



Radicación: 11001-33-35-030-2019-00013-01

Demandante: Diana Mabel Montoya Reina

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "D"**

MAGISTRADA PONENTE: ALBA LUCÍA BECERRA AVELLA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 11001-33-35-030-2019-00013-01
Demandante: DIANA MABEL MONTOYA REINA
Demandada: PERSONERÍA DE BOGOTÁ
Tema: Sanción disciplinaria – destitución e inhabilidad

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Nº 0358

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida el 21 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta (30) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C., que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.¹

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones (01 3-51)

La parte demandante, a través de apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control, solicitó la nulidad i) del Fallo Nº 0902 del 10 de octubre de 2017, mediante el cual se impuso sanción disciplinaria consistente en la destitución e inhabilidad general por el término de 10 años, para el ejercicio de funciones públicas y ii) de la Resolución PSI100 del 19 de febrero de 2018 proferido por la personera de Bogotá dentro del proceso

¹ Se advierte que el *a-quo* remitió el proceso el 13 de agosto de 2021 de manera física, y únicamente llegó a esta corporación el 18 de agosto de la misma anualidad, ingresando al Despacho el 27 de agosto del año avante, donde se profirió auto de admisión de recurso y negatorio de pruebas, entrando al Despacho para tomar la decisión definitiva el 16 de noviembre de 2021.



Radicación: 11001-33-35-030-2019-00013-01

Demandante: Diana Mabel Montoya Reina

disciplinario N° IE-501355-2015 por medio del cual se confirmó la sanción mencionada anteriormente.

A título de restablecimiento del derecho que se condene a la entidad **i)** a la cancelación del registro de la sanción disciplinaria de la demandante en la base de datos de la Personería de Bogotá en el proceso disciplinario N° IE-501355-2015, igualmente que hagan lo mismo la Alcaldía de Bogotá y la Procuraduría General de la Nación a fin de dejar sin efectos los actos administrativos dictados en cumplimiento de la sanción impuesta, **ii)** al pago de 100 SMLMV por los perjuicios morales causados a la demandante, **iii)** al pago de 100 SMLMV por los perjuicios a bienes o derechos convencionales o constitucionales protegidos por la vulneración de los derechos fundamentales al buen nombre, honra y acceder a cargos públicos, **iv)** que por los mismos medios de comunicación donde se informó de la noticia, dar a conocer de la nulidad que aquí se declare, **v)** al pago de las cosas y agencias en derecho, **vi)** al pago de los intereses bancarios corrientes luego de ejecutoriada esta sentencia por los primeros 6 meses y los otros 12 meses el doble de los intereses a título de moratorios como lo establece el artículo 192 y 196 del C.P.A.C.A

Las pretensiones tuvieron como fundamento los siguientes:

2. Hechos

Señaló el apoderado de la parte demandante que, mediante Decreto 171 del 13 de abril de 2012 fue nombrada la señora Diana Mabel Montoya Reina por el Alcalde Mayor de Bogotá, como Alcaldesa Local, con código 030 del grado 05, de la localidad Rafael Uribe Uribe, hasta el 30 de enero de 2017, posteriormente es escogida como Asesora del Despacho del Secretario Distrital de Gobierno.

Indica que, con base al Plan de Desarrollo Local, se desarrollaron y actualizaron las fichas EBI del proyecto 537 Fortalecimiento de Agencias Sociales de Grupos Étnicos, Raizales y Comunidad Diversa de las 5 UPZ (2009 y años subsiguientes) dicho procedimiento fue aprobado por la POAI 2012 y luego fue elevado como Acuerdo Local, para lo cual se necesitaba que las partes suscribieran un Convenio de Asociación regulado por las normas civiles y comerciales, de conformidad con lo establecido en el artículo 355 de la Constitución Política, la ley 489 de 1998 y el Decreto 777 de 1992.



Acorde con el Plan de Desarrollo se dispuso celebrar el acto administrativo de justificación en la modalidad de contratación directa para celebrar el Convenio de Asociación N° 019 de 2012. La Alcaldía Local de Rafael Uribe Uribe suscribió Convenio de Asociación con la Corporación Volver a la Gente, Convenio N° 119, suscrito el 20 de diciembre de 2012.

Manifiesta que, la personería de Bogotá, personería delegada para asuntos disciplinarios, mediante auto N° 936 del 31 de julio de 2015 abrió indagación preliminar en contra de funcionarios en averiguación de la Alcaldía Local Rafael Uribe Uribe, con fundamento en el informe expedido por la Personería delegada para la Coordinación de Alcaldías Locales sobre la existencia de posibles irregularidades en el marco de la celebración del Convenio de Asociación N° 119 de 2012.

Luego de practicar las pruebas, el órgano de control disciplinario mediante Auto N°0011 de 16 de enero de 2016 citó a audiencia para adelantar proceso disciplinario por el procedimiento verbal y formuló cargos en contra de Diana Montoya Reina en su condición de Alcaldesa Local y representante legal del Fondo de Desarrollo de Rafael Uribe Uribe.

Posteriormente, la demandante fue sancionada mediante fallo 0902 del 10 de octubre de 2017 con destitución del cargo de Alcaldesa Local e inhabilidad general por 10 años. La defensa de la demandante presentó a tiempo recurso de apelación contra la anterior decisión y la misma fue confirmada por la personera de Bogotá mediante Resolución PSI N° 100 el 19 de febrero de 2018.

3. La sentencia apelada (11. 1–30)

El Juzgado Treinta (30) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia proferida el 21 de julio del 2020, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Sostuvo que, con relación al debido proceso y contradicción, la parte demandante fue notificada por conducta concluyente, toda vez que la misma solicitó copias del proceso y le otorgó poder a su abogado de confianza en debido tiempo, por lo que la Personería de Bogotá actuó acorde y conforme con los valores, principios, directrices tanto constitucionales como legales.



Señaló que, tampoco se evidencia con la investigación disciplinaria adelantada por la Personería de Bogotá en 1ra y 2da instancia que esta hubiese tenido como origen un acto de abuso o desviación de poder, persecución o discriminación en contra de Montoya Reina

Arguyó respecto al principio de legalidad que el concepto de contraprestación directa aplicado en el *sub judice* fue malinterpretado o utilizado por el operador disciplinario porque desnaturalizó el convenio de asociación de marras al no darle la trascendencia al hecho de que el convenio no representaba para la corporación Volver a la Gente ni para la alcaldía Local Rafael Uribe Uribe utilidad o ganancia alguna, no había *animus lucrandi*, no se trataba de un contrato oneroso.

Considera que, la Personería de Bogotá habría cometido un error grave al confundir que la corporación al apoyar la prestación de un servicio que beneficia a la población LGTBI de esa localidad y la sensibilización y visualización de sus derechos, o hacer aportes con tal fin, estaba recibiendo una contraprestación por un servicio prestado.

Por lo anterior, el *a-quo* acogió las pretensiones de la parte actora y el Ministerio Público, ya que se logró establecer que las valoraciones conclusivas que hicieron los operadores disciplinarios del acervo probatorio recolectado en el proceso, tanto en 1ra como 2da instancia, no están acordes al contexto de los hechos y derecho, razón por la cual los actos acusados se encuentran viciados de nulidad por falsa motivación.

4. Del recurso de apelación (13 3-24)

El apoderado de la entidad demandada interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia. Solicitando se revoque la decisión de que accedió a las pretensiones.

Argumenta que, el Juez de instancia centró su decisión de condenar a la Personería de Bogotá D.C., al entender que en desarrollo del proceso disciplinario existió una vulneración del principio de legalidad, referido a la interpretación del convenio de asociación, pues, la Personería definió una interpretación única al caso, sin que existiera un criterio jurisprudencial pacífico que permitiera resolver el problema jurídico en concreto.

Señaló que, lo afirmado por el *a-quo* se basó en el análisis de cuatro decisiones disciplinarias aportadas por la demandante, dos en las que la



Personería archivó la investigación y dos en las que la Procuraduría General de la Nación absolvió de responsabilidad disciplinaria al alcalde municipal de Tunja, en segunda instancia, y a otro funcionario, pero lo cierto es que esas decisiones constituyen la excepción y no la regla.

Indicó que, la Personería de Bogotá D.C., estableció un “*criterio único de interpretación*” en estos casos, en los que se ha analizado: “[...] (**SIC**) que los convenios se suscriban con entidades sin ánimo de lucro, que no ha haya existido una contraprestación, que el Gobierno Local no haya utilizado la figura de “convenio de asociación para impulsar una función propia del estado [...]”.

Arguye que, “no emplearon criterios de interpretación”, pues tanto el artículo 2º del Decreto 777 de 1992 como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, son claros en señalar la naturaleza del convenio de asociación, sus objetivos y excepciones, adicionalmente, “[...] (**SIC**) es un grave error que el a-quo no haya verificado la existencia referentes jurisprudenciales al respecto, verbi gratia la sentencia C-671 de 1999 y a C-324 de 2009 [...]”

Manifestó que, el a-quo no realizó una lectura íntegra del concepto citado, por cuanto afirma que la Alcaldía Local no recibió contra prestación porque en las partes “no existió animus lucrandi”, pero en esa definición nunca se dice que dicha característica se constituye solamente para efectos dinerarios, por el contrario, también pueden ser contra prestaciones los servicios que se reciben a causa de un contrato en ese sentido señala, constituye contraprestación el “cumplimiento de una meta de desarrollo”, lo que permite pensar que el Operador Disciplinario concibiera que el convenio de asociación N° 119 de 2012 no cumplía las características de esa figura, por ello, “[...] Yerra entonces el Juez de instancia al entender que las contraprestaciones deben ser de carácter económico, puesto que ello tiene lugar en los eventos en que, se requiera, la administración se ve liberada de una obligación, entonces al beneficiar a la comunidad LGTBI no desaparece la existencia de la contraprestación [...]”

Concluye que, “[...] la necesidad del convenio no era el impulso de labores altruistas de manera mancomunada con una entidad sin ánimo de lucro, sino que no se tomó el tiempo de revisar los estudios previos y cumplir con las obligaciones precontractuales a través de la figura o figuras correctas y se optó por la vía rápida del “convenio de asociación” [...]”

5. Alegatos de conclusión

5.1 Parte demandante (21 1-12)

El apoderado de la parte demandante reiteró las razones y fundamentos de derecho expuestos en la demanda.



5.2 Parte demandada (20 3-11)

El apoderado de la entidad demandada, insistió en los argumentos planteados en el recurso de apelación

6. Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público, no rindió concepto.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer en segunda instancia de la presente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 125, 153 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 18 del Decreto 2288 de 1989.

2. Los actos acusados

- Fallo N° 0902 del 10 de octubre de 2017, mediante el cual se impuso a la demandante, sanción disciplinaria consistente en la destitución e inhabilidad general por el término de 10 años, para el ejercicio de funciones públicas. (02 31-112)

- Resolución PSI100 del 19 de febrero de 2018 proferido por la personera de Bogotá dentro del proceso disciplinario N° IE-501355-2015 por medio del cual se confirmó la sanción mencionada anteriormente. (02 115-178)

3. Problema jurídico

Visto el recurso de apelación y la sentencia objeto de este, la Sala precisa que, el problema jurídico es:

- ¿Los actos administrativos acusados de nulidad incurrieron en falsa motivación al desconocer los elementos fácticos, probatorios y jurisprudenciales necesarios para sancionar, por ello correspondía declararse su nulidad como lo dispuso el *a-quo* o por



Radicación: 11001-33-35-030-2019-00013-01

Demandante: Diana Mabel Montoya Reina

el contrario se realizó una debida valoración probatoria y jurisprudencial, debiéndose declararlos ajustados a derecho?

3.1 Aspectos previos - Alcance del control judicial al poder disciplinario

Antes de abordar el asunto bajo examen, es necesario precisar que el poder disciplinario es la potestad que tienen los entes públicos de imponer sanciones a sus propios funcionarios para garantizar el adecuado ejercicio de la función administrativa, que en virtud de lo establecido en el artículo 209 de la Constitución Política, se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Así mismo, dicha facultad sancionatoria debe ejercerse con observancia del derecho al debido proceso, el cual, según la jurisprudencia constitucional², se compendia principalmente en los siguientes elementos: **(i)** el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, **(ii)** el principio de publicidad, **(iii)** el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, **(iv)** el principio de la doble instancia, **(v)** la presunción de inocencia, **(vi)** el principio de imparcialidad, **(vii)** el principio de *non bis in idem*, **(viii)** el principio de cosa juzgada y, **(ix)** la prohibición de la *reformatio in pejus*, entre otros. Además, se debe precisar que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no constituye una tercera instancia para juzgar la comisión de una falta por parte del servidor público, sino que su finalidad es la de velar por el cumplimiento del debido proceso que le asiste a los investigados.

El Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección A, en providencia del 16 de febrero de 2012, radicado No. 2010-00048, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sobre la competencia del juez contencioso administrativo en asuntos disciplinarios, señaló:

"[...] La Corporación ha sostenido en diversos pronunciamientos que en materia disciplinaria, la revisión de legalidad de estas decisiones, dadas las prerrogativas procesales propias de ese procedimiento, no debe repetir el debate agotado ante la autoridad administrativa competente. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad y restablecimiento, no es una simple extensión del trámite disciplinario, sino que es funcionalmente distinto. El

² H. Corte Constitucional, sentencia T- 1034 de 5 de diciembre de 2006, Magistrado Ponente Doctor Humberto Antonio Sierra Porto.



control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especialidad y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba, como si se tratara de una tercera instancia. Corresponde entonces a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario se haya ajustado a las garantías constitucionales primordiales, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba, a condición de que dicha prueba sea manifiestamente ilícita o producida con violación al debido proceso o de las garantías fundamentales, o sea, aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios rectores de esa actividad imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa. [...]"

Sin embargo, en una postura más reciente, el H. Consejo de Estado varió esta perspectiva del control judicial al ejercicio del poder disciplinario del Estado al ampliar el espectro hacia un *control integral*, consistente en que el juez contencioso administrativo está habilitado también, para hacer un juicio sustancial sobre los actos administrativos sancionatorios proferidos por los titulares de la acción disciplinaria, el cual se realiza a la luz del ordenamiento constitucional y legal, orientado hacia el respeto a los derechos fundamentales del investigado. Así lo dispuso el Consejo de Estado³ en la jurisprudencia cuyos apartes se transcriben:

"[...] Alcance del control judicial integral.

En conclusión: El control judicial de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria, es integral.

*Según lo discurrido, ha de concluirse que el control judicial es integral, lo cual se entiende bajo los siguientes parámetros: 1) La competencia del juez administrativo es plena, sin "deferencia especial" respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria. 2) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo. 3) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial. 4) **La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente** en el marco que impone la Constitución y la ley. 5) Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo*

³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Dr. William Hernández Gómez (E), sentencia del 9 de agosto de 2016, Exp. No. 110010325000201100316 00, No. interno: 1210-11, Demandante: Piedad Esneda Córdoba Ruiz, Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación.

el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza. 6) El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos. 7) El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria. 8) El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva.

(...)

En ejercicio del juicio integral, tal y como acontece en el presente caso, el juez de lo contencioso administrativo puede estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que soportan la imposición de la sanción disciplinaria.

(...)

Todo lo anterior no implica que desaparezca la exigencia prevista en el ordinal 4.º del artículo 162 de la Ley 1437, que regula el contenido de la demanda, esto es, el deber de invocar los fundamentos de derecho de las pretensiones, las normas que se consideran trasgredidas y de explicar el concepto de violación, porque como bien se indicó en la sentencia de la Corte Constitucional (C-197 de 1999) dicha carga procesal de la parte demandante, es legítima y proporcionada. [...]” (Negrilla fuera del texto).

En ese sentido, la jurisprudencia transcrita debe interpretarse de manera armoniosa con la Sentencia C-197 de 1999, en la cual la Corte Constitucional concluyó que es obligación del demandante indicar las normas violadas y explicar el concepto de su violación, sin embargo, “[...] cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito tantas veces mencionado, y que cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica deberá aplicar el art. 4 de la Constitución. [...]”

Es decir, el juez contencioso administrativo únicamente **ejercerá de manera oficiosa** el control al poder disciplinario en aquellos eventos que se observe una flagrante vulneración de derechos fundamentales, en los demás, se limitará a resolver cargos de violación alegados.

3.2. De la falsa motivación

El Consejo de Estado frente a esta causal de anulación autónoma e independiente de los actos administrativos ha precisado que “[...] se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación, la Sala ha señalado que “es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como



motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente”⁴.

Por ende, se materializa el vicio de falsa motivación cuando los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien sea por error o por razones engañosas o simuladas o porque el autor del acto les ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen o debido a que los motivos que sirven de fundamento al acto no justifican la decisión.

4. Caso concreto

Revisado los fallos disciplinarios se observa que la falta endilgada tuvo como motivación los siguientes hechos:

“[...] La presente actuación disciplinaria se originó en virtud de lo señalado en el informe rendido por la Personería Delegada para la Coordinación de Personerías Locales de la Personería de Bogotá, en la cual se ponía de presente que en el marco de la celebración del convenio de asociación 119 de 2012 suscrito entre el Fondo de Desarrollo Local de la Alcaldía Local de Rafael Uribe Uribe y la persona jurídica “Corporación Volver a la Gente” se presentaron múltiples irregularidades tales como que no existe certeza acerca de la modalidad en que se celebró dicho acuerdo de voluntades, además de la inclusión de institutos propios del régimen de contratación general de la administración que no se compadecen con la figura por la cual se optó.

Finalmente se dejó dicha en la noticia disciplinaria, que la ejecución del menado acuerdo de voluntades estaba supeditado al suministro y provisión de una serie de elementos y servicios por parte del contratista, evidenciándose a partir de ello, que con éste se buscó satisfacer una necesidad propia de la entidad contratante, lo que implicó en consecuencia el desconocimiento del principio de selección objetiva, dado que con la ejecución del convenio la alcaldía obtenía una contraprestación directa, por lo cual tal negocio jurídico debía haberse celebrado bajo una de las modalidades previstas en la ley 80 de 1993, con personas naturales o jurídicas de derecho privado, con ánimo de lucro. [...]”

La Sala advierte que la conducta sancionada, fue la falta gravísima a título de culpa gravísima establecida en el numeral 31 del artículo 48 de

⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 23 de junio de 2011, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, rad. 11001-23-27-000-2006-00032-00(16090).



la Ley 734 de 2002 que preceptúa “[...] *Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley. [...]*”.

De allí, se encuentra que esta conducta está regida por un verbo rector:

Participar: “[...] *Del lat. participāre.*
1. *intr. Dicho de una persona: Tomar parte en algo.*
2. *intr. Recibir una parte de algo.*
3. *intr. Compartir, tener las mismas opiniones, ideas, etc., que otra persona. Participa de sus pareceres.*
4. *intr. Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos*
5. *tr. Dar parte, noticiar, comunicar. [...]*”⁵

En cuanto a su contenido, el verbo rector trata de una conducta que para su configuración requiere tomar parte en la etapa contractual o precontractual exigiendo objeto material de la falta “*el detrimento del patrimonio público*” o la desatención de “*los principios de la contratación estatal y la función administrativa*”.

Adicionalmente, deben presentarse las condiciones de tiempo, modo y lugar que dan lugar a la producción de la conducta, las cuales son: “[...] *en la etapa precontractual o en la actividad contractual [...]*”

La Sala resalta que esta conducta se resume así:

| Verbo rector: | Condición: | | Objeto material: |
|---------------|----------------------------|-----------------------------|--|
| Participar | en la etapa precontractual | en la actividad contractual | el detrimento del patrimonio público Desconocer los principios de la contratación estatal y la función administrativa |

Ahora bien, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 en la Sentencia C-818 de 2005 concluyó que se trata de un tipo en blanco que para convalidar el señalamiento de un *principio* que regula la contratación estatal y la función administrativa como descriptor de un comportamiento constitutivo de falta gravísima, es necesario:

⁵ <https://dle.rae.es/participar?m=form>

“[...] (i) Acreditar que la infracción disciplinaria de uno de tales principios tiene un carácter concreto y específico a partir de su complementación con una regla que le permita determinar de manera específica su contenido normativo, describiendo con claridad cuál es el deber, mandato o prohibición que fue desconocido por el servidor público o por los particulares en los casos previstos en la ley. Para ello, es indispensable demostrar que a pesar de tener la conducta reprochable su origen en un principio, (a) la misma se desarrolla conforme a una norma constitucional de aplicación directa, como sucede, por ejemplo, en las hipótesis previstas en los artículos 126 y 268 del Texto Superior, el primero, que para garantizar el principio de moralidad pública prohíbe el nepotismo, y el segundo, que para lograr el mismo fin prohíbe a los Congresistas dar recomendaciones a fin de proveer empleos en la Contraloría General de la República; (b) o que a pesar de su generalidad, éste se puede concretar acudiendo a una disposición de rango legal que lo desarrolle de manera específica, como sucedería, a manera de ejemplo, con algunas de las reglas previstas en los artículos 23 a 26 de la Ley 80 de 1993.

(ii) Cuando se formule la acusación disciplinaria debe señalarse tanto la conducta imputable como la norma que la describe, según lo ordena el artículo 163 del Código Disciplinario Único. Así las cosas, no es suficiente la simple manifestación de haber vulnerado un principio, sino que resulta exigible su descripción y determinación conforme a la disposición de rango legal o al precepto constitucional de aplicación directa que le sirve de complemento.

Finalmente, (iii) teniendo en cuenta que el derecho disciplinario, como lo ha reconocido esta Corporación en sentencias C-1076 de 2002, C-125 de 2003 y C-796 de 2004, se somete al principio constitucional de proporcionalidad (C.P. arts. 1°, 2° y 13), es obligación del funcionario investigador determinar si el comportamiento reprochable en materia disciplinaria resulta excesivo en rigidez frente a la gravedad de la conducta tipificada. De igual manera, le corresponde a dicho funcionario determinar si la irregularidad imputada al servidor pública o al particular, se ajusta al principio de antijuridicidad material o lesividad reconocido por el legislador en la exposición de motivos de la Ley 734 de 2002, y hoy en día previsto en el artículo 5° de la citada ley, según el cual: “el quebrantamiento de la norma sólo merece reproche disciplinario cuando la misma está concebida para preservar la función pública, y la infracción, en el caso concreto, la vulnera o la pone en peligro”. [...]

En consecuencia, como es una norma que precisa la remisión a otras, con el fin de completar el sentido del precepto, se tiene que los principios

de la contratación estatal que se indican en la Ley 734 de 2002 están regulados en el Capítulo II de la Ley 80 de 1993 artículos 23 a 31.

De allí que la autoridad disciplinaria consideró violados los principios de transparencia y selección objetiva, así:

*“[...] La señora **DIANA MABEL MONTOYA REINA**, en su condición de Alcaldesa Local de Rafael Uribe Uribe, pudo ver comprometida su responsabilidad disciplinaria, al haber suscrito el Convenio de Asociación No. 119 de 2012, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva que informan la actividad contractual de la administración, puesto que la ejecución del objeto contractual, comprendía el aprovisionamiento de bienes y elementos, y a su vez, con el mismo se desarrollaba un cometido estatal, configurándose una clara contraprestación en favor de la alcaldía, situación a la que solo puede arribarse a través de las modalidades de selección previstas por el legislador. [...]”*

Realizadas estas precisiones, la Sala procederá a analizar la jurisprudencia y el material probatorio para comprobar si los fallos disciplinarios atendieron o no lo previsto por las Altas Cortes sobre la materia, y así determinar sí, efectivamente existió falsa motivación.

4.1. Marco normativo y jurisprudencial de los convenios de asociación

Las entidades estatales con el fin de cumplir su cometido misional, pueden acudir a las distintas clases de asociación entre entidades públicas y personas de derecho privado.

Esta precisión conduce a la necesidad de referirse a la forma de asociación consagrada constitucionalmente en el artículo 355, al tenor del cual *“[...] El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia [...]”*.

La celebración de esos acuerdos fue reglamentada por el Decreto 777 de 1992, en cuya virtud dispuso que aquellos negocios que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebre *“[...] la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la*

ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 777 de 1992 [...]”.

Adicionalmente, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, y en voces del Consejo de Estado, dicha norma hizo lo siguiente:⁶

“[...]”

- a) *Abrió el campo de cobertura de esta figura a los sujetos que podían concurrir a su utilización y en ese sentido prescribió que las entidades estatales, cualquiera fuera su naturaleza y orden administrativo podrían, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse.*
- b) *Amplió su ámbito de aplicación en función de los sujetos con quienes podría asociarse el Estado y al efecto dispuso que podría hacerlo con personas jurídicas particulares.*
- c) *Abarcó un espectro funcional mayor, por cuanto se previó que podría utilizarse este instrumento para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asignara la ley a las entidades estatales.*
- d) *Así mismo, consagró que cuando en virtud de lo dispuesto en ese artículo, surgieran personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarían a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común. [...]”*

De esa legislación igualmente ha de destacarse que los convenios de asociación a que se refiere tal artículo se celebrarían de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en tanto fue ese el marco normativo Superior en el que se apoyó su expedición.

La Corte Constitucional, en sentencia de septiembre de 1999, declaró la exequibilidad del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y sobre el asunto, discurrió:⁷

“[...] 6.2. 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

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02267-01(66268)

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-671 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.



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 [...] (subrayado fuera del texto original).

Asimismo, en la Sentencia C-324 de 2009 se señaló:

*"[...] Es precisamente a esta circunstancia a que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 superior, tal como se dejó establecido en apartes anteriores de esta providencia, pues su finalidad no es otra que la de autorizar al Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, el impulso de programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional de desarrollo y los planes seccionales de desarrollo, **en concurrencia con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad**, a través de la celebración de contratos, para lo cual se otorgó al Gobierno Nacional la facultad de desarrollar un reglamento autónomo, que básicamente fue implementado a través del Decreto 777 de 1992 modificado por el Decreto 1403 de 1992.*

Este inciso justamente faculta el desarrollo de actividades esencialmente benéficas, no como instrumento económico, sino con un propósito meramente asistencial y altruista, en el que a diferencia del pasado, no se privilegia la arbitrariedad y unilateralidad del gasto público, sino que se exige un grado aceptable de reciprocidad por parte del beneficiario de la ayuda.

*De esta manera, es inminente concluir que el mecanismo establecido en el inciso segundo del artículo 355 puede usarse con el fin de impulsar programas de interés público, **como esquema de apoyo a actividades benéficas**, pero rodeado de controles subjetivos -solamente puede realizarse con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad – y, objetivos -la materia del contrato se limita a actividades o programas concretos de interés público y acordes con el plan de desarrollo a nivel nacional o seccional-, práctica que a partir de la Constitución de 1991 debe ser el **único** canal para adelantar la función **benéfica** del Estado **con el concurso de entidades sin ánimo de lucro**, sin importar si estas son de naturaleza privada u oficial, en tanto el inciso segundo no establece ninguna discriminación en tal sentido, lo cual entraña un control previo derivado del proceso de selección y un control posterior a la entrega de los recursos públicos. [...]"*

Una interpretación similar ha sido la dispensada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al sostener: ⁸

“[...] No obstante que la consulta inquiriere sobre la posibilidad de celebración de convenios para la construcción de obras de infraestructura al amparo del artículo 355 de la Carta, debe señalarse adicionalmente que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, dispone que, de conformidad con lo estatuido por el artículo 355 de la Constitución Política, las entidades estatales pueden asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que la ley le asigna a aquellas, por lo cual dichos convenios y su ejecución necesariamente han de realizarse dentro del contexto de la disposición constitucional a la que se remite y las restricciones del Decreto 777 de 1992 y normas exceptivas concordantes [...]”.

Sobre la justificación de la necesidad de que mencionados convenios se celebraran con entidades sin ánimo de lucro, la misma Sala indicó: ⁹

“[...] Así, no podría darse un contrato conmutativo, en el cual se advierta un intercambio o venta de bienes y servicios, sino un convenio para colaborarse en el cumplimiento de sus misiones, lo que se permite al coincidir el objeto social del privado que actúe sin ánimo de lucro con la actividad que el Estado quiere impulsar [...]”.

Posteriormente, la Sala de Consulta y Servicio Civil mantuvo su posición anterior al sostener: ¹⁰

“[...] Según indica el artículo 96 en cita, en el caso de que el Estado se vincule con particulares, deberá suscribir un convenio en el que se establezca con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y demás aspectos que sean relevantes. Por virtud del artículo 355 de la Constitución, el convenio deberá, además, celebrarse con personas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, para impulsar un programa o proyecto de interés público, y estar acorde con el plan nacional o seccional de desarrollo [...]”.

⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 23 de febrero de 2006, Nro. Interno 1710, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 3 de septiembre de 2009, Interno 1957, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 12 de septiembre de 2013, Nro. Interno 2146, C.P. William Zambrano Cetina.

A su turno, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha reflexionado sobre el concepto y los elementos que conforman el convenio de asociación, así: ¹¹

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

“La doctrina ha extraído sus condiciones al afirmar:

- *“Su competencia regulatoria está asignada por la Carta Política al Gobierno Nacional, excluyendo al legislador.*
- *“Se considera como entidad pública, aparte de las indicadas en la Constitución y la Ley, a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta cobijadas al régimen de las anteriores.*
- *“El contratista debe ser una entidad privada sin ánimo de lucro y que tenga experiencia con resultados idóneos que soporten la capacidad técnica y administrativa para desarrollar el objeto contractual.*
- *“Su finalidad exclusiva es la realización de labores de carácter social, y por tanto, no está permitida la posibilidad de otorgar contraprestaciones a favor de la entidad contratante ni de un tercero, sino que los beneficios derivados del convenio deben ir dirigidos a la población.*
- *“Es necesario que consten por escrito.*
- *“La naturaleza del convenio es de derecho privado, salvo las excepciones del Decreto 777 de 1992, como la posibilidad de acordar cláusulas excepcionales propias de la contratación estatal.*

“El organismo público contratante tiene la potestad de terminar de manera unilateral el contrato y exigir el pago de los daños irrogados, siempre que se incumpla las obligaciones desprendidas del negocio jurídico bilateral¹²”.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 3 de diciembre de 2014, Exp. 51.832. C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

¹² Original de la cita. Contratación Pública, Análisis Normativo, Descripción de Procedimientos, Sexta Edición de Carlos Pachón Lucas.

La posición anterior fue reiterada por la Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado en providencia del 27 de agosto de 2021.¹³

4.2. Solución al problema jurídico

Tal como lo indicó el *a-quo*, la actuación y posterior sanción disciplinaria se fundó en la existencia de irregularidades para la suscripción del Convenio de Asociación entre el Fondo de Desarrollo Local de la Alcaldía local Rafael Uribe Uribe, representado por la Alcaldesa Local -señora Diana Mabel Montoya Reina-, y la Corporación Volver a La Gente -entidad privada sin ánimo de lucro-, por desconocer el Régimen General de Contratación de la Administración Pública, al concluir que el objeto contractual constituyó una de las exclusiones previstas en el artículo 2º del Decreto 777 de 1992 para los convenios de asociación, pues, según la autoridad disciplinaria, la Corporación realizó una contraprestación directa que recibió la Alcaldía Local librense de obligaciones propias de su giro ordinario.

Para resolver, es pertinente indicar que la Sala de Consulta y Servicio Civil, señaló que a los contratos de asociación no le son aplicables las excepciones previstas el artículo 2º del Decreto 777 de 1992, así:¹⁴

“[...] La consulta pregunta acerca de la diferencia entre los contratos de apoyo reglamentados por el Decreto 777 de 1992 y los convenios de asociación. Se pueden establecer las siguientes diferencias:

1ª) Los contratos de apoyo se celebran con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro. Los contratos de asociación se celebran con personas jurídicas privadas con o sin ánimo de lucro.

2ª) Los contratos de apoyo se celebran para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo. Los contratos de asociación se pueden celebrar con esa finalidad, pero también para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones asignadas legalmente a las entidades estatales.

3ª) Los contratos de apoyo se celebran con cargo al respectivo presupuesto de la entidad pública. En los contratos de asociación se deben determinar, como señala el inciso segundo del citado artículo 96, los “aportes” tanto de la entidad pública como de la persona jurídica particular.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil veintiuno (2021), Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02267-01(66268)

¹⁴ Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Édgar González López, Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00221-00(2319)



*Se trata de dos modalidades especiales de contratos estatales: los contratos de apoyo reglamentados por el Decreto 777 de 1992 y sus decretos modificatorios y los convenios de asociación regulados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, sin que la diferencia sea por el origen de sus normas, sino por sus características y elementos normativos, **debiéndose entender que las exclusiones (que no prohibiciones, como dice la cuarta pregunta) mencionadas en los numerales 1º y 5º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, son para los contratos que este reglamenta: los contratos de apoyo.***

(...)

“4. ¿Los postulados de prohibiciones de los contratos de apoyo e impulso a actividades de interés social, contenidos en el Decreto 777 de 1992 artículo 2, especialmente los numerales 1 y 5, son aplicables a los convenios de asociación?”

Las exclusiones (que no prohibiciones) mencionadas en el artículo 2º, especialmente en sus numerales 1 y 5, del Decreto 777 de 1992, se refieren únicamente a casos en los cuales no se tipifican los contratos de apoyo que este reglamenta y, por tanto, no son aplicables a los convenios de asociación. [...]” (Negrilla fuera del texto original)

En consecuencia, *prima facie* es posible indicar que la autoridad disciplinaria erró en la tipificación de la conducta al reprocharle a la señora Montoya Reina desconocer una excepción normativa que no le es aplicable al convenio por ella suscrito.

No obstante, la Sala advierte que el ente disciplinante además arguyó en los actos administrativos acusados de nulidad que la demandante se equivocó en la escogencia de la modalidad de contratación, asunto que también fue analizado por el *a-quo*, y que es objeto de apelación por parte el apoderado de la Personería. Por ello, le corresponde a esta Subsección, determinar si verdaderamente se trató de un convenio de asociación o no, pues en voces del Consejo de Estado¹⁵ “[...] *habrá de verificarse si el contrato encierra una relación sinalagmática que deja de lado la finalidad benéfica que se supone tienen estos contratos. Así pues, si el contrato representa una operación económica para establecer un equilibrio entre los sacrificios y beneficios de cada parte, habrá de entenderse que la donación perdió su razón de ser, por lo que el contrato debe ser excluido del régimen de fomento. [...]”*

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero, Bogotá, D.C., tres (3) de abril de dos mil veinte (2020), Radicación número: 20001-23-31-000-2009-00170-01(46963)

En ese sentido se tiene que la administración en la decisión sancionatoria señaló que los objetivos del convenio iban encaminados a obtener una contraprestación directa para la Alcaldía lo que:

“[...] implica desnaturalizar el instituto de los convenios de asociación, (...) como quiera que la finalidad perseguida con el CAS 119 de 2012, tal y como se dejó consignado en los estudios previos y en la minuta respectiva, era la de adelantar una que de suyo, correspondía a las finalidades y; acciones a abordar por la alcaldía local de RUU en temáticas tales como gestiones de reconocimiento de derechos y visibilización de los miembros de la comunidad LGBTI, propios de la línea de acción de integración social de la localidad, no era viable desde el punto de vista de la normatividad que regula la celebración de este tipo de acuerdos negociales, ni para tales propósitos, desarrollar el proyecto en cuestión bajo un convenio de asociación, por tanto se desestimará la apreciación defensiva.

(...)

No obstante, encontrarse probado que la disciplinada a lo largo del proceso de formulación del proyecto y del procedimiento de selección finalizado con la suscripción del CAS 119 de 2012, no realizó gestiones para favorecer al oferente, ni mucho menos efectuó modificaciones y/u operaciones inadecuadas, y que desde el principio el proyecto 537 se encontraba fijado para adelantarse un convenio de asociación, es claro que dicha modalidad no era la adecuada para los efectos que se pretendían ejecutar tal y como se ha visto a lo largo del presente pronunciamiento, razón por la cual debió haber optado por un proceso de convocatoria pública que garantizaría la selección objetiva (...)

(...)

Lo anterior, si se tiene en cuenta que tal y como se encuentra ampliamente acreditado, el convenio de asociación 119 de 2012, se circunscribió en su finalidad específica a fomentar espacios de integración y participación de la comunidad LGBTI, en los términos el artículo 2 de la Constitución, gestión que sin lugar a dudas se encontraba a cargo de la alcaldía local de RUU y así mismo lo reconoció la disciplinada y se dejó consignado en los estudios previos y en la minuta contractual.

Bajo esa proposición, es dable entender que la disciplinada, pese a que el proyecto en cuestión debía adelantarse a la luz de un proceso de selección que garantizara pluralidad de oferentes y publicidad, dada la naturaleza del objeto, optó por hacer uso del instituto de los convenios de asociación limitando así la posibilidad de potenciales oferentes, máxime que limitó las opciones, extendiendo invitación exclusivamente a la corporación que finalmente resultó favorecida con la adjudicación del convenio. [...].”

Por su parte el juez de instancia indicó:



Radicación: 11001-33-35-030-2019-00013-01

Demandante: Diana Mabel Montoya Reina

*“[...] la autoridad disciplinaria sub judice confunde **prestación con contraprestación**, desconoce la reglamentación especial que tiene ese tipo de alianzas con entidades sin ánimo de lucro, y el efecto **(SIC)** inútil que se le debe dar a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias examinadas. Es decir, no probó que se tratara de un convenio de asociación simulado y lo desestructuró indebidamente para llegar a esa conclusión [...]”.*

En consecuencia, para determinar la naturaleza del Convenio suscrito por la señora Montoya Reina, se hace procedente citar al Consejo de Estado¹⁶ quien ha mencionado que *“[...] Para determinar cuándo se está frente a un convenio de asociación, debe establecerse en primer lugar si la prestación a cargo del contratista se encuentra encaminada a beneficiar directamente a la comunidad, más no a la entidad pública contratante ya sea ésta de orden nacional, departamental o municipal, pues teniendo en cuenta que el objeto principal de este tipo de convenciones es impulsar programas y actividades de interés público con sujeción al plan nacional y a los planes seccionales de desarrollo, es evidente que la prestación a cargo del contratista debe encaminarse directamente al beneficio de la comunidad. [...]”*

Así las cosas, observa esta Subsección, que el objeto contractual del Convenio N° 112 de 2012 era: (02EXP 41)

“[...] Aunar esfuerzos y recursos técnicos, administrativos y financieros para la sensibilización y viabilización de los derechos de las personas de los sectores LGTB de la Localidad de Rafael Uribe Uribe [...]”

Para esta Sala el objeto contractual se encuadra dentro de los señalados en el artículo 355 de la Carta, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, el artículo 1° del Decreto 777 de 1992 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, para ser entendido como un convenio de asociación. Pero evidentemente, el objeto no es lo único a tener en cuenta, dado que, la autoridad disciplinaria arguye que existió una contraprestación directa evidenciándose un convenio simulado, pues su verdadera finalidad *“era la de adelantar una que de suyo, correspondía a las finalidades y; acciones a abordar por la alcaldía local de RUU”*

Sobre la contraprestación directa el Consejo de Estado ha señalado: ¹⁷

“[...] los contratos a que se refiere el inciso 1o. del artículo 2o. del Decreto 777 de 1992 son los que implican una conducta

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015). Radicación número: 76001-23-31-000-2005-04718-01(36881)

¹⁷ Nota del Concepto No. 1710 de 2006: sentencia de 26 de febrero de 1.993, radicación 2073, de la Sección Primera del Consejo de Estado, que denegó las pretensiones de nulidad contra los artículos 1o. y 2o. del decreto 777.

*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 [...]***"

Posteriormente, esa Alta Corporación indicó: ¹⁸

"[...] El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra "Contraprestación" como "Prestación que debe una parte contratante por razón de la que ha recibido o debe recibir de la otra" y "Prestación" como "Cosa o servicio que alguien recibe o debe recibir de otra persona en virtud de un contrato o de una obligación legal", de manera que una contraprestación directa en este caso, es el bien, obra o servicio que recibe directamente la entidad pública por causa de un contrato celebrado con una persona privada sin ánimo de lucro, lo cual significa que dicho contrato se encuentra excluido del régimen de los contratos de apoyo establecido por el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución y reglamentado por el Decreto 777 de 1992 y sus decretos modificatorios.

La Sala se refirió en el mismo sentido de que la contraprestación directa a la cual aludía el numeral 1 del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, implica que la beneficiaria de la prestación a cargo de la entidad privada sin ánimo de lucro, sea la entidad pública y no la comunidad [...]"

De forma más reciente la Sección Tercera del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo concluyó: ¹⁹

"[...] En primera medida se ha establecido aquello que debe entenderse por contraprestación directa²⁰. Esta se da cuando

¹⁸ Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Édgar González López, Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00221-00(2319)

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero, Bogotá, D.C., tres (3) de abril de dos mil veinte (2020), Radicación número: 20001-23-31-000-2009-00170-01(46963)

²⁰ Sobre el particular resulta ilustrativo las conclusiones de la Sala de Consulta y Servicio Civil: "El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra 'contraprestación' como 'prestación que debe una parte contratante por razón de la que ha recibido o debe recibir de la otra' y 'prestación' como 'cosa o servicio que alguien recibe o debe recibir de otra persona en virtud de un contrato o de una obligación legal', de manera que una contraprestación directa en este caso, es el bien, obra o servicio que recibe directamente la entidad pública por causa de un contrato celebrado con una persona privada sin ánimo de lucro, lo cual significa que dicho contrato se encuentra excluido del régimen de los contratos de apoyo establecido por el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución y reglamentado por el Decreto 777 de 1992 y sus decretos modificatorios". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 30 de mayo de 2017, exp. 2319, C.P. Édgar González López.



el bien, obra o servicio que proporciona, elabora o ejecuta la entidad sin ánimo de lucro, por virtud de los recursos entregados en el marco del contrato, tiene como beneficiaria inmediata a la administración y no a la comunidad. La Sección Primera así lo concluyó cuando estudió la legalidad de dicha disposición²¹:

[L]os contratos a que se refiere el inciso 1º del artículo 2 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 aquéllos sean excluidos por el mismo artículo 2º acusado de la aplicación del decreto del cual hace parte dicha disposición.

Es por tanto que se ha dicho respecto a estos contratos que “su finalidad exclusiva es la realización de labores de carácter social, y por tanto, no está permitida la posibilidad de otorgar contraprestaciones a favor de la entidad contratante ni de un tercero, sino que los beneficios derivados del convenio deben ir dirigidos a la población”²².

En segundo lugar, se ha precisado que por virtud de estos contratos no es posible pactar una relación conmutativa que signifique un intercambio de bienes y servicios que resulten equivalentes a los recursos públicos aportados. En efecto, “no podría darse un contrato conmutativo, en el cual se advierta un intercambio o venta de bienes o servicios, sino un convenio para colaborarse en el cumplimiento de sus misiones, lo que se permite al coincidir el objeto social del privado que actúe sin ánimo de lucro con la actividad que el Estado quiere impulsar”²³.

Bajo esa lógica, la Sala precisó que estos contratos “no son conmutativos, en tanto que, por la finalidad que persiguen, no puede darse un intercambio o venta de bienes o servicios, sino que se trata de un convenio en el que los contratantes se dedican a colaborarse en el cumplimiento de sus misiones, lo que se permite si coinciden el objeto social del privado que

²¹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 26 de febrero de 1993, exp. 2073, C.P. Yesid Rojas Serrano.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, auto del 3 de diciembre de 2014, exp. 51832. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

²³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 30 de mayo de 2017, exp. 2319, C.P. Édgar González López.



*actúe sin ánimo de lucro y la actividad que el Estado quiere impulsar*²⁴.

La imposibilidad de esa relación sinalagmática está dada por el ánimo que inspira a cada parte del contrato, pues ambos comparten una finalidad altruista. En efecto, el privado contrata sin pretender obtener una remuneración por la actividad de interés público que desarrolla y la entidad estatal participa para apoyarlo en ese fin, pero nunca para retribuirle, pagarle o remunerarle por la ejecución de esta.

(...)

Así, en cada caso particular, a efectos de conocer si un contrato encaja en la exclusión, es preciso establecer si su contenido prestacional beneficia a la entidad pública, o en otros términos, si la prestación se cumple respecto de esta, o si por el contrario, la beneficiaria directa e inmediatamente es la comunidad²⁵. De esta forma si el producto de la ejecución lo recibe la entidad y favorece sus intereses más próximos indudablemente queda en entredicho que el contrato suponga la donación de dinero para apoyar la actividad del particular. [...]

De la jurisprudencia transliterada en síntesis se puede decir que, los convenios de asociación tienen por objeto beneficiar a la comunidad, pues deben estar encaminados a impulsar programas y actividades de interés público, acordes con el Plan Nacional o los Planes Seccionales de Desarrollo tal como lo prevé el artículo 355 Constitucional, de allí que, al no favorecer a la comunidad sino a la entidad estatal, se entenderá una contraprestación directa desnaturalizando dicha figura contractual.

En ese sentido, debe indicarse que lo argüido por el apoderado de la entidad demandada en el recurso de apelación que tiende a reafirmar la tesis de las decisiones sancionatorias, respecto a que el Convenio N° 119 de 2012, tiene una contraprestación directa toda vez que buscaba satisfacer propósitos institucionales y del giro de la Alcaldía Local previstos en el plan de desarrollo, no tienen la suficiente fuerza para generar por si sola la responsabilidad disciplinaria de la demandante, ya que, el propio constituyente creó esa figura exactamente para ello, así “[...] **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 [...]**”²⁶ (negrilla fuera del texto original)

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de julio de 2018, exp. 2010-00478-01(AP), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 23 de febrero de 2006, exp. 1710, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

²⁶ Ver Artículo 355 de la Constitución Política



Por las razones expuestas, para que se entendiera que hubo una retribución directa la Corporación “VOLVER A LA GENTE” debió favorecer únicamente a la entidad, pero es claro al leer el objeto contractual que, estaba dirigido a la comunidad LGTBIQ+ y no a la entidad, es decir, de interés público en beneficio de la comunidad, ahora, es evidente que dicho convenio ayudaba a cumplir el plan de desarrollo, pero, tal como se refirió con anterioridad, es precisamente la Constitución la que prevé que el convenio sea para eso.

Finalmente, la entidad apelante alega que el *a-quo* desconoció que el Consejo de Estado en la decisión del 30 de mayo de 2017²⁷ señaló:

“[...]” 5. ¿En qué consiste la ‘contraprestación directa’, de que trata el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 777 de 1992? ¿El cumplimiento de una meta del plan de desarrollo de una entidad podría considerarse como una contraprestación directa? ¿El pago o remuneración de personal podría estimarse como contraprestación directa?”.

(...)

El cumplimiento de una meta del plan de desarrollo de una entidad pública, puede considerarse como una contraprestación directa, en la medida en que se beneficia directamente la entidad pública con dicha prestación realizada por la entidad privada sin ánimo de lucro. [...]”
(Negrilla fuera del texto original)

Pero, excluye el apoderado de la Personería que, en esa misma decisión esa Alta Corporación indicó:

“[...]” 4. ¿Los postulados de prohibiciones de los contratos de apoyo e impulso a actividades de interés social, contenidos en el Decreto 777 de 1992 artículo 2, especialmente los numerales 1 y 5, son aplicables a los convenios de asociación?”.

Las exclusiones (que no prohibiciones) mencionadas en el artículo 2º, especialmente en sus numerales 1 y 5, del Decreto 777 de 1992, se refieren únicamente a casos en los cuales no se tipifican los contratos de apoyo que este reglamenta y, por tanto, no son aplicables a los convenios de asociación. [...]”
(Negrilla fuera del texto original)

Es decir, que los contratos que regula el artículo 2º del Decreto 777 de 1992 no pueden cumplir una meta del plan de desarrollo, por cuanto eso se entendería una contraprestación directa. Sin embargo, como a **los convenios de asociación** no le son aplicables el mencionado apartado normativo, y sobre todo, cuando fueron creados por la Constitución

²⁷ Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Édgar González López, Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00221-00(2319)



Radicación: 11001-33-35-030-2019-00013-01

Demandante: Diana Mabel Montoya Reina

Política para “[...] impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo [...]”, no puede entenderse que, únicamente porque se promovió a través de un convenio un beneficio a la comunidad previsto en el plan de desarrollo, se genere *per se* una contribución directa que desnaturalice la figura contractual, por cuanto, ello contrariaría la voluntad del constituyente.

Ahora, debe advertirse que, a través de los convenios de asociación no pueden celebrarse todo tipo de contrato estatal, ya que, es obligatorio cumplir con los requisitos previstos en el artículo 355 de la Carta, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, el Decreto 777 de 1992²⁸, y demás normas concordantes. De allí que le compete a la autoridad disciplinaria investigar, examinar y llegar a conclusiones que despejen de toda duda razonable en cuanto a que efectivamente, se desnaturalizó el convenio de asociación para poder sancionar.

Por lo tanto, la Sala no acogerá lo argüido en el recurso de apelación, y se confirmará el fallo proferido por el Juzgado Treinta (30) Administrativo oral de Bogotá D.C.

5. Costas en segunda instancia

En cuanto a la condena en costas, entendidas estas como la erogación económica que debe pagar la parte que resulte vencida en un proceso judicial, las cuales están conformadas por: i) las expensas, que corresponde a los gastos surgidos con ocasión del proceso y, ii) las agencias en derecho, que no son más que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte contraria, se tiene que, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 dispuso un cambio en su regulación, al determinar que habrá condena en costas cuando se establezca que la demanda o su contestación fue presentada con manifiesta carencia de fundamento legal.

Acorde con lo anterior, la Sala no condenará en costas en esta instancia, pues se advierte que, tanto la demanda como la contestación se fundó en las disposiciones legales que consideraban aplicables al caso concreto.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “D”**,

²⁸ En lo que le sea aplicable



Radicación: 11001-33-35-030-2019-00013-01

Demandante: Diana Mabel Montoya Reina

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta (30) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C., que accedió parcialmente las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: En firme la presente sentencia, devuélvase el expediente al Despacho de origen, dejando las constancias del caso.

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión virtual de la fecha.

*Para consultar el expediente, ingrese al siguiente link: https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/abecerra_cendoj_ramajudicial_gov_co/EncNwgSUZ5VGn20qPFUrXvIB5Fk2uXO5UPHGvNg1O4s80A?e=vXeIeO

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ALBA LUCÍA BECERRA AVELLA
Magistrada



CERVELEÓN PADILLA LINARES
Magistrado



ISRAEL SOLER PEDROZA
Magistrado

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA, modificado por la el artículo 46 de la Ley 2080 de 2021.

Puede validar su documento en el siguiente link <http://samairj.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/validador> y a través de su celular escaneando el siguiente código QR:

