities. That exception opens a wide gap that distort the principle of objective selection that must guide all contractual activity in Colombia.

**Keywords:** donation, State contract, constitutional prohibition, regulatory power.

## INTRODUCCIÓN

Previo a la expedición de la Constitución Política de Colombia, existía una fuerte fuga de dineros sin ningún tipo de control fiscal a través de los denominados auxilios parlamentarios, que eran partidas asignadas a los congresistas donde ellos podían invertirlos en diferentes asuntos de una manera muy discrecional, el único medio de control era que se hiciera a través de fundaciones creadas para tal fin, institución que fue ampliada incluso para las corporaciones públicas como asambleas departamentales y concejos municipales; razón por la cual el constituyente de 1991 buscó la manera de suprimir esta práctica, desarrollando una disposición constitucional para tales efectos.

Bajo esta perspectiva, el presente artículo pretende con apego a los métodos analítico y hermenéutico, realizar un examen del precepto constitucional fijado en el Artículo 355 constitucional, donde se erigió una prohibición expresa para autorizar las donaciones y toda clase de donaciones, sin embargo, en esta misma disposición se fija una excepción demasiado amplia para que el Gobierno en sus diferentes niveles a través de contratos, pueda destinar dineros para las entidades privadas sin ánimo de lucro, con el objeto de lograr proyectos que redunden en beneficio del interés público.

Es así, como a manera de problema de investigación se pretende dar respuesta a sí la excepción prevista en el inciso segundo del Artículo 355, es demasiado amplia que permite que el contrato estatal pueda derivar en una donación autorizada por el Estado.

Para poder llevar a cabo la resolución de este problema, se ha propuesto desarrollar ejes temáticos, para finalmente emitir una conclusión probable sobre el interrogante planteado. En primer lugar, se presentará la noción del Estado de derecho privatizado, según el cual



existen diferentes argumentos constitucionales que permiten definir que en Colombia las funciones públicas en gran parte no son cumplidas por la administración sino por los particulares, quienes asumen la condición de garantes del Estado social de derecho.

Como segundo aspecto, se presentará una idea en relación con el contrato estatal dentro del Estado social de derecho, para decir que todo contrato o convención pública debe responder a la satisfacción de una necesidad o al mejoramiento del bienestar de la sociedad, así mismo que por tratarse de dineros públicos en todo evento debe garantizarse el cumplimiento del principio de la selección objetiva.

En tercer lugar, se realizará una exploración histórica de los antecedentes del Artículo 355 constitucional, apelando a las reformas constitucionales y leyes que se expidieron con anterioridad a la Constitución Política de Colombia; como también a las gacetas constitucionales donde se debatió la ponencia sobre auxilios parlamentarios.

Como cuarto tópico se analizará e interpretará el artículo 355 constitucional, su armonización con otros preceptos constitucionales, alcance de este postulado y se hará un énfasis de la disposición estipulada en el inciso segundo de esta norma, así como también su desarrollo reglamentario vía Gobierno Nacional.

Como último aspecto, se realizará una presentación del test sobre donaciones fijado por la Corte Constitucional en la sentencia hito sobre la materia (C-324 de 2009).

Con este artículo se pretende resolver la pregunta acerca de si el precepto constitucional establecido en el inciso segundo del Artículo 355, que establece una excepción para que el Gobierno en todos sus niveles con dineros públicos celebre contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro, con el fin de apoyar programas y actividades de interés público, es una permisión demasiado amplia para que en aquellos eventos el contrato estatal degenerare en una donación.

Se hace necesario elaborar una reforma constitucional que suprima esta excepción tan amplia a los procedimientos de selección objetiva propios de la contratación estatal.

## UN MODELO A LA COLOMBIANA: EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO PRIVATIZADO

La Constitución Política de 1991, establece que Colombia es un Estado social de derecho, pero de igual forma para el año 2011 era el séptimo<sup>1</sup> país más desigual del mundo (Revista Dinero, 2012) y el segundo país más desigual de América Latina (Portafolio, 2013), entonces, vale preguntar cómo opera el Estado social de derecho colombiano<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Los niveles de desigualdad se miden de acuerdo al índice Gini, donde si se acerca a cero (0) muestra mayor equidad y si se acerca a uno (1) mayor desigualdad. De acuerdo a la calificación que hizo el Banco Mundial y el índice Gini en el 2011, Colombia se ubica en la séptima casilla en el mundo con mayores niveles de desigualdad.

<sup>2</sup> En el periódico Portafolio el 18 de abril de 2013 se publicó un artículo titulado: "Colombia fuera de los 10 países más desiguales", donde se informa que el índice de desigualdad entre 2011 bajó de 0,584 a 0,539 para el 2012, lo que implica que el país salga del vergonzoso listado de los 10 países más desiguales del mundo.

Este modelo permite la vigencia del principio de progresividad para los sectores económicos e industriales, verbigracia los contratos de estabilidad jurídica<sup>3</sup> donde se garantiza mantener el orden jurídico vigente a los grandes inversionistas; contrario sensu, el principio de progresividad no es aplicable a los derechos económicos, sociales y culturales, por ejemplo, el derecho a la pensión en el cual no procede la progresividad con base en el argumento perverso de que no se trata de un derecho sino de una expectativa de derecho; es decir, que para el empresario si aplica unas garantías amplias del Estado social de derecho, pero para el trabajador se puede incrementar la edad de jubilación y hacer cada vez más escasas las posibilidades de acceder a este derecho.

El Estado social de derecho colombiano, se financia entre un 60% y 70% con los ingresos provenientes de impuestos indirectos<sup>4</sup> donde no existe ningún criterio de diferenciación para imponer la carga tributaria. Los tributos obedecen a la lógica de justicia distributiva, donde los que poseen más bienes y mayor capacidad económica deben pagar más impuestos, y los que poseen menor capacidad son beneficiarios de esos impuestos. Sin embargo, en Colombia no existe un criterio de justicia distributiva en ese 70% donde todos los colombianos sin importar su situación económica

<sup>3</sup> Los contratos de estabilidad jurídica ingresaron al ordenamiento colombiano a través de la Ley 963 de 2005 y aunque se predica que ya desaparecieron del ordenamiento con la reforma tributaria, en la actualidad existen cerca de 68 contratos de estabilidad jurídica entre el 2006 y 2012.

<sup>4</sup> Los impuestos indirectos son aquellos que tiene que pagar el consumidor, como el IVA, donde al momento de realizar la compra se garantiza la obligación tributaria.

tributan en iguales condiciones, acaso esto no implicaría que el sistema tributario en su integridad adolece de desigualdad, ¿sería viable impetrar una acción de inconstitucionalidad contra el régimen tributario colombiano, donde el 70% se percibe sin ningún criterio de equidad y diferenciación?, o resulta traído de los cabellos, pensar que este hecho afecta el principio de la igualdad material previsto en la carta política.

En el Estado social de derecho adoptado por Colombia, se autorizan las exenciones en las condiciones fijadas por el Gobierno Nacional, pero ante un caso de una sentencia de tutela dictada por una de las altas cortes, es posible de acuerdo con la reforma al precepto 334 de la Constitución introducida con el Acto Legislativo 03 de 2011<sup>5</sup>, que se adelante un incidente de impacto fiscal con la posibilidad de modular, modificar o diferir los efectos de la sentencia.

En virtud de lo anterior, el Estado colombiano entiende que por cumplir una sentencia judicial se puede llegar a afectar gravemente las finanzas públicas, pero en el caso de las exenciones que son dineros que deja de percibir el Estado vía impuestos, no se afecta el erario público y por ello no procede la sostenibilidad fiscal.

En el Estado social de derecho la prestación del derecho a la salud se hace a través de empresas promotoras de salud que son entidades privadas y administran los

<sup>5</sup> “Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal”; reforma constitucional en la cual se dota de amplios poderes al Procurador General de la Nación, al dejar en su cabeza la legitimación por activa para proponer el incidente de impacto fiscal, un Procurador General que adicionalmente y de acuerdo a la Constitución Política puede reelegirse en forma ilimitada.



recursos del sistema. Igual sucede en el campo de la prestación de servicios públicos domiciliarios donde en su mayoría son privados quienes prestan este servicio, solo por mencionar un caso y como detalle de ingrata recordación la venta de la EBSA<sup>6</sup> que era un patrimonio de los colombianos con participación mayoritaria de la Nación y fue privatizada a finales del año 2011 (Portafolio, 2011).

En este contexto los derechos económicos, sociales y culturales que exigen una prestación por parte del Estado, es decir, una obligación de hacer para con el ciudadano, en su mayoría son garantizados por empresas privadas, donde es evidente que existe un animus lucrandi y no solo un sentido altruista de efectivizar estos derechos.

Sumado todo ello, es plausible concluir que en Colombia se presente el fenómeno del “Estado social de derecho privatizado” (Sierra, 2006), máxime cuando simultáneamente al trabajo que realizaba la Asamblea Constituyente de 1991 de expedir una carta magna colmada de principios y garantías sociales<sup>7</sup>, el Estado colombiano por su parte, se sumaba al

---

<sup>6</sup> El Gobierno concretó la enajenación de sus acciones (99,41%) en la Empresa de Energía de Boyacá (EBSA) El Ministerio de Hacienda adjudicó la compañía a BCIF Holding Colombia S.A.S., un vehículo de inversión creado por el fondo de inversión Brookfield y los fondos de pensiones colombianos, que ofreció pagar por la compañía un poco más de 807.677 millones de pesos.

<sup>7</sup> Sobre este aspecto el profesor Humberto Antonio Sierra Porto ha indicado la falta de conexión entre la parte dogmática y la parte orgánica de la Constitución Política de Colombia, puesto que ante un catálogo tan amplio de derechos el aparato burocrático se reduce en virtud del cumplimiento de las políticas económicas internacionales, es decir que se da una privatización del estado y con ello el concepto se modifica a tal punto que se propone la noción de Estado social de derecho privatizado.

consenso de Washington y con ello a las políticas de apertura liberal, es así como de entrada el Estado social de derecho en Colombia tiene una limitación en la adopción de sus políticas de acuerdo a las imposiciones y medidas ordenadas por el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y el Parlamento de los Estados Unidos de Norteamérica.

Así las cosas y siguiendo los planteamientos del profesor Humberto Sierra Porto, existe un contrasentido entre el componente dogmático y el orgánico de la Constitución Política de 1991, puesto que de una parte se presenta una fuerte demanda de la ciudadanía para el cumplimiento de sus derechos consignados en esa primera parte de la Constitución y de la otra, se evidencia un aparato burocrático insuficiente, reducido, que conserva únicamente la función de control y vigilancia; por cuanto gran parte de las funciones y competencias estatales se han traspasado a manos del sector privado; es así como el Estado social de derecho colombiano termina siendo garantizado por los particulares y no por la administración pública.

Bajo este contexto, se concluye de manera vehemente que la Constitución Política de Colombia de 1991 adoptó un modelo de Estado social de derecho, pero en la práctica y de acuerdo a las dinámicas neoliberales y a las imposiciones de organismos internacionales a los cuales Colombia es totalmente obediente, se presenta el fenómeno del Estado social de derecho privatizado.

## EL CONTRATO ESTATAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: EL IMPERATIVO DE LA SELECCIÓN OBJETIVA

El Estado social de derecho a que hace referencia la Constitución Política de Colombia, implica el cumplimiento de unos fines y propósitos que redundan en el bienestar de la sociedad (Const., 1991, art. 2). Uno de los pilares de esta organización político-jurídica es el predominio del interés general; por consiguiente el aparato estatal debe buscar los mecanismos necesarios para propender por la garantía de unos mínimos sociales: Educación, salud, vivienda, recreación, seguridad y en general las diferentes prestaciones que permitan el goce efectivo de los derechos<sup>8</sup>.

Dentro de esas herramientas que emplea el aparato burocrático para el cumplimiento de sus fines, y dentro de la concepción del Estado social de derecho privatizado, la que tiene mayor aplicación es la contratación estatal; de tal suerte que es el primer insumo con que cuenta la Administración para garantizar la prestación de los servicios de los ciudadanos.

Esto implica que el contrato estatal siempre tenga una utilidad social, una prestación o beneficio que obedece al principio de interés general, por lo tanto es el vehículo a través del cual se moviliza toda la política pública, es decir, la concreción de las acciones por parte del Estado con destino a sus asociados.

Otra lectura que se puede hacer del contrato estatal es desde la teoría de justicia distributiva, toda vez que es a través de las acciones del Estado donde se hace una redistribución de los recursos públicos, aliviando las cargas de los menos favorecidos y equilibrando la balanza social.

Corolario con lo anterior, el Estado colombiano ha diseñado un sistema complejo de normas que orientan la contratación estatal y esto se presenta porque bajo la fórmula del Estado social de derecho privatizado, la Administración únicamente se reserva para sí las funciones de control y vigilancia, por ello maximiza en los controles y en los mecanismos para acceder al contrato estatal.

De otra parte, la actividad contractual se orienta por unos principios jurídicos y para el caso que ocupa esta ponencia el de la selección objetiva, según el cual la administración debe garantizar que se escoja la oferta más favorable a los intereses estatales, por lo tanto la selección objetiva quiere desvirtuar toda acción de personalización del contrato estatal, prescindiendo de las preferencias o intereses de quien ordena el contrato.

---

<sup>8</sup> Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.



Ahora bien, el deber ser implica que la selección objetiva sea un principio que se cumpla para todos los casos y contratos estatales que se suscriban en el Estado colombiano, en todos los niveles y por las diferentes entidades que conforman la compleja estructura de la administración pública.

Contrario sensu, existe un grupo de contratos que se convierten en la excepción al principio de selección objetiva, y esto por mandato constitucional como se precisará en líneas precedentes, donde dicho instrumento no es un imperativo para el ordenador del gasto, sino simplemente un acto de mera discrecionalidad.

El inciso segundo del Artículo 355 de la Constitución Política de Colombia en contradicción con el principio de selección objetiva.

### **ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 355 DE LA LEY FUNDAMENTAL**

El origen de los denominados “auxilios parlamentarios” se remonta a la expedición del Acto Legislativo número 1 de 1945 (Diario Oficial, n. 25.769, 1945), el cual agregó una competencia adicional al Congreso de la República en el artículo 76 de la Constitución Política de 1986, otorgándole la facultad de “[...] fomentar empresas útiles y benéficas dignas de estímulo y apoyo.”, que a su vez fue ampliada por el Congreso a las asambleas departamentales y concejos municipales en aplicación del numeral 3 del citado artículo 76 y del artículo 187 constitucional.

Posteriormente, con la reforma constitucional de 1968, a través del Acto Legislativo 01 de diciembre 11, se implementaron nuevas instituciones para la economía entre las que se destacan el principio de la planeación económica, en virtud del cual se fijó como función del Congreso la de determinar los planes de desarrollo económico y social a que debe ceñirse la economía nacional (Morales, 2010, pp. 42-45).

En la ponencia que se presentó en el seno de la constituyente (Gaceta Constitucional, n 077, pp. 47-54) se afirmó que fue a través de este acto legislativo donde se dio la inclusión de los auxilios parlamentarios en el ordenamiento jurídico colombiano, no obstante, esta posibilidad ya había sido incluida en la reforma de 1945, pero lo que si se crítica del Acto legislativo de 1968 es que hubiese mantenido los auxilios parlamentarios como una concesión al Congreso.

Para desarrollar la figura de los auxilios parlamentarios el Congreso de la República expidió las leyes 25 de 1977, 30 de 1978 y 61 de 1989. La Ley 25 de 1977 en el artículo 1º precisó qué entidades útiles y benéficas serían destinatarias del fomento autorizado por el artículo 76 de la Constitución de 1886, consignando lo siguiente:

(...)Artículo 1º.-Para todos los efectos del numeral 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, son empresas útiles y benéficas, dignas de estímulo y apoyo por la Nación, que el Congreso puede fomentar por medio de iniciativas legales, aquellas de derecho público o derecho privado, sin ánimo de lucro, que se ajusten a los planes y programas sectoriales vigentes, emprendidos, trazados o puestos en marcha por las

administraciones nacionales, seccionales o locales y por los entes descentralizados o aquellas otras que el Congreso adopte.

Y este precepto se complementó por el artículo segundo de esta misma disposición, en el sentido de autorizar al Congreso de la República a realizar apropiaciones en los presupuestos de la Nación y de los establecimientos descentralizados, para programas de fomento regional y de empresas útiles y benéficas, siempre que las mismas tuvieran como destino las entidades sin ánimo de lucro.

Otro aspecto, que debía dilucidarse era el relacionado con que sectores y obras o empresas útiles y benéficas serían las destinatarias del apoyo fijado en el artículo 76 constitucional, señalando que aquellas que se enmarcaran de los siguientes sectores: salud, educación, ciencia y cultura, obras públicas, vivienda y urbanismo, desarrollo hidroeléctrico y telecomunicaciones, ecológico, agropecuario, monumentos nacionales y patrimonio histórico, desarrollo de la comunidad y de la asociación, así como obras varias de las Juntas de Acción Comunal; con lo cual se permitió un amplísimo margen donde los recursos podían llegar a cualquier sector y/o actividad (Diario Oficial, n. 34.897, 1977).

Finalmente, la Ley 30 de 1978 (Diario Oficial, n. 35.167, 1978), encargó a los congresistas de identificar dentro de la circunscripción electoral por la que fueron elegidos, las entidades y los proyectos merecedores de la ayuda financiera de la Nación, conforme a los objetivos señalados en la misma Ley.

Ahora bien, en la ponencia presentada en la Asamblea Nacional Constituyente sobre este tema, se indicó que en un principio dichos auxilios cumplieron con la finalidad propuesta, que era la de encauzar dineros para las pequeñas obras de las diferentes comunidades que no podían ser detectadas por el Gobierno Nacional (Gaceta Constitucional, n. 077, pp. 47), y que a su vez se hacía a través de ejecución directa por parte de los municipios, juntas de acción comunal o agencias gubernamentales, cumpliendo entonces con la finalidad del constituyente.

No obstante, el sistema se pervirtió<sup>9</sup> con la inclusión de fundaciones o corporaciones privadas sin ánimo de lucro, donde los recursos dejaron de ejecutarse por las alcaldías, juntas de acción comunal y agencias gubernamentales, permitiendo que con estos dineros se financiaran todo tipo de actividades, haciendo que los mismos se manejaran de manera autónoma por parte del congresista (Gaceta Constitucional, n. 077, p. 48).

Sumado a que estas inversiones podían ser ejecutadas por empresas privadas sin ánimo de lucro, y destinarse para apoyar cualquier actividad, puesto que así lo establecía la Ley; en igual medida no se podía realizar un control fiscal efectivo a dichos recursos

---

<sup>9</sup> De acuerdo con la exposición de motivos planteados por el Constituyente de 1991 para sancionar el Proyecto de Acto Constituyente de vigencia inmediata de los dineros asignados a los congresistas algo más del 90% se hizo a través de personas jurídicas privadas con fines tan generales que estos recursos se podían destinar para cualquier actividad, y solo un 9,5% fueron ejecutados directamente por los municipios, agencias gubernamentales y juntas de acción comunal.



públicos porque únicamente se estaba aplicando los preceptos constitucionales y legales que orientaban la materia.

En las partidas decretadas para 1991 se apropiaron recursos que superaban los \$27.000 millones (Gaceta Constitucional, n. 077, p. 48), lo que en promedio equivaldría a 86 millones de pesos por congresista, que podía invertir de acuerdo con su buen criterio, dineros en los cuales no había ningún tipo de control fiscal. Para comprender el impacto de esta partida decretada, se hace un ejercicio de actualización de estos dineros empleando las sumas equivalentes al valor del salario mínimo de los años 1991<sup>10</sup> y 2013, arrojando un valor de \$307.743,6 millones.

Sin embargo, esta cifra<sup>11</sup> que parece exacerbada tiene que sumarse con la partida decretada para las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales que para el año de 1991 superó los \$40.000 millones (Gaceta Constitucional, n. 077, p. 49); de igual forma se aplica el mismo método de actualización y se concluye que para el año 2013 esta cifra equivaldría a \$455.916,4 millones, que sumado a la partida decretada en favor del Congreso arrojaría un valor de \$763.660 millones.

---

<sup>10</sup> Para 1991 el valor del salario mínimo estaba en \$51.720 y para el 2013 fue de \$589.500.

<sup>11</sup> Los Congresistas hicieron extensivo el beneficio de los auxilios a la totalidad de las asambleas departamentales y concejos municipales, donde un Departamento por más modesto que fuera su Asamblea recibía mínimo \$1.000 millones.

Esta cifra tan escandalosa y dado el incremento exagerado que tuvo esta partida entre 1990 y 1991, fue una razón suficiente para que la Asamblea Nacional Constituyente le pusiera freno total a este mecanismo perverso que se convertía en una ventana abierta a la corrupción, e incluso degenerara en un sistema de financiamiento de las campañas de los parlamentarios y en consecuencia expidiera un acto de vigencia inmediata, es decir, que además de aprobar un precepto constitucional donde se eliminara esta figura y que entraría en vigencia solo hasta 1992, una vez entrara a regir el texto de la Constitución Política de 1991; el constituyente se preocupó por controlar de alguna manera los dineros asignados para la vigencia de 1991 y en tal virtud, sancionó un Acto de vigencia inmediata (Transitorio) de 6 artículos (Gaceta Constitucional, n. 077, p. 49) para poder hacer algún tipo de fiscalización y exigir un mínimo de requisitos a las empresas privadas, siempre y cuando aquellos dineros aún no hubiesen sido desembolsados.

Corolario con lo anterior, el precepto constitucional que se aprobó es el contenido en el artículo 355 inciso 1, donde se dispone: "Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado (...)", siendo necesario y pertinente elevar a una norma constitucional la anterior prohibición, toda vez que si se trataba de una limitación al órgano legislativo no podía quedar en manos de la ley esta prohibición.

35

## INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 355 CONSTITUCIONAL

### Algunas excepciones constitucionales a la prohibición del Artículo 355

La norma fijada en el inciso primero del artículo 355 superior, no puede interpretarse como una prohibición absoluta, sino que debe armonizarse con otros preceptos de la carta, que a su vez se erigen en justas excepciones a dicha prohibición, algunas de estas se citan a continuación:

**Art. 13.** Principio de igualdad material: el Estado puede ordenar acciones afirmativas en favor de un grupo de personas que se encuentren en una situación de vulnerabilidad o de desigualdad, en aras de materializar el principio de igualdad y los fines esenciales del Estado social de derecho.

**Art. 50.** Atención gratuita en materia de salud a todo menor de 1 año en cualquier institución de salud que reciba aportes del Estado.

**Art. 109.** Participación del Estado en la financiación de las campañas electorales y de los partidos y movimientos políticos. En este precepto también se configura una excepción de la prohibición constitucional del artículo 355, toda vez que aunque los partidos y movimientos políticos son entes de naturaleza privada, es admisible que se apoyen a dichas instituciones con recursos públicos, en aras de estimular la participación política de los asociados.

**Art. 334.** Intervención del Estado en materia económica. Esta norma establece una facultad en cabeza del Estado para intervenir en la economía en los diferentes sectores y con el objeto de buscar el mejoramiento de vida de los habitantes y la distribución equitativa de las oportunidades.

Con base en lo anterior, las excepciones al inciso primero del artículo 355 deben ser de raigambre constitucional y no legal, porque al Congreso no se le confirieron facultades para ello, es decir que aunque existe un amplio margen de configuración legislativa y entre la Constitución y la Ley se presenta una relación de carácter abierto, donde la Ley puede ir más allá de los postulados constitucionales en virtud al principio democrático siempre que no sean normas contrarias u opuestas a esta, en materia de auxilios y donaciones, existe una relación de carácter cerrado por cuanto el Legislativo no tiene facultades para desarrollar los postulados constitucionales.

### Preceptos constitucionales que refuerzan la prohibición del Artículo 355

Cuando el Constituyente de 1991 hace reiteraciones de algunos preceptos en la carta política, es porque evidencia la necesidad de otorgar cláusulas de reforzamiento a determinadas materias, tal es el caso de los derechos fundamentales, o de la prevalencia de los tratados internacionales en el derecho interno.

Por lo tanto, en materia de prohibición de donaciones y auxilios, luego de realizar una exploración por el texto constitucional, se encuentran diferentes preceptos



que de una u otra forma coadyuvan la prohibición consignada en el Artículo 355 constitucional. Dichos preceptos se presentan como sigue:

**Art. 136. Prohibición al Congreso y a cada una de sus cámaras de decretar en favor de personas o entidades, donaciones, gratificaciones, auxilios, indemnizaciones, pensiones u otras erogaciones que no estén destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a la ley preexistente.**

El anterior precepto de igual forma prohíbe los auxilios y donaciones pero la diferencia con el artículo 355 es lo que lo hace de manera particular y concreta para el Congreso de la República, e incluso amplía los conceptos para que no haya aproximación alguna con esa figura nefasta que autorizó la Constitución de 1886.

Como un mecanismo sancionador y mediante el cual se otorga una facultad coercitiva ante aquellos eventos en que se desconozca la prohibición constitucional, en el Artículo 183 constitucional se estableció como una causal de pérdida de investidura para el Congresista, en el numeral 5 la que deriva de la indebida destinación de dineros públicos.

Y finalmente, en el Artículo transitorio 34 se faculta nuevamente al Presidente y no al Legislativo para que expida un decreto que tenga como objeto hacer la veduría del Tesoro y evitar que dineros públicos sean invertidos en campañas electorales, salvo en el financiamiento que sea conforme a la Constitución y la Ley. Con fundamento en lo anterior, el Gobierno expidió el Decreto 2093 de 1991 (Diario Oficial, n. 40.018, 1991).

## **La excepción prevista en el inciso segundo del artículo 355**

El inciso segundo del Artículo 355 de la Constitución Política, establece:

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 con los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Esta excepción se debe descomponer en sus diferentes partes, para evaluar su pertinencia y armonización con los principios que orientan la actividad contractual del estado, principalmente el de selección objetiva.

### **¿Quién está facultado para celebrar estos contratos?**

El Gobierno en los distintos niveles es quien se encuentra facultado para celebrar esta tipología de contratos, es decir, que todo el brazo ejecutivo del poder público se encuentra en la capacidad de suscribir los contratos, por lo tanto las ramas legislativa y judicial no tendrían facultad para ello.

### **¿Con que dineros se financian estos contratos?**

Dichos contratos se tienen que celebrar con cargo a los dineros fijados en los presupuestos públicos, es decir, que son recursos del erario los que se invierten para la suscripción de esta clase de contratos.

37

**¿Cuál es el vehículo a través del cual se entregan los dineros públicos?** El contrato estatal; se prohibieron las donaciones y auxilios directos, es decir que no se puede hacer a través de un acto administrativo sino que se debe suscribir una convención con el Estado.

**¿Con quiénes se suscriben estos contratos?** Las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, son los potenciales contratistas de esta modalidad de convenciones, por lo tanto se hace en igual forma que con los extintos auxilios parlamentarios que se otorgaban a dichas entidades privadas.

**¿Cuál es la finalidad de esta excepción?** La finalidad de esta tipología contractual, es la de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan y los planes seccionales de desarrollo, ¿acaso toda la actividad contractual del Estado colombiano, no tiene esta misma finalidad? Es decir contribuir con el interés público, y adicionalmente por estar sujeta al Principio de Planeación (Herrera, 2012, p. 517), todo contrato estatal<sup>12</sup> debe armonizarse con los planes de desarrollo, por cuanto las necesidades no pueden surgir de la nada, sino de una fase previa de estudios y análisis.

---

<sup>12</sup> Los contratos estatales y los actos administrativos, como formas de actuación de las autoridades, están sujetos al artículo 209 constitucional, que establece que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales”. En lo que respecta a la finalidad propiamente dicha, el artículo 3° de la Ley 80 de 1993 establece que los servidores públicos al momento de celebrar contratos deberán tener en cuenta 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.

**¿Qué organismo tiene la facultad reglamentaria?**

En principio, todas las normas constitucionales tienen reserva de ley, es decir que solo pueden desarrollarse a través del instrumento normativo de mayor legitimidad, que en este caso es la Ley (Sierra, 1998). Sin embargo, en el presente caso dicha facultad se otorga al Gobierno Nacional, por lo cual se hace una fuerte crítica a dicha delegación, por cuanto la excepción puede ejecutarse por la rama ejecutiva y es a ella misma a quien se le entrega la facultad de reglamentación.

En un principio podría decirse que dicha excepción fue bien concebida por parte del constituyente, puesto que se trataba de frenar los malversados auxilios parlamentarios y donaciones, es decir, que se debía despojar al legislativo de dicha potestad de autorregulación, sin embargo como fue aprobado el artículo 355 constitucional, se evidencia que la prohibición al legislativo ya existe en el inciso primero, y precisamente quedó configurada como una norma tipo regla, que no necesita reglamentación alguna, sino que tiene validez normativa por sí misma, por lo tanto lo que sí merece una reglamentación exigente es el inciso segundo de esta disposición, que es una facultad otorgada únicamente para el Gobierno en todos sus niveles, concluyendo que no es coherente que se le entregue al mismo Gobierno dicha facultad.

Es así como para el caso de la excepción debió haberse facultado al Congreso de la República y no al Gobierno Nacional como quedó consignado.

## Marco normativo del Artículo 355

Dentro de esa facultad reglamentaria otorgada al Gobierno Nacional, se expidieron los decretos 777<sup>13</sup>, 1403<sup>14</sup> de 1992 y 2459 de 1993<sup>15</sup>.

En principio se debe advertir, que como tal no existe una regulación completa sobre la manera en cómo se deben celebrar estos contratos, por lo tanto el Gobierno facultado por la Constitución ha reglamentado de manera muy tímida la materia, precisamente porque él es el mismo destinatario de la norma, por lo tanto es más conveniente un procedimiento flexible, que sea maleable por parte de las distintas esferas del Gobierno Nacional. Otro aspecto de vital importancia, resulta del hecho de que esta normativa no se ha actualizado en relación con el estatuto contractual, Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2011 y decretos reglamentarios. Por lo tanto, bien podría afirmarse que se trata de normas obsoletas, las cuales merecen una revisión urgente por parte de las autoridades competentes.

El Decreto 777 de mayo 16 de 1992, tuvo por objeto reglamentar la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la

Constitución Política, por lo tanto se presenta un examen de las disposiciones más relevantes de este texto normativo.

El Artículo primero, establece que dichos contratos deberán constar por escrito y se sujetarán a las leyes de derecho privado, sin embargo que podrán incluirse las cláusulas exorbitantes del Decreto 222 de 1983, actualmente conocidas como cláusulas excepcionales.

Adicionalmente se consagra que en aquellos contratos en donde la cuantía sea igual o superior a 100 SMMLV deberán publicarse en el Diario Oficial o en los respectivos diarios, gacetas o boletines dependiendo la calidad de la entidad contratante. Y para aquellos contratos que tienen una cuantía igual o superior a los 5.000 SMMLV deberán someterse a la aprobación del Consejo de Ministros.

En lo que atañe, a las calidades del contratista, y concretamente sobre el requisito de la idoneidad se fija que es aquella experiencia que de manera satisfactoria acredite la capacidad técnica y financiera de las entidades sin ánimo de lucro para poder cumplir el objeto del contrato; y que esta calidad será evaluada mediante un acto motivado de la Administración.

El Artículo 5, establece la obligación de constituir garantías adecuadas para el manejo y cumplimiento del contrato.

En el Artículo 6, se fija la función de interventoría para verificar la ejecución y cumplimiento del objeto del contrato.

---

<sup>13</sup> El Decreto 777 de 1992, es el que expide el Gobierno Nacional para reglamentar el artículo 55 de la Constitución Política de Colombia, concretamente en lo que atañe a su inciso segundo.

<sup>14</sup> El Decreto 1403 de 1992 modifica algunos preceptos del Decreto 777 de 1992.

<sup>15</sup> El Gobierno expide el Decreto 2459 de 1993 por medio del cual adopta disposiciones relacionadas con los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 constitucional.

El Artículo 12 de la citada disposición, precisa que las entidades sin ánimo de lucro deben estar constituidas con seis meses de antelación a la celebración del contrato y tener vigente el reconocimiento de su personería jurídica.

Finalmente, el artículo 14, señala que estos contratos son susceptibles de un control fiscal posterior por parte de las respectivas Contralorías en los términos establecidos en los Artículos 267, 268 y 272 de la Constitución Política.

Como quedó consignado, estas disposiciones son estipulaciones básicas de regulación de estos contratos, donde no se elabora un procedimiento completo para su celebración, ejecución y liquidación; y lo que es más gravoso aún, no existen materias vetadas para estos contratos, por cuanto el interés público es un concepto tan amplio que puede emplearse en cualquier campo, actividad o materia de la acción estatal.

Con ello se demuestra que principios básicos de la contratación estatal como el de la selección objetiva no se garantizan con las disposiciones anteriormente analizadas.

El segundo instrumento normativo, es el Decreto 1403 de 1992 que tuvo por objeto modificar algunos aspectos del Decreto 777 de 1992, sin que impliquen un cambio sustancial en la configuración de esta modalidad de contratos.

Finalmente, se encuentra el Decreto 2459 de 1993 “por el cual se adoptan disposiciones en lo concer-

niente a los contratos a que se refiere el inciso segundo del Artículo 355 de la Constitución Política, es un decreto de 3 artículos y en lo que ocupa a esta ponencia, únicamente se hará énfasis en el artículo 2° de dicha disposición:

**Art. 2. Los contratos a que se refiere este Decreto que celebren la Nación o los establecimientos públicos nacionales no requerirán de la aprobación del Consejo de Ministros.**

De otra parte el Artículo 3°, señala de manera expresa que se derogan las disposiciones que le sean contrarias. Ahora bien, en el Decreto 777 de 1992, se disponía que en aquellos contratos de cuantía superior a los 5.000 SMMLV, debería someterse a la aprobación del Consejo de Ministros, no obstante y aunque esta norma no figura como derogada, de acuerdo al precepto fijado en el Art. 3 del Decreto 2459, es plausible concluir que dicha disposición sufrió una derogatoria tácita, por lo tanto no existe restricción alguna a la suscripción de estos contratos, independiente de la cuantía a contratar.

En virtud a lo anterior, estas son las disposiciones que regulan la materia concerniente al artículo 355 de la Constitución Política de Colombia.

## **ESBOZOS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL ARTÍCULO 355 CONSTITUCIONAL**

Ante la incertidumbre normativa con relación al Artículo 355 y la falta de técnica por parte del constituyente al delegar dicha facultad en cabeza del Ejecutivo, ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional la



que ha tenido que precisar sus contenidos y elaborar mecanismos que coadyuven a la perversión de estos contratos, evitando que las convenciones autorizadas por el artículo 355 degeneren en una donación.

En este acápite se hará un estudio de algunas de las sentencias más relevantes sobre la materia, teniendo como criterio aquellas donde se ha declarado la inexequibilidad de normas por ser contrarias al precepto 355 constitucional, y de igual forma la sentencia hito sobre la materia, que en últimas recoge la línea jurisprudencia y fija unas reglas a las cuales se deben someter los contratos estatales que se rigen por el inciso 2° del Artículo 355 de la norma superior.

Mediante sentencia C-372 de 1994 (Corte Constitucional, Sentencia C-372, 1994), la Corte Constitucional realizó el estudio de constitucionalidad del Art. 6° del Decreto 130 de 1976, que establecía al siguiente tenor:

**Artículo 6o.** De las Corporaciones y Fundaciones de Participación Mixta. Sin perjuicio de lo que normas especiales tengan establecido para algunas de ellas, las personas jurídicas que se crean para fines de interés público o social, sin ánimo de lucro, con recursos o participación de entidades públicas y de particulares, se someterán a las normas previstas para las Corporaciones o Fundaciones, según el caso, en el Código Civil y demás disposiciones pertinentes.

La declaratoria de inexequibilidad tiene sustento en que las entidades privadas o mixtas sin ánimo de lucro, para efectos de recibir aportes del Estado, deberán someterse a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 355 constitucional y sus decretos reglamentarios;

toda vez que dicha norma se expidió con anterioridad de la constitución política de Colombia y por ello debe adecuarse la manera en que dichos entes perciben los recursos estatales. Adicionalmente, sostuvo la Corte que los contratos a que se hace referencia deben estar conformes con el Plan Nacional de Desarrollo que expida el Congreso de la República.

En una demanda posterior, la Corte Constitucional con sentencia C-507 de 2008, realizó el estudio de constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley 1151 de 2007, "Plan Nacional de Desarrollo", y para el caso objeto de estudio, interesa el Art. 10 que establecía al siguiente tenor:

**Artículo 10.** Para todos los efectos, se entiende que los apoyos económicos directos o indirectos, así como los incentivos, constituyen una ayuda que ofrece el Estado sin contraprestación alguna por parte del beneficiario y se otorgan de manera selectiva y temporal en el marco de una política pública. Es potestad del Gobierno Nacional establecer el sector beneficiario y el valor del apoyo o incentivo económico, así como determinar, los requisitos y condiciones que sean del caso. Por consiguiente, solo se considerará beneficiario y titular del derecho al apoyo o incentivo quien haya sido seleccionado mediante acto administrativo en firme por haber cumplido los requisitos y condiciones establecidos por el Gobierno para tal efecto.

**PARÁGRAFO.** Mientras ello no ocurra los potenciales beneficiarios solo tendrán meras expectativas y NO derechos adquiridos (Diario Oficial, Sentencia 46.700, 2007).

Sobre esta sentencia, vale la pena destacar dos aspectos, el primero que declaró la inexecutable del precepto, aduciendo que:

(...) toda norma legal que otorgue al gobierno la facultad de asignar recursos públicos en cumplimiento de una determinada política social o económica debe contener, cuando menos, dos salvaguardas. La primera, destinada a asegurar que se cumplan con las condiciones para evitar que se trate de un auxilio o una donación. La segunda, destinada a garantizar que el proceso de asignación respetará el principio de igualdad y no discriminación (Corte Constitucional, C-507, 2008).

Por lo tanto, la Corte concluyó que en el presente caso el artículo 10 de la Ley 1151 de 2007, no cumple con dichas salvaguardas, es así como la permisión al Ejecutivo es un facultad genérica que vulnera el postulado fijado en el 355 superior.

El segundo aspecto de relevancia es que en dicha providencia se delimitaron algunos requisitos bajo los cuales se hace posible la excepción prevista en el inciso segundo del Art. 355 constitucional, estos son:

1. Toda asignación de recursos públicos debe respetar el principio de legalidad del gasto. 2. Toda política pública del sector central, cuya ejecución suponga la asignación de recursos o bienes públicos, debe encontrarse reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el correspondiente Plan de Inversión. 3. Toda disposición que autorice una asignación de recursos públicos, sin contraprestación por parte del beneficiario, tiene que encontrarse fundada en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice. 4. Debe respetar el principio de igualdad (Corte Constitucional, C-507, 2008).

De esta manera la Corte Constitucional volvió a declarar inexecutable una norma por contravenir el precepto estipulado en el 355 constitucional; y adicionalmente fijó unas reglas importantes que se deben seguir en materia de contratos con entidades sin ánimo de lucro; es decir que el intérprete a efectos de determinar si se trata o no de una donación debe verificar que el contrato analizado satisfaga a cabalidad los cuatro requisitos indicados por la Corte.

Finalmente, dentro del presente ejercicio jurisprudencial se examinará la sentencia hito sobre la materia, que es la C-324 de 2009 (Corte Constitucional, Sentencia C-324, 2009), por ser esta, donde la corporación realiza un barrido de la línea jurisprudencial y así mismo por señalar de manera clara y con base en las reglas señaladas en la sentencia C-507 de 2008, un test más completo para determinar en qué casos se presenta una donación y no un contrato estatal.

A continuación se describirá el test sobre la donación, según el cual se establecen unas hipótesis en las cuales se puede determinar que un contrato derivado del artículo 355 superior, o incluso aquellos a los que se aplica el estatuto de la contratación pública ha degenerado en una donación. Dichos pasos se identifican así:

1. Omitir dar aplicación al principio presupuestal de legalidad del gasto:

Se trata de aquellos casos en que el contrato no fue previsto inicialmente en el presupuesto de la respectiva entidad estatal, sino que surge de la



improvisación y de una clara vulneración al principio de legalidad que orienta el gasto público. Un aspecto relevante de este principio, es que en la elaboración del presupuesto no solo participa el gobierno, sino que además interviene el Congreso de la República, asambleas departamentales y concejos municipales para la aprobación de los presupuestos nacional, departamental y municipal; por ello es una garantía que todos los ingresos y gastos estén contenidos en la norma de presupuesto anual. Es así como un gasto por fuera del presupuesto contraría el ordenamiento jurídico y por consiguiente se evidencia un caso de donación.

2. Se omita determinar de manera concreta y explícita su finalidad, destinatarios, alcances materiales y temporales, condiciones y criterios de asignación, publicidad e impugnación, así como los límites a la libertad económica:

La asignación a favor de particulares para que no sea una donación además de estar contemplada en el presupuesto de gastos, debe indicar cuál es la justificación de dicha asignación, porque se requiere destinar una partida para determinado sector, grupo o población; quienes son los potenciales destinatarios, la temporalidad de la medida, para que no se vaya a perpetuar en el tiempo dicho gasto o asignación, publicidad y los criterios de asignación para que no se vulneren los principios de igualdad y equidad.

3. Cuando la asignación obedezca a criterios de mera liberalidad, es decir, no se encuadre en una

política pública acorde con el Plan Nacional o planes seccionales de desarrollo:

Se prohíben las asignaciones que surgen de actos discrecionales del ordenador del gasto, toda destinación de recursos debe ser planeada y encontrarse articulada con el Plan Nacional, seccional o local de desarrollo; que en últimas es donde se encuentran las metas y objetivos que propone alcanzar su gobierno.

4. Cuando el costo del subsidio para el Estado sea mayor que el beneficio social que se obtiene, o cuando el auxilio o subsidio solo beneficie a un grupo de interés sin que reporte beneficios a la sociedad en su conjunto o contribuya a ampliar las diferencias sociales:

Se debe realizar un análisis de costo-beneficio, en términos de sostenibilidad fiscal, ya que todo gasto público debe pretender una finalidad social, una mejora en el bien común o interés público; y el auxilio que se otorgue debe responder a dicha finalidad social.

5. Cuando la asignación de recursos públicos no contribuya a fortalecer la capacidad de acceso de los más pobres a los bienes y servicios públicos esenciales, en la medida en que se entreguen a quienes menos lo necesitan o menos lo merecen:

43

En términos de justicia distributiva y del principio de igualdad material previsto en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia<sup>16</sup>, el Estado debe intervenir para equilibrar la balanza y disminuir la brecha entre los más pobres con el resto de la población, es decir, que sus acciones deben estar encaminadas en ofrecer a los menos favorecidos la prestación de los bienes y servicios públicos esenciales, para lograr dicha función se justifican los auxilios con dineros públicos, por el contrario, si dichos dineros no contribuyen con dicha realidad, no cabe duda alguna que se está ante un caso de donación. Verbigracia, los dineros otorgados a través del programa Agro Ingreso Seguro AIS promovidos por el Ministerio de Agricultura no cumplieron con este requisito, convirtiéndose en un privilegio para unos pocos.

6. Cuando el subsidio tenga vocación de permanencia convirtiéndose en una carga al presupuesto público, en la medida que el subsidio o auxilio está llamado a producir efectos inmediatos dentro de una determinada coyuntura económica, de manera que una vocación de permanencia indica que la situación o sector al cual se dirige requiere de otras y más profundas medidas estructurales;

---

<sup>16</sup> “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

El Estado no puede pretender modificar una situación de pobreza extrema a través de una política asistencialista o de subsidios, estas medidas nunca van a lograr equilibrar la balanza sino que únicamente se mengua ciertas contingencias por un lapso demasiado corto, en consecuencia, cuando se planean ayudas o auxilios en beneficios de determinado grupo o sector, se hace como una medida transitoria, la cual no puede perpetuarse en el tiempo; esto es lo que se denomina una acción afirmativa en términos de igualdad material.

El profesor Carlos López Cadena se refiere a las acciones afirmativas en el siguiente sentido: “Estos procesos igualitarios se ven reflejados, por ejemplo, en las «acciones positivas» que se pueden entender como la manifestación práctica de la igualdad real, pues se configuran como la valoración y respuesta jurídica ante las diferencias relevantes. Estas acciones comportan una estrategia para combatir la discriminación o sus efectos, en favor de quienes la padecen” (López, 2010). De esta manera, los auxilios decretados a favor de personas de derecho privado al encontrarse en una política pública determinada se pueden concretar en acciones afirmativas o acciones positivas, las cuales tienen un carácter transitorio y no permanente; pues de lo contrario se trataría de una clara vulneración al principio de igualdad formal.

7. Cuando el subsidio entrañe la figura de la desviación de poder, (*détournement de pouvoir*) esto es, cuando el incentivo se cree con un propósito distinto de aquel para el cual aparentemente fue creado (Corte Constitucional, Sentencia C-324, 2009).



El subsidio debe ser una manifestación transparente de una política pública, en la cual debido a la publicidad y a la determinación clara y no ambigua de los criterios de selección de los destinatarios, permite evidenciar una respuesta a una necesidad social, es decir, que no son razones de índole personal inducidas por el ordenador del gasto, sino una evidente respuesta al interés general.

En estos términos se fijan criterios bien importantes a través de la jurisprudencia, dado que la respuesta normativa ha sido insuficiente en relación con la reglamentación de los contratos dispuestos en el inciso segundo del Artículo 355 constitucional.

## CONCLUSIÓN

La lectura del Artículo 355 de la Constitución Política de Colombia debe hacerse dentro de un contexto del Estado Social de Derecho privatizado, según el cual, en cada vía se presenta una mayor desconexión entre la parte dogmática y el componente orgánico de la Ley fundamental.

Con la prohibición estipulada en el Artículo 355 de la Carta Magna, las donaciones y auxilios no han desaparecido del ordenamiento jurídico, toda vez que lo que se dio fue un cambio de actor, puesto que del Legislativo pasaron al Ejecutivo y esta situación se presenta gracias a esa excepción tan amplia que consagra el mismo Artículo 355 en el precepto establecido en el inciso segundo.

Se requiere con urgencia un proyecto de reforma constitucional del inciso segundo del Artículo 355, toda vez que la Constitución no puede fijar una excepción tan amplia a las donaciones y auxilios, y lo que resulta más nocivo, dejarla en cabeza de su mismo destinatario, para este caso el Gobierno Nacional. Por ello, es pertinente que el legislativo se involucre en esta materia y que vía Acto legislativo se pueda armonizar esta disposición con los principios de selección objetiva, transparencia y principalmente con las normas de contratación que orientan la materia.

Aunque la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha hecho un esfuerzo por limitar la acción de los contratos que se pueden celebrar en virtud al Artículo 355 constitucional y ajustarlos a la noción de Estado

45

social de derecho, aún persiste el vacío en relación con el principio y deber de selección objetiva, toda vez que no existe un solo instrumento normativo o jurisprudencial que vinculen a la administración para que en tratándose de estos eventos se escoja la oferta más favorable a la entidad, en conclusión, persiste la discrecionalidad por parte del ordenador del gasto, para elegir al contratista (entidad privada sin ánimo de lucro) bajo esta modalidad.

Finalmente se hace un llamado para que la academia también se involucre en estos asuntos, no cabe duda que las aulas son los laboratorios de las ideas, pero las mismas deben ser aplicadas, desarrolladas y contextualizadas en la sociedad; por ello, no es suficiente un cambio normativo si a la par no se trabaja en un cambio de mentalidad, una concepción en la cual la cultura de la legalidad sea una verdadera práctica, y donde los mecanismos de evadir los instrumentos normativos, sean efectivamente censurados por la sociedad; esta labor no es competencia exclusiva de los organismos de control, por ello la ciudadanía tiene un enorme compromiso en desarrollo del control social, que es el que efectivamente puede modificar mentalidades e incluso enderezar instituciones.



## BIBLIOGRAFÍA

### REFERENCIAS DOCUMENTALES

Herrera, A. (2012). Aspectos generales del derecho administrativo colombiano. Barranquilla: Grupo Editorial Ibáñez 3ª edición.

López, C. (2010). Pobreza y Derechos en Colombia. Revista Derecho del Estado (24).

Morales, J. (2010). Derecho Económico Constitucional Colombiano. Bogotá, Ediciones doctrina y Ley, sexta edición.

Sierra, H. (1998). Concepto y tipos de ley. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sierra, H. (2006). La administración de justicia en el Estado social de derecho Privatizado (Ponencia).

### REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

Colombia es el séptimo país más desigual del mundo. (2012). Revista Dinero. Recuperado de <http://www.dinero.com/actualidad/itisia/articulo/itisia-septimo-pais-mas-desigual-del-mundo/147127>.

Colombia fuera de los 10 países más desiguales. (2013). Periódico Portafolio. Recuperado de <http://www.portafolio.co/itisia/itisia-fuera-los-10-paises-mas-desiguales>.

Ebsa, último gran negocio del año por 808 mil millones. (2011). Periódico Portafolio. Recuperado de <http://www.portafolio.co/itisia/ebsa-ultimo-gran-negocio-del-ano-808-mil-millones>

## REFERENCIAS DE DOCUMENTACIÓN JURISPRUDENCIAL

Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 1994. Exp. D-520.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-507 de 2008. Exp. D-6987.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-324 de 2009. Exp. D-7442.

## REFERENCIAS DE DOCUMENTACIÓN LEGAL

Constitución Política de Colombia 1991.

Proyecto de Acto Constituyente de Vigencia Inmediata “Control a los auxilios parlamentarios”. Publicado en La Gaceta Constitucional No. 077.

Acto Legislativo 1 de 1945. Publicado en La Gaceta Diario Oficial N. 25.769 de 1945.

Acto Legislativo 003 de 2011 “Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal”.

Ley 30 de 1978. Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 35.167, del 28 de diciembre de 1978.

Ley 80 de 1993. Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 41.094, del 28 de octubre de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación Pública.

Ley 25 de 1997. Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 34.897, del 27 de octubre de 1977.



Ley 963 de 2005. Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 45.963, del 08 de julio de 2005. "Por la cual se instaura un sistema de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia".

Congreso de la República de Colombia. (2007). Ley 1151 de 2007. Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 46.700, del 25 de julio de 2007. "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo".

Ley 1607 de 2012. Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 48.655, del 26 de diciembre de 2012. "Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones".

Decreto 130 de 1976. "Por el cual se dictan normas sobre sociedades de economía mixta".

Decreto 2093 de 1991. Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 40.018, del 6 de septiembre de 1991. "Por el cual se desarrolla el artículo transitorio 34 de la Constitución Política".

Decreto 777 de 1992. Expedida por el Gobierno Nacional para reglamentar el artículo 55 de la Constitución Política de Colombia, concretamente en lo que atañe a su inciso segundo.

Decreto 1403 de 1992. "Modifica algunos preceptos del Decreto 777 de 1992".

Decreto 2459 de 1993. "Por medio del cual adopta disposiciones relacionadas con los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 constitucional".



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons  
Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional