

OBSERVACIONES AL INFORME DE EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS

INVITACIÓN PÚBLICA No. 023 DE 2015

**CONTRATAR EL SUMINISTRO DE ALIMENTACIÓN PARA ESTUDIANTES Y EL
SERVICIO DE CAFETERÍA PARA LOS DIFERENTES ESTAMENTOS DE LA
UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA Y TECNOLÓGICA DE COLOMBIA, SEDE
CENTRAL TUNJA PARA LAS VIGENCIAS 2016 Y 2017**

**RECTORIA
COMITÉ DE CONTRATACIÓN
UNIVERSIDAD PEDAGOGICA Y TECNOLÓGICA DE COLOMBIA
TUNJA,
18 DE DICIEMBRE DE 2015 (5:00 P.M.)**

**FORMATO COMUNICADO EXTERNO**

FECHA ELABORACION	FECHA ACTUALIZACION	VERSION	PAGINA
20 - Mayo - 2015	N/A	1	1

Tunja 18 Diciembre de 2015.

Señores

UNIVERSIDAD PEDAGOGICA Y TECNOLOGICA DE COLOMBIA -.UPTC.

REF: Observaciones INVITACION PULICA N° 023 DE 2015.

Por medio de la presente me dirijo a ustedes con observar el proceso en referencia, de la evaluación técnica en las características organolépticas en los menús del señor HECTOR HUMBERTO FONSECA, folio 131, plan semanal 1: menú 1: se sopa de arroz y cereal arroz blanco situación que denota la preparación de los mismos alimentos en el menú. Menú 7: sopa ajiaco, en su preparación consta de tres tipo de papas (característica de este típico plato), en el mismo lleva papa criolla, lo que hace que la característica organoléptica sea igual; hay una preparación que contiene una elaboración con crema de leche y frijol con el mismo menú, de lo cual no es bien tolerado en la mayoría de personas y recomendación de nutricionista en su mayoría es no recomendar leguminosas secas con lácteos ya que personas no toleran esta combinación; menú 10: plato contiene cebolla en dos preparaciones en el mismo menú y es la base del preparativo en la carne strogonoff y el arroz encebollado y folio 132 en el plan semanal 2: menú 14: plato contiene cebolla en dos preparaciones en el mismo menú y es la base del preparativo en la carne bistec y el arroz con cebolla cabezona; menú 18: contiene preparativos con la base de preparación de plátano en dos elaboraciones en la sopa y el energético del seco (guarnición) sopa de plátano y maduro al horno, por tal motivo se nota condiciones organolépticas similares en las preparaciones.

A su vez las pruebas organolépticas se hacen de manera en plato servido, con el fin de identificar sus sabores, texturas, aromas y no se comprende porque la entidad evalúa esta condición técnica de los menús presentados en papel físico, en este orden de ideas su práctica es en servido real tal razón que no es verificada como debería ser, el concepto de organoléptica es ***“la textura, el olor o incluso el aspecto visual constituyen las principales propiedades organolépticas de la comida. De forma más general, la cualidades organolépticas se definen como el conjunto de propiedades detectadas por los diferentes sentidos del individuo...”*** (Texto en negrilla y subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior no se debería dar el puntaje máximo a la propuesta del señor HECTOR HUMBERTO FONSECA, no merecen el puntaje máximo o en defecto la entidad no debería evaluar las características organolépticas ya que no se hacen en plato servido.

Agradezco la atención prestada la presente.

Cordialmente

FREIMAN ALEXIS MENESES GOMEZ
R/L COMPANY SERVICE FOOD S.A.S.

COMPANY SERVICE FOOD S.A.S.

“ALIMENTAMOS LA GRANDEZA DE COLOMBIA”

Aguazul (Casanare) Kr. 18 N°31 - 33 Tel. (098) 6334208 Cel. 3214682812 - 3214687875

companyservicefood@yahoo.es - www.companyservicefood.com

Recibo
3:55 PM
18-12-15

Tunja, 18 de diciembre de 2015

Señores
Grupo de Bienes y Suministros
UPTC
Ciudad

REF: Observaciones calificación de experiencia invitación pública No. 23 de 2015

Mediante la presente solicito revisar la calificación de experiencia del contrato No. 685 de 2012 de la GOBERNACIÓN DE CASANARE CONTRATO, presentado por el proponente COMPANY SERVICE FOOD S.A.S., ya que se le dio la máxima calificación que establece el pliego de condiciones de la invitación pública 023 de 2015 a un contrato que, las raciones, según la procuraduría presento muchas irregularidades tanto en su proceso de contratación como en su ejecución.

En el pronunciamiento de la procuraduría según radicado No.161 -5573 el quejoso establece:

"Mencionó que el convenio, cuya cuantía ascendió a la suma de \$16.694'848.800 y el tiempo de ejecución fue de 120 días, tuvo incumplimientos reiterados en su ejecución por parte del contratista, dado que si bien es cierto el valor de la ración era de \$2.212 pesos, los alimentos no tenían estándares mínimos de calidad, no cumplían los requerimientos calóricos y que, en general, eran muy deficientes en su contenido y presentación, para lo cual solicitó que este ente de control adopte mecanismos para que no sigan ocurriendo estas irregularidades al interior del departamento que se presentan en la mayoría de las contrataciones de la gobernación que se adelantan a través de convenios interadministrativos, con elusión evidente de la selección objetiva del contratista (fols. 1 cuad. ppal. 1). "

Por lo anterior y por muchos más motivos e irregularidades gravísimas que expone la procuraduría vemos que no se debería tener en cuenta este contrato para acreditar experiencia, y más bien revisar la idoneidad del proponente.

Además las raciones presentadas en este contrato no cumplen no son comparadas con la licitación a la cual se presentaron ya que su contenido nutricional muy bajos.

En cuanto a la presentación de la propuesta de la empresa COMPANY SERVICE FOOD S.A.S, se evidencia grandes faltas como las siguientes

1. El proponente COMPANY SERVICE FOOD S.A.S, no presenta póliza de cumplimiento, por ende no brinda seguridad su propuesta, además se muestra una desigualdad comparada con los otros proponentes que si tuvieron que desembolsar un dinero para pagar una póliza a tiempo y poder presentarse como lo establece el pliego de condiciones. En este punto el proponente ya tiene antecedentes como lo manifiesta la procuraduría en el presente informe:

"De otra parte, se confirma aún más el mayor gasto cargado al valor del convenio, por cuanto COMFACASANARE como la Unión Temporal constituyeron pólizas de cumplimiento para la ejecución del convenio y del contrato (fols. 5 a 8 cuad. anexo 10 y 162 a 171 cuad. anexo 2), pues dichos valores son asumidos con cargo al presupuesto de la gobernación, al ser incluidos en los gastos financieros, de legalización y descuentos del valor de la ración de almuerzo"

2. El proponente COMPANY SERVICE FOOD S.A.S, no allego CD con la propuesta económica análisis químico nutricional, dificultado el proceso de contratación y retardando los términos de dicho proceso, demostrando su negligencia y falta de organización como lo contemplan las denuncias elevadas a la procuraduría en contratos anteriores.
3. El proponente COMPANY SERVICE FOOD S.A.S, no folio los documentos como establece la presentación de la propuesta.

Valoro su colaboración

Cordialmente,


HECTOR HUMBERTO FONSECA CANO
C.C 7.163.274 de Tunja
PROPONENTE CORREO ELECTRONICO:
hectorfonseca24@hotmail.com

19-12-15
Recibi 4:25 PM
 21

Anexo: copias del pronunciamiento de la contraloría del contrato No. 685 de 2012.



NOTA DE RELATORIA: Se eliminan los datos relativos a direcciones personales en garantía de los derechos a la intimidad y seguridad

CONTRATO ESTATAL-Irregularidades en la selección del contratista para el suministro de raciones alimentarias a estudiantes

CONVENIO DE COOPERACIÓN-Marco jurídico

Retomando el marco jurídico de esta clase de convenios se tiene que el artículo 355 de la Constitución Política autorizó a las entidades estatales a través de sus representantes legales y con recursos de sus propios presupuestos, a 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 de desarrollo correspondiente. A su vez, en ejercicio de esas específicas atribuciones otorgadas directamente por la Constitución Política, el Gobierno Nacional decidió expedir el Decreto 777 del año 1992...

CONVENIO DE COOPERACIÓN-Régimen Jurídico al cual las partes sometieron el convenio 001 de 14 de mayo de 2012

Lo primero que debe entrar la Sala a determinar es el régimen jurídico al cual las partes sometieron el convenio de cooperación No. 001 de 14 de mayo de 2012, para lo cual debe señalarse que de acuerdo a las consideraciones plasmadas en el propio convenio por las partes como en los «FUNDAMENTOS JURIDICOS» del acápite «5. MODALIDAD DE SELECCIÓN», de los estudios previos del convenio, se determinó que de acuerdo a las actividades a desarrollar, era procedente celebrar un convenio de cooperación a la luz de lo establecido en los artículos 355 de la Constitución Política y su reglamentación contenida en los Decretos 777 de 1992 y 1403 del mismo año, por considerar que aquéllas no corresponden a actividades mercantiles que involucren el ánimo de lucro, «...por el contrario, propenden por el logro de objetivos de interés común y fines altruistas de fines que persigue la administración, para lo cual resulta procedente contratar con una entidad sin ánimo de lucro, de reconocida idoneidad, que cumpla con los requisitos establecidos en la normatividad aplicable».

CONVENIO DE COOPERACIÓN-Debe verificarse el requisito de solemnidad

Una vez determinado el sometimiento del convenio por las partes al régimen excepcional previsto en el artículo 355 de la Constitución Política y sus Decretos Reglamentarios 777 y 1403 de 1992, debe verificarse el requisito de solemnidad, según el cual el acuerdo de voluntades debe elevarse a escrito, como lo exige el primero de los decretos mencionados expedidos por el gobierno nacional, requisito que en el presente caso se cumple como quiera que las partes lo elevaron a escrito y para el presente caso fue allegado debidamente al proceso en fotocopia.

CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR-Naturaleza Jurídica de Comfacasanare/
ENTIDAD PRIVADA SIN ÁNIMO DE LUCRO-Concepto de reconocida idoneidad

Teniendo en cuenta que de acuerdo con las normas arriba mencionadas, este tipo de contratos sólo pueden celebrarse con entidades privadas sin ánimo de lucro, es imperioso en este caso indagar sobre la naturaleza jurídica de la Caja de Compensación Familiar de

Casanare –COMFACASANARE-, para lo cual debe señalarse que es una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro, organizada como corporación, en la forma prevista en el Código Civil, identificada con NIT. No. ..., conferida por medio de la Resolución No. 0669 de 27 de diciembre de 2001, expedida por la Superintendencia de Subsidio Familiar y que de acuerdo a sus Estatutos cumple funciones de seguridad social y se halla sometida al control y vigilancia del Estado, en la forma establecida en la ley.

Lo anterior quiere significar que COMFACASANARE, desde el punto de vista de su personalidad jurídica, es una entidad sin ánimo de lucro con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones en el mundo jurídico a través de contratos y/o convenios, entre otros.

A continuación debe la Sala entrar a establecer si la Caja de Compensación Familiar de Casanare –COMFACASANARE-, como persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro, tiene «reconocida idoneidad» para ejecutar el objeto del convenio 001 de 14 de mayo de 2012, es decir, garantizar el servicio de restaurante escolar a 62.895 estudiantes del departamento de Casanare lo cual, como se verá más adelante, simplemente consistió en la preparación y distribución de almuerzos escolares al mismo número de estudiantes del referido ente territorial.

Al respecto debe la Sala entrar a analizar los objetivos y funciones de las cajas de compensación familiar a la luz de la ley y los estatutos de COMFACASANARE, para lo cual previamente debe señalarse el concepto de «reconocida idoneidad» que trae el tercer inciso del artículo 1 del Decreto 777 de 1992, subrogado por el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1403 de 1992, cuyo nuevo texto es del siguiente tenor:

«Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado...».

CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR-Naturaleza jurídica y funciones

Al analizar los objetivos y funciones conferidos por la ley a las cajas de compensación familiar, se advierte que, en forma general, tienen que ver con funciones de seguridad social, específicamente todo lo atinente al recaudo, distribución y pago de los aportes destinados al subsidio familiar en especie o servicios; ejecutar actividades relacionadas con la protección y la seguridad social a través de alianzas estratégicas con otras cajas de compensación o con otras entidades especializadas públicas o privadas; administrar las actividades de subsidio en dinero, recreación social, deportes, turismo, centros recreativos y vacacionales, viviendas de interés social, créditos, jardines sociales, programas de atención integral para niños y niñas de 0 a 6 años, programas de jornada escolar complementaria, atención a la tercera edad y programas de nutrición materno infantil, a través de los programas que correspondan a cada caja, entre otras.

ENTIDAD PRIVADA SIN ÁNIMO DE LUCRO-No tiene infraestructura ni condiciones técnicas y operativas para la manipulación y elaboración de alimentos

Ahora bien, en punto a la definición que sobre «reconocida idoneidad» establece el Decreto 1403 de 1992, la Sala debe verificar si COMFACASANARE, como entidad privada sin ánimo de lucro, tenía la capacidad técnica y administrativa para preparar y distribuir 62.895 almuerzos a estudiantes de las instituciones educativas del departamento del Casanare.

La Sala considera que si bien las Cajas de Compensación Familiar pueden tener la capacidad jurídica para celebrar convenios de cooperación relacionados con la ejecución de sus programas de nutrición infantil y materno infantil como objetivo específico de atención integral a la niñez de la primera infancia, conforme a la Ley 789 de 2002 y su

Decreto Reglamentario 1729 de 2008, en el caso bajo examen, como pasará a demostrarse, COMFACASANARE carecía de la capacidad técnica y administrativa exigida en el Decreto 1403 de 1992 para cumplir el requisito de «reconocida idoneidad» en la preparación y distribución simultánea de 62.895 almuerzos, para garantizar el servicio de restaurante escolar a igual número de estudiantes del departamento de Casanare, lo cual fue el objeto del convenio de cooperación 001 de 14 de mayo de 2012.

Al respecto debe mencionarse que de acuerdo a la visita especial practicada el día 30 de noviembre de 2012 por funcionarios de la Procuraduría General de la Nación a las dependencias de la Caja de Compensación Familiar de Casanare –COMFACASANARE–, con el objeto de verificar la idoneidad técnica y administrativa de ésta para el cumplimiento del convenio de cooperación 001 celebrado el 14 de mayo de 2012, respecto de la preparación y distribución de las raciones alimentarias a los estudiantes de las diferentes instituciones educativas del departamento de Casanare, se estableció que esta caja no tenía la infraestructura ni las condiciones técnicas y operativas para la manipulación y elaboración de alimentos.

A esta conclusión se llega por cuanto en la visita realizada los funcionarios comisionados le solicitaron al señor ..., gerente de COMFACASANARE, se dirigieran al sitio u oficina dispuesto para adelantar las labores propias de ejecución del objeto convenido con la gobernación del Casanare, a lo que el referido funcionario propuso realizar un recorrido por las distintas sedes de COMFACASANARE, visitándose un total de seis (6), pero que de acuerdo con la relación de actividades desplegadas en cada sede, en ninguna de ellas se advierte la existencia de una infraestructura de tipo técnico, logístico y de recurso humano para el cumplimiento del objeto convenio, esto es, garantizar la prestación del servicio de restaurante escolar a una población estudiantil importante del departamento de Casanare, específicamente la infraestructura logística para preparar y distribuir las raciones alimentarias en condiciones sanitarias y nutricionales adecuadas, cumpliendo con lo estándares nutricionales, como quedó establecido en el convenio.

CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR-No pueden celebrar convenios de cooperación y asociación con entidades públicas/**CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR**-No tienen la capacidad técnica ni administrativa para garantizar el servicio de restaurante

Debe la Sala precisar y aclarar a los apoderados y disciplinados con lo expuesto en precedencia que en ningún momento se ha manifestado ni se puede inferir que las cajas de compensación familiar, como personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, no puedan celebrar convenios de cooperación y asociación con entidades públicas con fundamento en las previsiones del artículo 355 Constitucional y los Decretos Reglamentarios de origen Constitucional 777 de 1992 y 1403 de mismo año, así como en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, pues ellas gozan de capacidad jurídica para la suscripción de estos actos jurídicos, sino que deben cumplir, entre otros, con el requisito de la «reconocida idoneidad» para impulsar un plan o programa de interés que se encuentre acorde con el respectivo plan de desarrollo del ente territorial.

De esta forma queda demostrado que COMFACASANARE no tenía la capacidad técnica y administrativa para garantizar el servicio de restaurante escolar para preparar y distribuir 62.895 almuerzos a estudiantes de las instituciones educativas del departamento del Casanare que pudiese predicar de aquella la «reconocida idoneidad» para ejecutar las labores propias del convenio, siendo prueba fehaciente de ello que COMFACASANARE procedió a contratar la totalidad de las obligaciones acordadas en el convenio de cooperación 001 de 14 de mayo de 2012.

LICITACIÓN PÚBLICA-El implicado debía acogerse a esta figura como procedimiento de selección

En este orden, el servicio de restaurante escolar para 62.895 estudiantes de instituciones educativas del departamento del Casanare, representado en la preparación y distribución de almuerzos al mismo número de educandos, efectivamente hace parte de un proyecto formulado por la gobernación de dicho ente territorial a través de su secretaría de educación, el cual correspondía al giro normal de sus funciones referentes a la ampliación y sostenibilidad del servicio público educativo de dicho ente territorial, lo que le demandaba una contraprestación económica a su favor, en el sentido que la entidad estatal recibió el beneficio por el cual pagó, así indirectamente fuera la comunidad educativa la beneficiada con la ejecución del proyecto, a la vez que COMFACASANARE recibió los dineros con el cual procedió a subcontratar las obligaciones contraídas en el convenio.

Por lo anteriormente expuesto, teniendo en cuenta el objeto acordado en el convenio 001 de 14 de mayo de 2012, el señor Nelson Ricardo Mariño Velandia debía adelantar una licitación pública como procedimiento de selección dadas las condiciones del contrato y la cuantía del mismo, conforme a lo previsto en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y demás normas que las reglamentan y adicionan, pues al existir una contraprestación directa a favor del departamento del Casanare, como en efecto ocurrió, ello quiere decir que el proyecto podía ejecutarse también por una empresa privada con ánimo de lucro dentro del marco de los principios de igualdad, transparencia y libre concurrencia que tienen todas las personas interesadas en intervenir en la actividad contractual del Estado.

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y TRANSPARENCIA-Alcances de la figura/SELECCIÓN OBJETIVA DEL CONTRATISTA-Alcance

Es así como el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 establece que en virtud del principio de eficiencia y transparencia, la escogencia del contratista debe efectuarse con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa con fundamento en reglas establecidas; en consecuencia se trata de una regla general sin que por ello los administradores puedan interpretar artificiosamente las causales de la contratación que son taxativas para cada caso, así como tampoco emplear indebidamente otros mecanismos legales para violar el principio general enunciado, significándose con ello la prohibición de eludir los procesos de selección.

Ahora bien, la selección objetiva del contratista implica la realización de un proceso de selección que conlleve a escoger la propuesta más favorable para la entidad y los fines que ella busca, por lo que el Estatuto Contractual contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, previeron una serie de procedimientos tendientes al logro de este objetivo que por regla general se ajusta a los lineamientos establecidos para la licitación, concurso público, selección abreviada y excepcionalmente el procedimiento de contratación directa, modalidades de selección que garantizan la selección objetiva del contratista.

CONVENIO DE COOPERACIÓN-Gobernador del Casanare no contaba con los presupuestos legales para suscribirlo

Para la Sala no cabe duda que al pretermirse la observancia y cumplimiento de los presupuestos Constitucionales y legales aquí reseñados, al celebrar el convenio de cooperación 001 de 14 de mayo de 2012 con la Caja de Compensación Familiar de Casanare –COMFACASANARE-, el gobernador del departamento de Casanare, eludió la regla general de la licitación pública como mecanismo de selección de contratistas, dada las condiciones del objeto a contratar y la cuantía del mismo.

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA-En materia de contratación del Estado

En efecto, como una manifestación de este principio, el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 establece ciertos deberes especiales que deben cumplir los servidores públicos, entre los cuales refiere a que su conducta debe ceñirse al principio de legalidad y a la finalidad del interés público, estableciendo que no deben actuar con abuso o desviación de poder y que, por el contrario, deben cumplir los procedimientos de selección y los requisitos establecidos en el estatuto para la contratación, razón por la cual el principio de transparencia en materia de contratación del Estado debe entenderse como un principio de carácter general aplicable a la totalidad de los mecanismos de selección de contratistas establecidos por el legislador, tendientes a garantizar la imparcialidad y la escogencia objetiva del contratista, en aras de escoger la propuesta más favorable a la entidad y a los fines por ella perseguidos, todo dentro de un marco de igualdad y libre concurrencia de quienes pretendan participar en la actividad contractual del Estado.

PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA-Inobservancia y pretermisión/ACTIVIDAD CONTRACTUAL-El disciplinado no ejerció su competencia conforme a los fines previstos en la ley

En el caso concreto, la Sala advierte la inobservancia y pretermisión de este principio, en el sentido que el mandatario seccional de Casanare, ante la inviabilidad de suscribir el convenio de cooperación por las razones aquí analizadas, debió ejecutar por sí misma los recursos de su presupuesto, adelantando el proceso licitatorio de selección establecido legalmente en las normas de contratación de acuerdo a la naturaleza del contrato y su cuantía, y no acudir a un tercero bajo la modalidad del convenio de cooperación por contratación directa, para que a su vez subcontratara con quien sí tenía la «reconocida idoneidad» y experiencia para ejecutar las labores previamente convenidas, como en efecto ocurrió.

Por lo anterior, el disciplinado no ejerció su competencia dentro de la actividad contractual conforme a los fines previstos en la propia ley, además que le estaba prohibido eludir el procedimiento de selección objetiva del contratista y que para el presente caso correspondía a la licitación pública, mecanismo de selección al que no se acudió y que atentó el principio de transparencia de la contratación.

PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD-Desconocimiento de reglas y procedimientos de selección en la contratación del Estado

Es precisamente por este desconocimiento de reglas y procedimientos de selección en la contratación del Estado que el disciplinado desconoció también el principio de responsabilidad, contenido en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, en cuyos numerales 1, 2, 4 y 5 señalan que los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal e igualmente que los servidores públicos responden por sus actuaciones y omisiones ya que deben estar presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia; así mismo, que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección de contratistas, está a cargo del representante legal de la entidad.

Estas manifestaciones del principio de responsabilidad fueron inobservadas por el disciplinado, por cuanto en su condición de gobernador del departamento de Casanare, utilizó la figura del convenio de cooperación cuyo marco jurídico se estructura a partir del inciso segundo del artículo 355 Constitucional y se reglamenta por el gobierno nacional en

los Decretos 777 y 1403 de 1992, eludiendo el proceso licitatorio, al suscribir y permitir la ejecución del convenio de cooperación 001 del 14 de mayo de 2012 con COMFACASANARE, que no contaba con la idoneidad legal y reglamentaria, así como la capacidad técnica y administrativa para ejecutar las obligaciones adquiridas en el convenio, hecho que generó que ésta tuviera que subcontratar la ejecución con la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, convirtiéndose la caja en un mero intermediario.

Corolario de lo anterior, el numeral 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 señala como una manifestación más del principio de responsabilidad que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección, es del jefe o representante legal de la entidad quien o puede trasladarla a juntas o consejos directivos de la entidad ni a comités asesores y órganos de control y vigilancia de la misma.

DISCIPLINADO-Debía constatar la idoneidad de la entidad con la cual estaba contratando para cumplir las obligaciones convenidas

Para el caso en examen, el disciplinado en su condición de gobernador y representante legal del departamento de Casanare era el funcionario competente para suscribir el convenio No. 001 del 14 de mayo de 2012 y por ende quien debía constatar que la entidad sin ánimo de lucro con la cual estaba contratando, tuviera la idoneidad para cumplir las obligaciones convenidas, lo cual no ocurrió y que conllevó a que se distorsionara la figura del convenio de cooperación, cuya finalidad consiste en que el Estado (Departamento de Casanare) impulse un programa o una actividad de interés público formulada por una entidad privada sin ánimo de lucro y por aquel, con lo cual en últimas se eludió el proceso selectivo de licitación pública.

FALTA GRAVÍSIMA-Participar en la actividad contractual con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal

...,la conducta descrita en el primer cargo constituye una falta disciplinaria que el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 considera como gravísima, ..., pues como ha quedado demostrado, el disciplinado participó en la actividad contractual, vulnerando los principios de transparencia y responsabilidad de la actividad contractual.

ILICITUD SUSTANCIAL EN DERECHO DISCIPLINARIO-La garantía de la función pública descansa en la salvaguarda de los principios que la gobiernan

La figura de la ilicitud sustancial en materia disciplinaria debe leerse en armonía o concordancia con el artículo 22 de la Ley 734 de 2002, donde se establece que la garantía de la función pública descansa en la salvaguarda, por parte del sujeto disciplinable, de los principios que la gobiernan, a los cuales se suscribe el cumplimiento de sus deberes y demás exigencias constitucionales y legales. A ello se contrae, en consecuencia, el objeto, fin o interés jurídico protegidos por el derecho disciplinario, norma que es concordante con el artículo 209 de la Constitución Política.

En consecuencia, lo que pretende el derecho disciplinario es encauzar la conducta del servidor público reprochando comportamientos que vulneren la garantía de la función pública en aras de que se cumplan los fines del Estado Social de Derecho, la sustancialidad de la ilicitud debe comprobarse cuando el deber exigible al disciplinado implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, entendiéndose por tal la antijuridicidad sustancial del comportamiento.

Debe recordarse además que la ilicitud sustancial viene dada por la afectación del deber funcional exigible del servidor público, deber funcional que posibilita el cumplimiento de los fines del Estado, lo cual refuerza lo consignado en el inciso segundo del artículo 123 de la Carta Política de 1991, según el cual «los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento».

DISCIPLINADO-En su condición de gobernador quebrantó sustancialmente los deberes funcionales que debía observar/**DISCIPLINADO**-No desempeñó sus funciones dentro del marco de las competencias

En el caso en examen, el señor disciplinado quebrantó sustancialmente los deberes funcionales que le correspondía observar rigurosamente en su condición de gobernador y jefe de la administración del departamento de Casanare, para la época de los hechos, como quiera que debía observar y cumplir los principios que regulan la contratación estatal, entre ellos los principios de transparencia y responsabilidad consagrados en los artículos 24 y 26 de la Ley 80 de 1993.

En este orden, no cabe duda para la Sala que el disciplinado se apartó de la función pública, en cuanto no desempeñó sus funciones actuando diligente y positivamente dentro del marco de las competencias legales atribuidas como representante legal y director de la actividad contractual dentro del departamento de Casanare, protegiendo o tutelando el bien jurídico de la función pública, dado que se trata del desconocimiento sustancial del deber funcional del disciplinado consistente en adelantar el proceso licitatorio, como mecanismo general y reglado de selección de contratistas establecido en las leyes de contratación, con el fin de garantizar la transparencia, igualdad, imparcialidad y libre concurrencia de quienes pretendan contratar con el departamento la preparación y distribución de alimentos a estudiantes del departamento y de contera seleccionar la propuesta más favorable para este.

Por lo anterior, el disciplinado inobservó los principios de legalidad, transparencia y responsabilidad de la contratación estatal, derivándose con ello la antijuridicidad sustancial de su proceder, en el entendido que con la suscripción del convenio 001 de 14 de mayo de 2012 por el mecanismo exceptivo de la contratación directa con fundamento en el Decreto 777 de 1992, desarrollo del inciso segundo del artículo 355 Constitucional, el disciplinado desnaturalizó la figura jurídica de los convenios de cooperación.

SALA DISCIPLINARIA

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil trece (2013).
Aprobado en Acta de Sala n.º 05

Radicación No:	161 – 5573 (IUS 2012 – 331296)
Disciplinado:	NELSON RICARDO MARIÑO VELANDIA
Cargo y Entidad:	Gobernador del Departamento de Casanare
Quejoso:	PEDRO ANTONIO ROA RAMÍREZ
Fecha queja:	Agosto 27 de 2012
Fecha hechos:	Mayo 14 de 2012
Asunto:	Fallo de segunda instancia proceso verbal

P.D. PONENTE: Dra. MARIA EUGENIA CARREÑO GÓMEZ

Con fundamento en la atribución conferida en el numeral 1 del artículo 22 del Decreto 262 de 2000 y el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del disciplinado Nelson Ricardo Mariño Velandia, investigado dentro de las presentes diligencias en su condición de Gobernador del Departamento de Casanare para el periodo 2012-2015, la Sala Disciplinaria revisa la providencia de 4 de diciembre de 2012, por medio de la cual la Procuradora Segunda Delegada para la Contratación Estatal lo declaró disciplinariamente responsable de los cargos formulados, imponiéndole sanción consistente en destitución del cargo e inhabilidad general para desempeñar cargos y funciones públicas por el término de catorce años (14) años.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

Las presentes diligencias tuvieron origen en el escrito de queja presentado por el señor Pedro Antonio Roa Ramírez, mediante el cual denunció la comisión de hechos presuntamente irregulares en la selección del contratista para el suministro de raciones alimentarias a 62.895 estudiantes del departamento de Casanare.

Explicó el quejoso que la gobernación del departamento de Casanare, representada legalmente por el señor Nelson Ricardo Mariño Velandia, suscribió de manera directa el 14 de mayo de 2012 el convenio 001 con la Caja de Compensación Familiar de Casanare –COMFACASANARE–, con el fin de entregar las raciones alimentarias a los estudiantes de las diferentes instituciones educativas del departamento de Casanare, pero que esta caja de compensación inició un proceso contractual no sometido a la Ley 80 de 1993 a través del cual subcontrató las obligaciones propias del precitado convenio, por cuanto no contaba con la infraestructura para prestar el servicio, constituyendo en criterio del quejoso, una clara elusión de los procedimientos de selección objetiva del contratista.

Mencionó que el convenio, cuya cuantía ascendió a la suma de \$16.694'848.800 y el tiempo de ejecución fue de 120 días, tuvo incumplimientos reiterados en su

ejecución por parte del contratista, dado que si bien es cierto el valor de la ración era de \$2.212 pesos, los alimentos no tenían estándares mínimos de calidad, no cumplían los requerimientos calóricos y que, en general, eran muy deficientes en su contenido y presentación, para lo cual solicitó que este ente de control adopte mecanismos para que no sigan ocurriendo estas irregularidades al interior del departamento que se presentan en la mayoría de las contrataciones de la gobernación que se adelantan a través de convenios interadministrativos, con elusión evidente de la selección objetiva del contratista (fols. 1 cuad. ppal. 1).

Con fundamento en la anterior queja, la Procuradora Segunda Delegada para la Contratación Estatal, a quien correspondió por reparto el conocimiento de las presentes diligencias, dispuso en auto de 31 de agosto de 2012 iniciar indagación preliminar, con el fin de verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si era constitutiva de falta disciplinaria o si se había actuado al amparo de una causal de exclusión de responsabilidad, para lo cual decretó la práctica de pruebas (fols. 2 y 3 cuad. ppal. 1).

En auto de 26 de septiembre de 2012, la funcionaria de conocimiento resolvió tramitar la presente actuación por el procedimiento verbal previsto en el capítulo primero del título XI del libro IV de la Ley 734 de 2002 y, como consecuencia de ello, citó a audiencia pública para el día 11 de octubre de 2012 a las 9:30 A.M., en la Procuraduría Regional de Casanare, ubicada en la Calle 7 No. 22-85 de la ciudad de Yopal (Casanare), al señor Nelson Ricardo Mariño Velandia, en condición de gobernador del departamento de Casanare, para que respondiera por las imputaciones efectuadas en el acápite pertinente (fols. 43 a 63 cuad. ppal. 1), decisión que fue notificada por conducta concluyente mediante escrito presentado por el disciplinado el 5 de octubre de 2010 (fl. 71 cuad. ppal. 1) y por edicto fijado el 1 de octubre de 2012 (fols. 91 a 93 cuad. ppal 1).

En escritos fechados el 5 de octubre de 2012, tanto el apoderado de oficio como el investigado solicitaron el aplazamiento de la audiencia antes mencionada y que la misma se desarrollara en la ciudad de Bogotá D.C., (fols. 71 y 73 a 74 cuad. ppal. 1), petición a la que el a quo accedió favorablemente citando a audiencia pública en la ciudad de Bogotá al disciplinado y su apoderado de oficio para el día 16 de octubre de 2012 a las 9:00 A.M. en el auditorio Antonio Nariño de la Procuraduría General de la Nación, ubicado en la Carrera 5 No. 15-80 piso 4, para que el investigado respondiera por los hechos que fueron objeto de citación referidos en el auto de 26 de septiembre de 2012 (fol. 79 cuad. ppal. 1).

El 11 de octubre de 2012, el disciplinado confirió poder a un abogado de confianza para que llevara su representación y ejerciera la defensa dentro del proceso (fols. 110 a 112 cuad. ppal. 1), a lo que la funcionaria de conocimiento procedió a reconocer personería y aplazó la audiencia pública para el 17 de octubre de 2012, a petición del apoderado (fols. 113 y 114 cuad. ppal 1).

como a su apoderado que de conformidad con lo previsto en el artículo 180 ibídem, contra el fallo de primera instancia procedía el recurso de apelación ante la Sala Disciplinaria, el cual debía ser sustentado en la misma audiencia conforme lo señala esta última disposición, la cual fue modificada por la Ley 1474 de 2011 y no por escrito dentro de los dos (2) días siguientes, como se había mencionado en la parte resolutive, a lo cual el apoderado procedió a interponer y sustentar el recurso de alzada (fol. 188 cuad. ppal. 1).

Encontrándose interpuesto y sustentado el recurso de apelación de conformidad con lo dispuesto por el artículo 180 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 59 de la Ley 1474 de 2011, el a quo procedió en la misma audiencia a conceder el recuso de alzada en el efecto suspensivo para ante la Sala Disciplinaria y dispuso que por secretaría de la Delegada se remitiera el expediente a aquella dependencia. El a quo dio por terminada la diligencia a las 1:50 P.M. del 4 de diciembre de 2012 (fols. 188 cuad. ppal. 1).

Con oficio 454732 de 5 de diciembre de 2012, el jefe de la Unidad Coordinadora para la Contratación Estatal remitió a esta Sala el presente diligenciamiento para que se desatara el recurso de alzada (fol. 191 cuad. ppal. 1).

Mediante auto de 6 de diciembre de 2012, la Sala Disciplinaria dispuso correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión por el término común de dos (2) días, de conformidad con lo establecido en el inciso séptimo del artículo 180 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 59 de la Ley 1474 de 2011, decisión que fue notificada por estado fijado el 10 de diciembre de 2012 (fol. 199 cuad. ppal. 1).

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Los argumentos del fallo de instancia en relación con los cargos formulados a Nelson Ricardo Mariño Velandia, respecto de los cuales se dedujo responsabilidad disciplinaria, se sintetizan en los siguientes términos (fols. 158 a 187 cuad. ppal. 1):

El a quo en su fallo de instancia de 4 de diciembre de 2012, describió los antecedentes del proceso, transcribió los cargos endilgados al disciplinado, relacionó las pruebas allegadas al expediente tanto en la etapa de indagación, como en descargos y las aportadas por la defensa, refirió a los descargos y alegaciones previas al fallo presentadas por el apoderado y realizó la valoración de las pruebas con fundamento en las cuales dedujo responsabilidad disciplinaria.

Para una mejor comprensión de las consideraciones que tuvo el fallador de instancia para deducir responsabilidad disciplinaria que condujo a la imposición de una sanción, la Sala procederá a transcribir cada cargo formulado en el auto de citación a audiencia de 26 de septiembre de 2012 con las irregularidades que



Radicación n.º 161 – 5573

El 17 de octubre de 2012, siendo las 10:00 de la mañana, se dispuso la instalación de la audiencia pública dentro del proceso verbal con la explicación del procedimiento y recomendaciones para el desarrollo de la misma, se procedió a leer el auto de citación a audiencia, concluida su lectura se le concedió la palabra al apoderado quien solicitó la suspensión de la audiencia con el propósito de preparar y presentar los descargos, en razón a que tan sólo el 12 de octubre de 2012 había aceptado el poder, razón para que la directora de la audiencia, con el fin de garantizar el derecho de defensa del investigado, concedió la suspensión de la audiencia y se citó para el día 23 de octubre de 2012 en la Sala de Audiencia de la sede central de la Procuraduría General de la Nación a las 9:30 A.M. (fols. 116 y 117 cuad. ppal. 1).

El 23 de octubre de 2012, siendo las 9:30 A.M., se reanudó la audiencia pública suspendida el 17 de octubre de 2012 dentro del proceso verbal adelantado en contra de Nelson Ricardo Mariño Velandia, quien se hizo presente en la sala de audiencias acompañado de su apoderado de confianza, doctor Gustavo Quintero Navas, a quien le fue dado el uso de la palabra para que presentara descargos en relación con las imputaciones realizadas por el a quo en el auto de citación en audiencia, en virtud de las cuales solicitó el decreto y práctica de pruebas, petición que fue despachada favorablemente para lo cual el a quo comisionó a dos funcionarios de la dependencia de conocimiento y procedió a suspender la audiencia hasta el día 19 de noviembre de la presente anualidad (fol. 141 cuad. ppal. 1).

El 19 de noviembre de 2012 a las 9:40 A.M., se reanudó la audiencia pública en la ciudad de Bogotá D.C. luego de practicadas las pruebas solicitadas por el apoderado del investigado y la decretada de oficio el día 23 de octubre de 2012. Una vez verificada la presencia de los sujetos procesales en la sala de audiencias, la directora del proceso procedió a conceder el uso de la palabra al apoderado del investigado Nelson Ricardo Mariño Velandia para que presentara alegatos de conclusión previos al fallo. Siendo las 11:30 A.M., la funcionaria de conocimiento suspendió la audiencia hasta el 4 de diciembre a las 9:30 de la mañana (fol. 155 cuad. ppal. 1).

El 4 de diciembre de 2012, siendo las 9:30 A.M. se continuó con la audiencia pública presidida por la Procuradora Segunda Delegada para la Contratación Estatal, quien procedió a dar lectura al fallo de primera instancia declarando como probados y no desvirtuados los cargos formulados al señor Nelson Ricardo Mariño Velandia, identificado con la cédula de ciudadanía No. 9.658.457 de Yopal, a quien le fue impuesta sanción disciplinaria consistente en destitución del cargo de gobernador del departamento de Casanare, con inhabilidad general para desempeñar cargos y funciones públicas por el término de catorce (14) años (fols. 158 a 187 cuad. ppal. 1).

La anterior decisión fue notificada en estrados, de conformidad con lo establecido en el artículo 179 de la Ley 734 de 2002, haciéndoles saber tanto al investigado

soportan los mismos, luego sintetizará en cada caso los argumentos centrales del fallo sobre los cuales se mantuvo el juicio de reproche.

«CARGO PRIMERO AL DOCTOR NELSON RICARDO MARIÑO VELANDIA

V.1. CARGO. En su condición de Gobernador del Casanare posiblemente incurrió en irregularidades al haber utilizado la figura del convenio de cooperación, con el presunto propósito de eludir el proceso licitatorio por cuanto suscribió y permitió la ejecución del convenio de cooperación N° 001 del 14 de mayo de 2012, el cual fue celebrado entre la Gobernación del Casanare y la Caja de Compensación Familiar del Casanare - COMFACASANARE, entidad que no tenía la capacidad, ni la infraestructura, ni la posibilidad real para desarrollar y cumplir las condiciones y obligaciones adquiridas en el convenio, hecho que generó que COMFACASANARE tuviera que subcontratar totalmente el objeto del convenio con la UNIÓN TEMPORAL ALIMENTA CASANARE 2012, integrada por (3) personas jurídicas privadas, a través del contrato de suministro N° 685 del 31 de mayo de 2012. Es decir, posiblemente se desfiguró la naturaleza jurídica del convenio de cooperación, fungiendo entonces COMFACASANARE como un mero intermediario, con lo cual posiblemente se eludió el procedimiento selectivo de la licitación pública, el cual tiene la característica de ser la regla general de selección de los contratistas, teniendo en cuenta la cuantía, las condiciones del contrato y las calidades propias del subcontratista, quien finalmente ejecuta las actividades del convenio...» (Cursivas de la Sala).

Respecto a este punto, señaló el a quo que se utilizó la figura del convenio de cooperación para contratar de manera directa a COMFACASANARE, la prestación del servicio de almuerzos escolares, toda vez que el objeto del convenio fue descrito como «*AUNAR ESFUERZOS PARA GARANTIZAR EL SERVICIO DE RESTAURANTE ESCOLAR A SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO (62.895) ESTUDIANTES DEL DEPARTAMENTO DE CASANARE PARA LA AMPLIACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO*», pero que no obstante la descripción de este objeto, la única finalidad de la contratación fue la descrita en el contrato 685 de 2012, celebrado entre COMFACASANARE y la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, la cual consistió en *LA PREPERACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE ALMUERZOS ESCOLARES PARA 62.985 ESTUDIANTES DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS DEL DEPARTAMENTO DE CASANARE DURANTE 120 DÍAS, PARA LA AMPLIACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO, EN EJECUCIÓN DEL CONVENIO No. 001 DEL 14 DE MAYO DE 2012, de conformidad a los términos y condiciones estipulados en las cláusulas siguientes y en los documentos que se incorporen en este contrato*», actividad que para el a quo no guarda relación alguna con los campos de acción en los cuales se desempeñaba COMFACASANARE.

Para el funcionario de conocimiento, en ningún momento los artículos 3 y 7 literales a), b) y c) de los Estatutos de COMFACASANARE, así como los numerales 1 y 5 del artículo 16 de la Ley 789 de 2002, facultaban a esa caja de compensación para suscribir esta clase de convenios con la gobernación de Casanare, toda vez que el objeto de dicho convenio no estaba relacionado con la ejecución de las actividades asociadas con sus servicios, es decir, con su objeto social, el cual se contrae, entre otros aspectos, a que se realicen alianzas

estratégicas pero para ejecutar actividades relacionadas con los servicios que preste la Caja a sus afiliados y que en el presente caso la preparación y distribución de los almuerzos escolares para las instituciones educativas del departamento de Casanare, no estaba relacionado con los servicios que presta la caja a sus afiliados ni mucho menos a la gobernación de Casanare.

Asevera que el convenio que aquí es objeto de reproche es de los estipulados en el artículo 355 de la Constitución Política, desarrollado en el inciso 3 del artículo 1 del Decreto 777 de 1992, modificado por el Decreto 1403 del mismo año, el cual explica lo que debe entenderse por reconocida idoneidad de las entidades privadas sin ánimo de lucro, cuando el gobierno en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal quieran celebrar contratos con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo, lo cual quedó consignado en las consideraciones previas del convenio y en los estudios elaborados para la suscripción del mismo.

Señaló que el fin de los convenios es que la entidad privada idónea pueda directamente y por sí misma, conforme con las actividades de su objeto social, aunar esfuerzos con la entidad pública para ejecutar las actividades convenidas, pero que en este caso no han sido algunas actividades del objeto del convenio las subcontratadas con la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, sino todas las obligaciones contraídas con COMFACASANARE y la gobernación de Casanare, entendidas como las primordiales y esenciales, dado que sin ellas el convenio no tendría razón de ser, quedando solamente COMFACASANARE con una obligación de vigilancia y supervisión sobre sus contratados, actividades que por sí misma debía cumplir la gobernación a través de sus funcionarios como el secretario de educación y de la interventoría del contrato, anotando respecto a esta actividad que la gobernación debió celebrar un contrato de interventoría para efectos de verificar la correcta ejecución del convenio, el cual tuvo un costo de \$818'500.000,00.

Precisó que los convenios de cooperación son viables y permitidos cuando se celebran para la consecución de los fines de las entidades públicas, no obstante comportan también una limitante que para este caso está establecida en la misma norma como es la reconocida idoneidad y acreditación de la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para ejecutar el objeto del contrato, es decir, el aunar esfuerzos conlleva a que la entidad cooperante sea capaz de prestar toda esa capacidad para la ejecución de la misma, concretamente en este caso, pudiera acometer la mayoría del engranaje logístico en la prestación del servicio y no subcontratar todas las actividades.

Mencionó el fallo que COMFACASANARE no ostentaba la capacidad técnica y administrativa para contratar, tal como lo sustenta el acta de visita practicada en las instalaciones de dicha caja de compensación familiar (fols. 143 a 146 cuad. ppal. 1), que si bien es cierto tiene seis (6) sedes, ninguna de ellas comporta una

De otra parte, el fallo señaló que las actividades de las entidades privadas se encuentran limitadas a las previstas en su objeto social, conforme lo contempla el artículo 99 del Código de Comercio, razón por la que considera que no le está permitido a los funcionarios acudir a la figura de los convenios, ni suscribir contratos con entidades estatales para encomendarles la prestación de un servicio u obra que no tiene relación con su función o actividad principal, puesto que la finalidad de esos convenios es fomentar la cooperación y ayuda mutua entre las entidades pero dentro del círculo de operaciones o gestiones que cada una de ellas desarrolla para cumplir con sus funciones.

Agregó que en caso de que lo anterior sea permitido, se estaría restringiendo la participación de todas las personas interesadas en intervenir en la actividad contractual estatal, por cuanto las entidades públicas podrían contratar entre ellas cualquier tipo de servicio y de esta manera librarse, con la aplicación de dicha figura, de la obligación de aplicar el proceso licitatorio.

Determinó el a quo que al gobernador del departamento del Casanare no le era legalmente posible celebrar con la Caja de Compensación Familiar – COMFACASANARE-, el convenio de cooperación No. 001 de mayo de 2012, como tampoco permitir su ejecución, para que ésta a su vez celebrara un contrato de preparación y suministro de alimentos para ejecutar los recursos del presupuesto de la entidad territorial, sino que debió ejecutar el presupuesto directamente celebrando por su propia cuenta las obligaciones contraídas, siendo para el a quo evidente que el gobernador Nelson Ricardo Mariño Velandia, al celebrar el citado convenio de cooperación, infringió los principios de transparencia y responsabilidad, por considerar que en lugar de acudir al proceso de selección dado el objeto del contrato y su cuantía, decidió acudir a la contratación directa con COMFACASANARE.

Sostuvo que las actividades en las cuales finalmente se concretó la participación de COMFACASANARE en la ejecución del convenio No. 001 de 2012, dan cuenta también del papel secundario de esta entidad en el fin primordial del proyecto de la gobernación, las cuales en términos generales son de gerenciamiento, coordinación y supervisión del objeto. A su vez, las obligaciones de los contratados por COMFACASANARE, corresponden al objeto del proyecto en sí mismo y que fueron transcritos en el auto de cargos y corresponden a la descripción de cada uno de los ítems de la oferta económica.

No desconoce el funcionario de instancia la importancia que pueda tener el gerenciamiento o la actividad de supervisión que dice tener COMFACASANARE, respecto a su labor frente a la ejecución del contrato, pero que esa no es la actividad principal del objeto del contrato ni la finalidad misma, puesto que para ello también se contrató una interventoría externa, hecho que en consecuencia desvirtúa que ello fuera lo determinante para proceder a contratar con esa entidad bajo la modalidad de contratación directa.

infraestructura logística y personal para el cumplimiento del objeto final del convenio.

Lo anterior por cuanto no obstante que en su condición de caja social puede tratarse de una entidad idónea y capaz de desarrollar sus actividades como caja de compensación, no tiene la infraestructura para la manipulación y elaboración de alimentos para 62.895 estudiantes del departamento de Casanare, cumpliendo con las especificaciones técnicas y nutricionales, ofreciendo el servicio de restaurante escolar en el momento oportuno y en condiciones óptimas de sanidad, aspecto que originó que dicha entidad entrara a subcontratar suscribiendo el contrato 685 de 2012, con la Unión Temporal Alimenta Casanare, contratista que se encuentra ejecutando la totalidad de las obligaciones del convenio 01 de 2012.

Reiteró el a quo que el convenio 001 de 2012 era de «COOPERACIÓN», lo que implicaba que COMFACASANARE debía tener la capacidad técnica y administrativa para realizar ella misma el objeto del contrato, como lo regula el artículo 355 de la Constitución Política, desarrollado por el inciso 3 del artículo 1 del Decreto 777 de 1992, modificado por el Decreto 1403 de 1992, por cuanto el convenio no era de gerencia de proyectos, ni se estaba contratando con un integrador comercial ni mucho menos se estaba contratando la intermediación contractual, como en últimas fue lo que ocurrió, al proceder COMFACASANARE a subcontratar la totalidad de las obligaciones convenidas con la gobernación.

Dijo que no hay que olvidar que no estamos frente a un contrato conmutativo, como ocurre frente a los contratos comunes de que trata el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sino que estamos precisamente frente a un convenio de cooperación mediante el cual las partes aúnan esfuerzos para la concreción del bien común, más no se traslada el esfuerzo a un tercero que finalmente es quien ejecuta el contrato, por cuanto es de la esencia de su naturaleza, entrándose de convenio, la colaboración entre sí para lograr fines que son comunes y se suman fuerzas hacia el mismo objetivo, pero que en este caso no hubo ninguna suma de esfuerzos sino una mera intermediación, por cuanto COMFACASANARE subcontrató la totalidad de las obligaciones del convenio con la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, siendo evidente que en el presente caso no se trató de un contrato de colaboración, sino de una típica contraprestación.

Llamó la atención del a quo el hecho de que en el párrafo de la cláusula cuarta del convenio en cuestión, se haya indicado que el valor del mismo incluye todos los gastos directos e indirectos en que deba incurrir COMFACASANARE para su ejecución, es decir, que es la gobernación como contratante quien asume todos los gastos necesarios para su legalización, como si se tratara de un contrato conmutativo y no de un convenio; igualmente le llamó la atención al funcionario de conocimiento que sea la gobernación la que asume estos costos cuando lo normal es que sean asumidos por el contratista y no por el contratante.

Para el a quo se consolidó la improcedencia legal para contratar de manera directa mediante la celebración del convenio de cooperación, en razón de las obligaciones adquiridas por COMFACASANARE, a partir de la propuesta que presentó a la gobernación, del contrato mismo en la cláusula segunda del convenio No. 001 de 2012 y del contrato suscrito por la caja de compensación y la Unión Temporal Alimenta Casanare, luego en este orden de ideas no se cumplían los requerimientos legales para contratar de manera directa a través del convenio de cooperación con la entidad COMFACASANARE, por cuanto esta tenía que subcontratar la totalidad de las actividades objeto del convenio.

En razón a lo anteriormente expuesto, el fallo de instancia consideró que lo ilícito del comportamiento del disciplinado recayó en haber acudido al convenio de cooperación con COMFACASANARE, sin que esta tuviera la capacidad para desarrollar directamente el objeto del convenio, el cual consistió en la elaboración y suministro de alimentos a 62.895 estudiantes del departamento de Casanare, lo que originó que dicha caja contratara la ejecución de la totalidad del convenio con la Unión Temporal Alimenta Casanare.

En consecuencia, el fallo sostuvo que el señor Nelson Mariño Velandia, en su condición de gobernador del departamento de Casanare, desconoció los principios de transparencia y responsabilidad consagrados en los artículos 24 numeral 8 y 26 numerales 1, 2, 4 y 5 de la Ley 80 de 1993, así como el artículo 355 de la Constitución Política, desarrollado por los Decretos 777 de 1992 y 1403 del mismo año, al suscribir de manera directa el convenio de cooperación No. 001 del 14 de mayo de 2012, en el entendido que no se cumplían los lineamientos legales para celebrar un convenio de cooperación con COMFACASANARE, eludiéndose de esta forma la modalidad general para la escogencia del contratista, esto es, la licitación pública, procedimiento que era el indicado según la cuantía y la naturaleza del contrato.

Por lo anterior, el a quo tipificó la conducta en la falta gravísima dispuesta en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 consistente en «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».

En lo que tiene que ver con la ilicitud de la conducta, el a quo señaló que la conducta del disciplinado es sustancialmente ilícita, por cuanto se desatendió uno de los principios fundamentales de la actividad contractual, como es el de transparencia, en virtud del cual el legislador establece de manera rigurosa y estricta, unas modalidades de selección del contratista que no pueden ser desconocidas por los servidores públicos, pues la licitación es la modalidad que constituye la regla general y en la que se consagran de manera más completa y estricta, una serie de trámites que garantizan plenamente, entre otros, la convocatoria pública por medio de la cual se invita a todas las personas a participar en igualdad de condiciones; de manera que el cambio de la licitación pública a la contratación directa, que es la modalidad menos exigente, impidió que

Respecto a este segundo cargo, el a quo sostuvo que el disciplinado hizo incurrir a la gobernación en un mayor gasto estimado en un valor de \$1.200.036.600, por cuanto los costos que se pretendían cubrir con esta suma, por un lado, la suma de \$815.119.200, ya estaban cubiertos en otros ítems, y que el valor de \$384.917.400, representaba la ganancia por parte de la Caja de Compensación Familiar de Casanare –COMFACASANARE- por su intermediación, recursos que provienen de las regalías que le fueron asignadas al departamento de Casanare.

El fallo de instancia no aceptó el argumento esgrimido por la defensa en el sentido que el mayor valor pagado correspondiente a \$1.200.036.600, correspondiera a gastos de legalización del convenio, por cuanto dichos gastos estaban incluidos en el valor por ración pactado en el convenio 001 de 2012 y por otra parte, los gastos no pueden estar a cargo del departamento sino del contratista, ya que se refiere a los valores por concepto de publicación, estampillas y pólizas que además también fueron innecesariamente constituidas por la Unión Temporal Alimentaria Casanare 2012.

En consecuencia, el fallo sostuvo que el señor Nelson Mariño Velandia, en su condición de gobernador del departamento de Casanare, desconoció los principios de responsabilidad y economía consagrados en los artículos 25 numeral 4 y 26 numerales 1, 2, 4 y 5 de la Ley 80 de 1993, al suscribir de manera directa el convenio de cooperación No. 001 del 14 de mayo de 2012, en el entendido que no ejerció su función en busca de los fines e intereses de la entidad, ni con austeridad de gasto, por cuanto generó para el departamento un mayor gasto en la suscripción del convenio 001 de 2012, dado que la tercerización que realizó COMFACASANARE, generó un exceso en el gasto de \$1.200.036.600.

Por lo anterior, el a quo tipificó la conducta en la falta gravísima dispuesta en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 consistente en *«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».*

En lo que tiene que ver con la ilicitud de la conducta, el a quo señaló que la conducta del disciplinado era sustancialmente ilícita, por desatender los principios fundamentales de la actividad contractual, como es el de economía y responsabilidad del estatuto contractual.

Agrega que no se trató de un desconocimiento formal de los deberes del disciplinado, sino de un desconocimiento de las reglas que debe regir la actuación contractual de los que administran los recursos públicos de las entidades y que en la medida en que la contratación está centrada en los principios que la regulan, su desconocimiento se encuentra elevado a la categoría de falta disciplinaria.

En lo que atañe al análisis de culpabilidad, el a quo atribuyó la falta en forma definitiva a título de culpa gravísima, por desatención elemental, por encontrar un actuar negligente del disciplinado, quien estando en condiciones de advertir la

vulneración del ordenamiento jurídico por tratarse de una persona que ha ejercido cargos públicos como concejal de Yopal, diputado del Casanare y alcalde de Yopal, debía percatarse que la suscripción del convenio de cooperación No. 001 de 2012 con COMFACASANARE, generaba un mayor gasto por la suma de \$1.200.036.600 en la intermediación.

Asevera que el señor Mariño Velandia se limitó a suscribir el convenio sin analizar los estudios previos y la propuesta, de donde se podía concluir que habían ítems que eran asumidos por las dos partes y que la propuesta de COMFACASANARE en ningún momento presentaba la forma de preparación y suministro de los alimentos, lo que implicaba que verdaderamente COMFACASANARE subcontrataría todo lo referente a la ejecución del contrato, comportamiento que para el a quo encuadra en la definición de culpa gravísima señalada en el párrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, dado que una persona a la que se le confía la dirección y manejo de la administración departamental, debe desplegar la mayor diligencia en el ejercicio de su cargo, constituyendo una desatención elemental no darse cuenta que las condiciones propuestas por COMFACASANARE para la celebración del convenio, conllevaba una subcontratación de la totalidad de las actividades objeto del contrato y que en ese orden se generaba un mayor gasto para la administración.

Conforme a lo anterior, teniendo en cuenta que al señor Nelson Mariño Velandia las faltas le fueron calificadas como gravísimas e imputadas a título de culpa gravísima, el a quo impuso sanción consistente en destitución del cargo de gobernador del departamento de Casanare, con inhabilidad para ejercer cargos y funciones públicas por el término de catorce (14) años, conforme a las prescripciones de los artículos 4, 46 y 47 de la Ley 734 de 2002.

El funcionario de instancia desvirtúa otros argumentos de la defensa, en cuanto a la utilización de las expresiones «presunto» y «posiblemente», en la medida que se atienden los lineamientos de la doctrina y la jurisprudencia especialmente de la Corte Constitucional, pues la calificación del pliego de cargos es provisional, siendo la finalidad del proceso disciplinario esclarecer los hechos y buscar la verdad real, sin que sea factible dar por probado el cargo debido a que se estaría prejuzgando, para lo cual hace alusión al contenido de la Ley 734 de 2002 en lo relacionado con el pliego de cargos.

Afirma que no hay contradicción de ninguna naturaleza, por cuanto con la conducta se incurrió en la violación de un deber y la incursión en una prohibición legal por lo cual se desestiman los argumentos de la defensa en este sentido.

Adicionalmente, el a quo desvirtúa los argumentos de la defensa en cuanto a la problemática del departamento de Casanare y la necesidad de actuar con rapidez en la contratación, por cuanto desde el mes de marzo de 2012 se contaba con la aprobación del Departamento Nacional de Planeación para la apropiación de recursos con destino a restaurante escolar y con fecha 27 de abril del mismo año,

se enviaron invitaciones a presentar ofertas, fecha en la cual se suscribió acta de acuerdo 01 y se decidió acudir a la figura del convenio de cooperación, razón por la cual se concluye que no había la premura de 10 días de ninguna naturaleza.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El recurso de apelación fue interpuesto y sustentado verbalmente por el apoderado del señor Nelson Ricardo Mariño Velandia en la audiencia pública del día 4 de diciembre de 2012, en la que se leyó el fallo de primera instancia (fols. 158 a 188 cuad. ppal. y C.D. fol. 189 cuad. ppal. 1), el cual se sintetiza por esta Sala con los siguientes argumentos:

Al apoderado se le concede el uso de la palabra para sustentar dentro de la audiencia el recurso de apelación interpuesto e inicia su intervención advirtiendo que se ve obligado a exponer verbalmente el recurso ante un despacho que no está interesado en conocer sus argumentos de acuerdo a lo que dice la ley, debiendo hacerlo ante la segunda instancia, expresando además su frustración por la audiencia realizada, ya que la evidencia muestra que su defendido no se ha robado un peso y actuó convencido de que lo que estaba haciendo era lo correcto para dar alimento a unos niños, no obstante fue sancionado por el despacho a una sanción de destitución de su cargo con inhabilidad general por el término de catorce (14) años.

Procede a leer apartes del fallo interviniendo con anotaciones, argumentos y comentarios, los cuales se sintetizan de la siguiente manera:

Advierte que ninguno de los cargos hizo alusión a la violación de principios, situación que debe tener en cuenta la segunda instancia, por considerar el fallo exagerado, desproporcionado y contradictorio, pues inicialmente se atacó el hecho de no haber hecho licitación y posteriormente hubo manifestaciones en contra de la celebración del convenio por considerarlo presuntamente irregular.

Manifiesta que con la expedición del fallo hay violación del debido proceso, por cuanto no se profirió teniendo en cuenta la evidencia en sus consideraciones cuyos apartes lee, para afirmar que se parte de la existencia de actos de corrupción que no se describen directamente pero se infieren, sin que se advierta nexo de causalidad entre el contrato celebrado con una Unión Temporal Alimenta Casanare 2012 y COMFACASANARE y el investigado que no tenía la obligación de verificar la actuación de la caja de compensación por manifestarse el principio de la buena fe y por cuanto no tenía injerencia alguna en su actuación.

Afirma que el fallo de instancia adolece de contradicción y confusión entre culpa gravísima y culpa levísima, por cuanto en el caso objeto de estudio no existe ninguna de las dos culpas, debido a que el gobernador investigado no podía ~~controlar los precios y condiciones en que la caja de compensación contrató con la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012 el suministro de los almuerzos~~

escolares, por cuanto por tratarse de una persona jurídica, COMFACASANARE estaba en la obligación de contratar debido a que no tenía manos ni pies para ejecutar directamente el objeto pactado, pero tenía la capacidad jurídica de contratar el suministro de esos alimentos, como lo hacen todas las cajas de compensación familiar y no solo respecto de sus afiliados, sino respecto de cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, como lo establece el artículo 355 de la Constitución.

Refiere al contenido del fallo según el cual los estatutos no le dan la posibilidad a COMFACASANARE para celebrar ese tipo de convenios, situación que para el apoderado no es reprochable al gobernador, debido a que no existe nexo de causalidad entre este y los estatutos de la caja de compensación referida.

Reitera que el mismo fallo reconoce que, de acuerdo con la ley, a las cajas de compensación familiar les corresponde adelantar los programas de atención integral para niños y, en general, los programas autorizados, luego deduce que COMFACASANARE sí estaba autorizada para celebrar este tipo de convenios con la gobernación de Casanare, advirtiendo que el despacho de primera instancia, a pesar de citar la ley, no reconoce que las cajas tengan la competencia.

Menciona que se demostró que con la suscripción de varios convenios se han atendido los programas de alimentación para niños, como lo hacen todas las cajas y no se requería licitación pública, por tratarse de un convenio regulado por el artículo 355 de la Constitución.

Aduce que el a quo no tenía por qué interpretar si la entidad COMFACASANARE tenía o no reconocida idoneidad de aquella exigida a las entidades sin ánimo de lucro, por cuanto esta se demostró con la visita adelantada por la Procuraduría, quien no obstante no haber encontrado en las instalaciones de la caja la cocina para preparar los 268.000 almuerzos, COMFACASANARE debía gestionar y era la responsable de la ejecución del objeto pactado.

Asevera que el fallo tiene una confusión en la supervisión y vigilancia de la ejecución del convenio a cargo de la gobernación y la supervisión a cargo de la caja de compensación para que se suministren los almuerzos y se cumpla el objeto respecto del cual no tiene nada que ver su defendido.

El apoderado realiza la lectura de la definición legal plasmada en el fallo de lo que es «reconocida idoneidad», para señalar que COMFACASANARE acreditó la capacidad técnica y administrativa con la gerencia y administración del suministro de almuerzos y no solo para contratar con la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, luego no es posible interpretar los alcances de la capacidad técnica y administrativa cuando la ley la define, cuando además en el fallo no se ha podido afirmar con absoluta certeza que la caja de compensación no tenía la capacidad técnica y administrativa, lo cual se deduce por el hecho de haber contratado con

un tercero la elaboración de los almuerzos para hacer viable la oportuna y eficiente distribución de los mismos.

Sostiene que los almuerzos deben ser preparados en cada una de las escuelas donde se van a consumir, puesto que no es viable centralizar esta operación por considerar imposible hacer llegar todos los días los almuerzos a todas las escuelas a lo largo y ancho del departamento que no cuenta con vías de comunicación idóneas para estos efectos.

Arguye que lo único que COMFACASANARE hizo fue hacer viable el cumplimiento del objeto del convenio mediante la contratación con un tercero en la que no intervino ni tuvo injerencia de ninguna naturaleza el gobernador investigado, ante lo cual lo viable era destituir a la mencionada caja de compensación y no al mandatario seccional de Casanare.

Advierte que en caso de haberse realizado licitación pública, se habría violado el artículo 209 de la Constitución Política, ante la imposibilidad de ejecutarse el objeto pactado, como lo pretende el despacho de primera instancia.

Expresa que se encuentra en desventaja por encontrarse frente a un solo funcionario que simultáneamente investiga y sanciona, sin haber tratado de buscar la verdad real y objetiva, como lo ordena la Ley 734 de 2002 y sin haber evaluado tanto las pruebas que perjudican como las que favorecen a su defendido.

Advierte que para efectos de la responsabilidad el implicado, se debe tener en cuenta que una facultad de las personas jurídicas es la de subcontratar lo contratado, sin que se produzca violación del principio de transparencia por tratarse de un convenio de cooperación del artículo 355 de la Constitución, el cual no debía ser realizado directamente por COMFACASANARE que tenía a su cargo la gerencia y gestión administrativa del objeto pactado.

Afirma que el despacho de primera instancia no entendió en que consiste la expresión «realizar ella misma» la ejecución del convenio, toda vez que la ley no limita el tipo de contratos que podía celebrar la caja de compensación, ya que podían ser laborales, de prestación de servicios o de cualquier otra naturaleza, lo cual no implica que no tenga la capacidad, debido a que siempre se entregaron los almuerzos y ese aspecto está demostrado.

Indica que no se trata de un contrato conmutativo sino de un convenio de cooperación, por esta razón no puede darse la violación de los principios de la contratación, como incoherentemente lo afirma el fallo y que a tal punto está demostrada la suma de esfuerzos que el valor de cada almuerzo es de más o menos \$2.300,00.

En cuanto a la obligación de entregar los almuerzos, dice que se cumplió a través de un tercero, pero que los demás aspectos del convenio en cuanto a gerencia,

vigilancia, supervisión y administración, fueron cumplidos a cabalidad por la caja de compensación COMFACASANARE con resultados satisfactorios, sin que a la Procuraduría le corresponda establecer cuál era la forma correcta de contratar, por cuanto estaría coadministrando, aspecto expresamente prohibido a los organismos de control.

Respecto a la experiencia que acredita idoneidad, aduce el apoderado que el fallo exige que deba ser directamente proporcional a la posibilidad de ejecutar el objeto pactado, lo cual es nuevo para el apelante y no puede ser de recibo como argumento para destituir a un gobernador.

Menciona que el convenio celebrado implica la existencia de una gerencia del proyecto, pero que no se trata de un contrato de gerencia ni de un contrato de intermediación, sino que es un convenio de los del artículo 355 de la Constitución, sin que se exija que el contratista deba ejecutar directamente la totalidad del objeto; afirma que tampoco entiende las razones por las cuales se aduce como violado el Código de Comercio, cuando lo que se debe aplicar es la ley especial y el Código Civil, por tratarse de entidades sin ánimo de lucro.

Dice que la voluntad del constituyente era que no todo el mundo participara en la suscripción de convenios de cooperación de los del artículo 355; además, que las afirmaciones del fallo no son de recibo por estar presumiendo la mala fe del investigado, por cuanto no está demostrada, y agrega que los contratos de las cajas de compensación no pueden dejar de existir por el solo hecho de que no sean ejecutados directamente, según la interpretación errónea del fallador de instancia, debido a que la ley las autoriza y que por encima de los estatutos esta la ley, sin que sea viable tener un gran número de empleados esperando a que se suscriban y ejecuten convenios.

Critica el hecho que el fallo exija que el gobernador pueda llegar a suspender la ejecución del convenio, sin importar la situación de los niños sin almuerzo o sin llegar a establecer la forma como debía contratarse de acuerdo al criterio de la Procuraduría y afirma que el gobernador es responsable y transparente y que no puede acatar lo que dice el fallo, por haber celebrado un convenio de cooperación de los que trata el artículo 355 de la Constitución Política mediante el procedimiento de contratación directa, como lo establece la ley, razón por la cual se aparta del criterio del fallo.

Resalta que el fallo de instancia reprocha en un gran porcentaje la relación de la Unión Temporal Alimenta Casanare con la Caja de Compensación de Casanare – COMFACASANARE- respecto de la cual su defendido no tiene ninguna injerencia, porque lo único que le puede interesar es que el contrato establece que cada almuerzo debe ser suministrado por un costo de \$2.300,00, sin intervenir en las variables que rodean esta situación, por tanto la finalidad del contrato se está cumpliendo a cabalidad y el implicado fue tan diligente que contrató una interventoría, lo cual se está reprochando en el fallo.

Refiere a que el hecho determinante para la celebración del convenio es el artículo 355 de la Constitución, sin que sea relevante que se hagan elucubraciones respecto de las probabilidades de lo que habría podido suceder, no obstante el fallo reconoce la idoneidad de COMFACASANRE para ejecutar el objeto pactado.

Sostiene que el fallo deduce responsabilidad al mandatario seccional de Casanare por hechos que sucedieron después de la celebración del convenio, como es la subcontratación que no debía interesarle al investigado, debido a que la ley la autoriza y reitera que no se encuentra limitada en el artículo 355 de la Constitución, ante lo cual señala que no procede la destitución de su cliente al no existir ilicitud, por haberse surtido el proceso de contratación con la invitación a otros interesados, razón por la cual considera que no se presentó violación de los principios de la contratación estatal o por lo menos existe una duda razonable.

Respecto a la ilicitud sustancial, afirma que no hay detrimento patrimonial y que por el solo hecho de ser gobernador, no se puede deducir mayor responsabilidad; además, dice que fue diligente al pedir concepto y asesorarse de su equipo para adoptar la decisión de suscribir el convenio, sin que sea ilicitud el haber omitido dar cumplimiento al principio de transparencia, debido a que utilizó los mecanismos que la ley le otorga y que en virtud del principio de oportunidad suscribió el convenio con fundamento en el artículo 355 de la Constitución Política.

Critica la imputación de la conducta a título de culpa gravísima, sin que el fallo haya establecido por qué razón no era culpa grave y de acuerdo al artículo 44 de la Ley 734 de 2002 por qué con desatención elemental e ignorancia supina, pues se dice que las cosas querían que se dieran y no que el investigado estuvo pendiente y se asesoró jurídicamente, actuando con absoluta responsabilidad y no se produjo una gravísima negligencia, por que no dejó de hacer lo que tenía que hacer, sino que confió en sus funcionarios sin que la ley sancione el exceso de confianza.

Afirma que el investigado actuó con el firme convencimiento de que estaba actuando de acuerdo a lo indicado por los asesores y convencido de que COMFACASANARE estaba en condiciones técnicas y administrativas de dar cumplimiento al convenio, por lo que no era dable exigir una mayor diligencia que es un factor de la culpa levísima, al tenor de lo establecido en el artículo 63 de la Ley 734 de 2002, además se termina destituyendo al gobernador para evitar que la responsabilidad se diluya, existiendo una confusión en el fallo en cuanto a la culpabilidad.

En cuanto al segundo cargo, dice que el fallo reitera todo lo considerado para el primer cargo, lo cual es criticado porque el contrato esta vigente y no se ha liquidado; respecto a la tipicidad, refiere al incumplimiento de los principios de la contratación, sin que el despacho se haya pronunciado con relación al numeral 8 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993; aduce que nunca se hizo alusión a la existencia de un detrimento patrimonial, pero cada una de las normas aducidas

objetivamente la existencia o no de faltas disciplinarias a la luz de las disposiciones normativas citadas como infringidas, se evaluarán las alegaciones presentadas por el disciplinado y su apoderado, tanto en el recurso de apelación como en los escritos de alegatos previos al fallo y, finalmente, se analizará la responsabilidad del disciplinado en la comisión de las faltas, en caso que ella existiere.

CARGOS FORMULADOS

A Nelson Ricardo Mariño Velandia, identificado con la cédula de ciudadanía No. 9.658.457 expedida en Yopal, en su condición de gobernador del departamento de Casanare para el periodo 2012-2015, cargo para el cual fue elegido por la circunscripción electoral del Casanare, tomando posesión del mismo el 19 de diciembre de 2011 ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Yopal (Casanare) (fols. 13 a 16 cuad. anexo 7), fue hallado responsable disciplinariamente en fallo de instancia por los cargos formulados en el auto de citación a audiencia de 26 de septiembre de 2012 (fols. 43 a 63 cuad. ppal.):

«CARGO PRIMERO AL DOCTOR NELSON RICARDO MARIÑO VELANDÍA

V.1.CARGO. En su condición de Gobernador del Casanare posiblemente incurrió en irregularidades al haber utilizado la figura del convenio de cooperación, con el presunto propósito de eludir el proceso licitatorio por cuanto suscribió y permitió la ejecución del convenio de cooperación N° 001 del 14 de mayo de 2012, el cual fue celebrado entre la Gobernación del Casanare y la Caja de Compensación Familiar del Casanare - COMFACASANARE, entidad que no tenía la capacidad, ni la infraestructura, ni la posibilidad real para desarrollar y cumplir las condiciones y obligaciones adquiridas en el convenio, hecho que generó que COMFACASANARE tuviera que subcontratar totalmente el objeto del convenio con la UNIÓN TEMPORAL ALIMENTA CASANARE 2012, integrada por (3) personas jurídicas privadas, a través del contrato de suministro N° 685 del 31 de mayo de 2012. Es decir, posiblemente se desfiguró la naturaleza jurídica del convenio de cooperación, fungiendo entonces COMFACASANARE como un mero intermediario, con lo cual posiblemente se eludió el procedimiento selectivo de la licitación pública, el cual tiene la característica de ser la regla general de selección de los contratistas, teniendo en cuenta la cuantía, las condiciones del contrato y las calidades propias del subcontratista, quien finalmente ejecuta las actividades del convenio (Cursivas de la Sala).

Con la anterior conducta, el a quo consideró vulnerados los artículos 6, 209 y 355 de la Constitución Política; 24 numeral 8º, 26 numerales 1, 2, 4 y 5 de la Ley 80 de 1993; 1 inciso tercero del Decreto 777 de 1992, modificado por el Decreto 1303 del mismo año; 96 de la Ley 489 de 1998; 1, 14 y 24 del Manual de Funciones del cargo de gobernador del departamento de Casanare; pretermisión con la que se pudo incurrir en falta disciplinaria conforme a lo previsto en los artículos 34 numeral 1 y 35 numeral 1 de la Ley 734 de 2002.

En cuanto a la imputación subjetiva de la conducta, el a quo consideró tanto en el auto de citación a audiencia como en el fallo de instancia, que existió una culpa

almuerzos a 62.895 estudiantes de instituciones educativas del departamento del Casanare, por un valor de \$16.694'848.800 (fols. 162-169 cuad. anexo 2), presentándose una diferencia \$1.200'036.600, en relación con el aporte efectuado por la gobernación al convenio, dado que la caja de compensación como cooperante se comprometió a aportar la suma de \$400'000.000, con el cual se completa el valor total del convenio en la suma de \$18.294'885.400.

Con relación al valor de \$17.894'885.400 aportado por la gobernación para asumir la totalidad de costos para la prestación del servicio de almuerzos escolares, la Sala observa que con esta sola cifra COMFACASANARE garantizaba el pago a la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012 el contrato de suministro con esta contraído por la suma de \$16.694'848.800, igualmente se asumieron otros ítems en el cual se relacionan otros aportes efectuados por la gobernación al convenio 001 de 2012, por la suma de \$815'119.200, quedando pendiente un valor sin soportar por \$384'917.400 para completar el valor total del aporte por parte de la gobernación de \$17.894'885.400 (fol. 195 del cuad. anexo 3)

Ahora bien, con el mayor valor pactado por el disciplinado a COMFACASANARE por la suma de \$1.200'036.600, se cubrirían los ítems de que trata el cuadro que justifica la suma de \$815'119.200 a que se aludió anteriormente y la suma de \$384'917.400 que no se encuentra debidamente soportada dentro del plenario, desconociéndose el destino que dicha caja daría a estos recursos, en el entendido que no se encuentran debidamente justificados en la ejecución del objeto pactado, constituyéndose en un mayor valor a favor de la caja de compensación como utilidad por concepto de la intermediación realizada.

La Sala comparte el análisis efectuado por el a quo respecto a los costos que se pretendían cubrir por la suma de \$815'119.200, el cual considera como un mayor gasto efectuado por parte de la gobernación, toda vez que se demuestra ampliamente que los conceptos de cada uno de los 10 ítems descritos en el cuadro aludido, estaban cubiertos en otros ítems establecidos en el valor de cada ración, es decir, la que la gobernación aportó dos veces el valor de este costo, razón por la cual estas cifras se encuentran incluidas en el cuadro que justifica los ítems de los \$815'119.200 y en el cuadro del valor por ración del contrato No. 685 de 2012.

Con relación a la afirmación de la defensa en el sentido que los \$1.200'036.600, corresponden a gastos de legalización, se debe tener en cuenta que al revisar el contenido del cuadro de aportes obrantes que obra a folio 303 del cuaderno anexo 3, se observa claramente que las partes no pactaron que COMFACASANARE asumiera ningún costo relacionado con estampillas pro-cultura y pro-adulto y publicación en la Gaceta Departamental, lo cual es ratificado en el contenido del oficio allegado por la defensa (fols. 1 a 3 cuad. anexo 10), por tanto estos valores se cargaron como parte del precio pactado para la ejecución del convenio, cuando estos valores son responsabilidad del contratista.



Radicación n.º 161 – 5573

gravísima por desatención elemental, conforme lo dispone el parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, al no ejercer el deber de cuidado que le era exigible en su condición de gobernador de Casanare.

En cuanto a la calificación de la falta, dice tanto el auto de citación a audiencia como el fallo de instancia que esta conducta comporta la realización del tipo disciplinario incorporado en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, razón por la cual la calificó como gravísima.

CONVENIOS DE COOPERACIÓN Y/O ASOCIACIÓN CELEBRADOS POR LAS ENTIDADES PÚBLICAS DENTRO DEL MARCO DEL ARTÍCULO 355 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Previo al análisis fáctico y jurídico de los cargos en orden a determinar la presunta existencia de falta disciplinaria y la responsabilidad del disciplinado, la Sala hará algunas referencias sobre el régimen jurídico y doctrinal aplicable a los convenios de cooperación y/o asociación celebrados por las entidades públicas en sus diferentes órdenes y niveles con entidades privadas sin ánimo de lucro, con sujeción al artículo 355 de la Constitución Política, como marco conceptual y de aproximación para el análisis del caso concreto respecto de la procedencia legal de utilizar esta figura para la celebración del convenio 001 del 14 de mayo de 2012, entre la gobernación de Casanare y la Caja de Compensación Familiar de Casanare –COMFACASANARE-.

Marco Jurídico

Sea lo primero señalar que el Constituyente de 1991 en el primer inciso del artículo 355, prohibió de manera tajante a todas las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, con lo cual abolió del orden jurídico los denominados «*auxilios parlamentarios*», que comportaban la destinación de grandes sumas de dinero cuya inversión y control no era del todo clara, dado que de manera general se acudía a entidades privadas sin ánimo de lucro con objetos sociales muy generales, figura que en su momento tuvo muchas críticas y cuestionamientos en el sentido que promovía o permitía el enriquecimiento injusto con el consecuente peligro presentado, al utilizar a estas entidades para acompañar iniciativas que serían financiadas con dichos dineros.

«Art. 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. (...).»

No obstante lo anterior, el Constituyente también estableció la posibilidad en este mismo artículo de que las entidades sin ánimo de lucro pudieran continuar recibiendo recursos estatales bajo un marco contractual en el que se asumiera el compromiso de desarrollar unas determinadas tareas en beneficio de la comunidad, específicamente aquellas que pudieran ser financiadas con los

En cuanto a la calificación de la falta, dice tanto el auto de citación a audiencia como el fallo de instancia que esta conducta comporta la realización del tipo disciplinario incorporado en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, razón por la cual la calificó como gravísima.

PRESUPUESTOS FACTICOS Y JURIDICOS DEL SEGUNDO CARGO

La función pública, como servicio que prestan los servidores públicos a favor del Estado, se dirige especialmente a satisfacer los intereses generales, razón para deban ajustarse a unas reglas de rectitud en el ejercicio de sus funciones para proteger el interés público y los recursos del Estado en la contratación.

Los principios, por ser mandatos generales, se concretan o materializan en el cumplimiento de actividades muy precisas durante el procedimiento contractual y son útiles a la hora de definir cuál es la mejor decisión, el procedimiento o la solución que deba seguirse en aquellas situaciones imprevistas o complejas que se presentan en los trámites contractuales. Los principios sirven como una guía general de lo que debe hacerse en la contratación y de los fines que deben privilegiarse, los cuales no pueden ser otros que la satisfacción del interés y bienestar general.

El respeto de los principios de la contratación administrativa es un asunto que compete a todos los que intervienen en los procesos contractuales, respeto que se debe mantener no solamente en su procedimiento y en las actividades que se hayan previsto para la contratación sino también en todos aquellos momentos en que deba solucionarse cualquier situación imprevista o compleja relacionada con la contratación, ante lo cual los servidores públicos deben obrar con responsabilidad, de manera pública, eficiente y transparente, lo cual garantiza que se tomen las mejores decisiones, se proteja a la entidad de posibles responsabilidades y el sometimiento a la ley de todas las actuaciones contractuales.

En lo que toca con el caso en examen, del acervo probatorio acopiado al proceso en relación con la conducta descrita como falta en el segundo cargo, la Sala advierte la existencia de los siguientes hechos:

El 14 de mayo de 2012, el gobernador Nelson Ricardo Mariño Velandia suscribió el convenio de cooperación No. 001 de 2012 con la Caja de Compensación Familiar de Casanare –COMFACASANARE- por valor de \$18.294'885.400,00, de los cuales se pactó que el departamento de Casanare aportó la suma de \$17.894'885.400, según la cláusula cuarta del mismo acuerdo de voluntades (fols. 81 a 90 cuad. anexo 3).

El 31 de mayo de 2012, ~~COMFACASANARE suscribió el contrato de suministro No. 685 de 31 de mayo del 2012 con la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, en el cual se pactó la ejecución del mismo objeto del convenio, es decir, garantizar el restaurante escolar a través de la elaboración y distribución de~~

recursos entregados por la entidad estatal, ello por cuanto la prohibición aludida iba en contravía de una serie de actividades fundamentales para el desarrollo social que eran ejecutadas por entidades sin ánimo de lucro que requerían la colaboración patrimonial del Estado, razón por la cual la propia Constitución de 1991 difirió al Gobierno Nacional la expedición de una reglamentación que permitiera en dichos eventos contratar con aquéllas, pero respetando la prohibición consignada en el inciso primero del artículo 355 Constitucional.

«Art. 355. (...)

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».

En ejercicio de esas específicas atribuciones otorgadas directamente por la Constitución Política, el Gobierno Nacional decidió expedir el Decreto 777 del año 1992 en los siguientes términos:

«Artículo 1º .Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren 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 222 de 1983...».

El tercer inciso de este artículo fue subrogado por el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1403 de 1992, cuyo nuevo texto es del siguiente tenor:

«Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado...».

De esta manera surge un régimen contractual de origen y rango Constitucional cuyo objetivo es respaldar financieramente el cumplimiento de actividades de interés general ejecutadas por entidades sin ánimo de lucro, el cual contiene requisitos de solemnidad, en el sentido que los contratos deben constar por escrito y sujetarse a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, esto es, su sometimiento al derecho privado como régimen jurídico, salvo lo previsto en el propio Decreto 777 de 1992 y sin perjuicio de que puedan incluirse cláusulas exorbitantes.

~~Igualmente exige dicha reglamentación que estos contratos sólo pueden celebrarse para impulsar programas y actividades de interés público, acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo, relativos en este orden a la~~

contratistas al interior del departamento del Casanare, le exigía actuar con la mayor diligencia y el debido cuidado al momento de abordar la celebración del convenio censurado, no obstante procedió a suscribir la minuta de convenio que le sometieron a su consideración, sin verificar si realmente se ajustaban a los parámetros de escogencia previstos en la ley y decretos reglamentarios.

Lo anterior, por cuanto la función del disciplinado no se agotaba con la simple revisión formal de la actuación contractual sometida a su consideración por parte de sus dependientes o que diera por cierto lo que estos realizaran en la etapa precontractual, sino que en su condición de jefe de la entidad territorial debía verificar su cumplimiento como responsable de la dirección y manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección, la cual no podía ser trasladada a las secretarías, comités, juntas u oficinas adscritas a su despacho, conforme a la filosofía del legislador vertida en el artículo 26 numeral 5 de la Ley 80 de 1993, más aún cuando, como sucedió en el presente caso, la función de celebrar contratos fue realizada directamente por el propio disciplinado quien debía asegurarse de aplicar la modalidad o escogencia prevista por el legislador.

En este orden de ideas, la Sala comparte la imputación de la conducta a título de **culpa gravísima**, por **desatención elemental**, que hiciera el a quo en el fallo de instancia, conforme al parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, toda vez que teniendo en cuenta la importancia social del proyecto a ejecutar y el costo económico del mismo, el disciplinado no actuó con la mínima y debida diligencia y deber objetivo de cuidado que le era exigible al momento suscribir el convenio de cooperación 001 de 14 de mayo de 2012 con la Caja de Compensación Familiar de Casanare, pues no realizó lo que resultaba imprescindible y primordial en ese momento como era cerciorarse que la modalidad de selección a aplicar fuera la prevista por el ordenamiento jurídico para las labores que se procuraba contratar.

No obstante, el disciplinado desatendió este deber al proceder discrecionalmente a seleccionar a COMFACASANARE para que se encargara de ejecutar las labores de elaboración y distribución de 62.895 almuerzos para estudiantes del departamento, a través de la celebración de un convenio de cooperación bajo la modalidad de contratación directa, sin percatarse e indagar que dicha caja no contaba en ninguna de sus sedes y oficinas con las condiciones e infraestructura necesarias para manipular los alimentos, como tampoco contaba con centros de acopio para los mismos, no obstante que estos requerimientos se habían considerado en los estudios previos (fol. 109 cuad. anexo 3), aspectos que inequívocamente conllevaban a advertir la subcontratación de las actividades propias del convenio. lo que efectivamente ocurrió, al celebrar COMFACASANARE el contrato de suministro 685 del 31 de mayo de 2012 con la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012.

Por último debe la Sala considerar que independientemente que al interior de una entidad departamental existan varias dependencias que intervengan en los procesos contractuales, verbi gracia como las oficinas jurídicas, la oficina de

COMFACASANARE, para la celebración del convenio, conllevaba una subcontratación de la totalidad de las actividades objeto del contrato, y que por tanto se generaba un mayor gasto para la administración.

salud, educación, cultura, recreación, deporte, agua potable y saneamiento básico, entre otros factores de inversión social, con la condición de ausencia de ánimo de lucro.

En punto a este tema, el Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil, emitió el concepto de 24 de febrero de 2005 dentro del radicado 1.626 con ponencia de la Consejera Gloria Duque Hernández, en uno de sus apartes sostuvo:

(...)

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

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

En cuanto a la calidad del contratista, cabe señalar que este tipo de convenios o contratos sólo pueden celebrarse con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, pues si no reúne esta condición debe someterse a las reglas generales y ordinarias contenidas en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y los decretos que las modifiquen o adicionen.

Como se advierte de la cita de la disposición normativa y en lo que refiere a la «reconocida idoneidad» exigida como requisito adicional, el Decreto Nacional 1403 de 1992, modificadorio de algunas disposiciones del Decreto 777 de 1992, la define como la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato, lo cual comporta que la «idoneidad» tiene como referentes la experiencia, la organización y aptitud para impulsar programas y actividades de interés público.

Ley 489 de 1998, artículo 96

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 489 de 1998, la cual en su artículo 96 reguló la celebración de convenios de asociación entre entidades

diligente y positivamente dentro del marco de las competencias legales atribuidas como representante legal y director de la actividad contractual dentro del departamento de Casanare, protegiendo o tutelando el bien jurídico de la función pública, dado que se trata del desconocimiento sustancial del deber funcional del disciplinado consistente en adelantar el proceso licitatorio, como mecanismo general y reglado de selección de contratistas establecido en las leyes de contratación, con el fin de garantizar la transparencia, igualdad, imparcialidad y libre concurrencia de quienes pretendan contratar con el departamento la preparación y distribución de alimentos a estudiantes del departamento y de contera seleccionar la propuesta más favorable para este.

Por lo anterior, el disciplinado inobservó los principios de legalidad, transparencia y responsabilidad de la contratación estatal, derivándose con ello la antijuridicidad sustancial de su proceder, en el entendido que con la suscripción del convenio 001 de 14 de mayo de 2012 por el mecanismo exceptivo de la contratación directa con fundamento en el Decreto 777 de 1992, desarrollo del inciso segundo del artículo 355 Constitucional, el disciplinado desnaturalizó la figura jurídica de los convenios de cooperación.

En consideración a lo anterior, la Sala comparte los argumentos del a-quo en el sentido de la existencia objetiva de la conducta reprochada como falta disciplinaria en el primer cargo formulado al disciplinado.

ANALISIS DE CULPABILIDAD CONDUCTA DESCRITA EN EL PRIMER CARGO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, en materia disciplinaria las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

Para que una conducta sea imputada a título de dolo, el servidor público tuvo que haber tenido conocimiento de que su acción u omisión generaba una infracción al deber funcional (elemento cognoscitivo), pese a que le correspondía actuar conforme a este y orientar su voluntad a la realización del hecho (elemento volitivo).

Ahora bien, una conducta se despliega a título de culpa cuando los supuestos fácticos de esta se realizan sin el conocimiento actual del deber infringido por parte del sujeto, es decir, que desconoció cuando estaba en situación de conocerlos.

En el caso en examen y de acuerdo al acervo probatorio acopiado al proceso, advierte la Sala que el disciplinado Marino Velandia no tuvo en cuenta las mínimas medidas de precaución tendientes a verificar que, en atención a la naturaleza y cuantía de lo que se pretendía contratar, el contratista debía haberse seleccionado a través de la licitación pública, si se tiene en cuenta que en su condición de garante y director de la actividad contractual y de los procesos de selección de

estatales y entidades sin ánimo de lucro para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les tiene asignadas y de conformidad con lo previsto en el artículo 355 de la Constitución Política. Dice este artículo:

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

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

En lo que tiene que ver con los convenios de asociación, dicha disposición advierte que se celebraran de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, es decir, bajo las reglas del Decreto 777 de 1992, debiéndose indicar con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos los aspectos que se consideren pertinentes.

Al declarar la exequibilidad de la norma transcrita, la Corte Constitucional en sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999, reitera una vez más que la remisión al artículo 355 significa *«que no podrá, en ningún caso pretextarse la celebración de los mismos para otorgar o decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, de una parte; y, de otra, el acatamiento a la disposición constitucional mencionada, impone la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, pero ‘con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo’, tal como lo ordena el citado artículo 355 de la Carta Política* (negrillas y cursivas de la Sala).

De otra parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 24 de febrero de 2005, dentro del radicado 1.626, con ponencia de la consejera Gloria Duque Hernández, emitió concepto sobre la viabilidad de suscribir convenios entre el departamento del Quindío y el Comité de Cafeteros con fundamento en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, respecto de la pregunta formulada a que si era posible que el mencionado ente territorial le transfiriera al Comité de Cafeteros sumas de dinero mediante convenios para que sean administradas y ejecutas por este último, para la construcción de obras de mejoramiento y mantenimiento de la infraestructura vial del departamento, en aplicación del Decreto 777 de 1992, para lo cual esa Corporación concluyó:

(...)

mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia; así mismo, que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección de contratistas, está a cargo del representante legal de la entidad.

Estas manifestaciones del principio de responsabilidad fueron inobservadas por el disciplinado Mariño Velandia, por cuanto en su condición de gobernador del departamento de Casanare, utilizó la figura del convenio de cooperación cuyo marco jurídico se estructura a partir del inciso segundo del artículo 355 Constitucional y se reglamenta por el gobierno nacional en los Decretos 777 y 1403 de 1992, eludiendo el proceso licitatorio, al suscribir y permitir la ejecución del convenio de cooperación 001 del 14 de mayo de 2012 con COMFACASANARE, que no contaba con la idoneidad legal y reglamentaria, así como la capacidad técnica y administrativa para ejecutar las obligaciones adquiridas en el convenio, hecho que generó que ésta tuviera que subcontratar la ejecución con la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, convirtiéndose la caja en un mero intermediario.

Corolario de lo anterior, el numeral 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 señala como una manifestación más del principio de responsabilidad que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección, es del jefe o representante legal de la entidad quien o puede trasladarla a juntas o consejos directivos de la entidad ni a comités asesores y órganos de control y vigilancia de la misma.

Para el caso en examen, el disciplinado en su condición de gobernador y representante legal del departamento de Casanare era el funcionario competente para suscribir el convenio No. 001 del 14 de mayo de 2012 y por ende quien debía constatar que la entidad sin ánimo de lucro con la cual estaba contratando, tuviera la idoneidad para cumplir las obligaciones convenidas, lo cual no ocurrió y que conllevó a que se distorsionara la figura del convenio de cooperación, cuya finalidad consiste en que el Estado (Departamento de Casanare) impulse un programa o una actividad de interés público formulada por una entidad privada sin ánimo de lucro y por aquel, con lo cual en últimas se eludió el proceso selectivo de licitación pública.

Así las cosas, la conducta descrita en el primer cargo constituye una falta disciplinaria que el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 considera como gravísima, por «...**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**», pues como ha quedado demostrado, el disciplinado Nelson Ricardo Mariño Velandia participó en la actividad contractual, vulnerando los principios de transparencia y responsabilidad de la actividad contractual.

«El artículo 355 enfatiza que el objeto de los contratos es el desarrollo de actividades de interés público, acordes con los planes de desarrollo, a fin de garantizar la acción de fomento del Estado, o “benéfica” como la denomina la jurisprudencia, por parte de instituciones que conforme a la ley tengan el carácter de privadas sin ánimo de lucro.

Por el contrario, la apropiación de dineros para inversiones públicas, tales como, construcción, mantenimiento y reparación de la infraestructura vial departamental, se enmarca dentro de las funciones de la entidad pública, las cuales debe cumplir de conformidad con las disposiciones presupuestales y de contratación vigentes. Precisamente, según el artículo 32, numeral 1o. de la ley 80 de 1.993, los contratos de obra pública, son aquellos que celebran las entidades estatales para “la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles”, definición que se ajusta a las obras que pretende adelantar el Departamento del Quindío y que por lo mismo deben sujetarse a lo dispuesto por el Estatuto General de Contratación.

De otro lado, como se trata de convenios que implican “una contraprestación directa a favor de la entidad pública”, cual es la ejecución de las obras públicas contratadas, contravendrían lo previsto en el numeral 1o. del artículo 2o. del decreto 777 de 1.992, en razón a que los contratos del artículo 355 se rigen por las disposiciones reglamentarias expedidas por el Gobierno Nacional.

En consecuencia, no es procedente la contratación de obras de mejoramiento o de reposición de la infraestructura vial existente, con fundamento en el inciso segundo del artículo 355 de la Carta Política, pues ello implicaría el desconocimiento de los ordenamientos legales contenidos en la ley 80 de 1.993».

ANALISIS FACTICO Y JURIDICO DEL PRIMER CARGO

Teniendo en cuenta estas consideraciones de orden Constitucional, legal y doctrinal respecto del marco jurídico de los convenios de cooperación y asociación celebrados por las entidades públicas con fundamento en el artículo 355 de la Constitución Política, la Sala procederá a analizar el acervo probatorio en el caso bajo examen, en orden a determinar si el departamento del Casanare, representado legalmente por Nelson Ricardo Mariño Velandia, en su condición de gobernador, suscribió un convenio de cooperación con la Caja de Compensación Familiar de Casanare –COMFACASANARE-; establecer si esta entidad es de naturaleza privada sin ánimo de lucro; si de acuerdo con las funciones o atribuciones legales y estatutarias propias de su objeto social tenía la «reconocida idoneidad», la capacidad técnica y operativa para impulsar programas y actividades de interés público y con ello la posibilidad de ejecutar y cumplir las obligaciones adquiridas en el convenio.

Los anteriores son presupuestos fácticos necesarios en orden a establecer si en el presente caso se omitió el procedimiento de la licitación pública como mecanismo de selección del contratista, con lo cual se distorsionaría la naturaleza jurídica del convenio de cooperación o si, por el contrario, la actuación contractual se ajustó a lo normado en el artículo 355 Constitucional y su Decreto Reglamentario 777 de

En el caso concreto, la Sala advierte la inobservancia y pretermisión de este principio, en el sentido que el mandatario seccional de Casanare, ante la inviabilidad de suscribir el convenio de cooperación por las razones aquí analizadas, debió ejecutar por sí misma los recursos de su presupuesto, adelantando el proceso licitatorio de selección establecido legalmente en las normas de contratación de acuerdo a la naturaleza del contrato y su cuantía, y no acudir a un tercero bajo la modalidad del convenio de cooperación por contratación directa, para que a su vez subcontratara con quien sí tenía la «reconocida idoneidad» y experiencia para ejecutar las labores previamente convenidas, como en efecto ocurrió.

Por lo anterior, el disciplinado no ejerció su competencia dentro de la actividad contractual conforme a los fines previstos en la propia ley, además que le estaba prohibido eludir el procedimiento de selección objetiva del contratista y que para el presente caso correspondía a la licitación pública, mecanismo de selección al que no se acudió y que atentó el principio de transparencia de la contratación.

Lo anterior se explica por cuanto al haber acudido el disciplinado a otra modalidad de contratación, como fue la contratación directa por modalidad de convenio de cooperación, se impidió adelantar una escogencia objetiva del contratista, omitiéndose la realización de procesos administrativos tendientes a garantizar la participación, en un plano de igualdad, de todas aquellas personas que estuvieran en condiciones administrativas, técnicas, económicas y financieras de garantizar la ejecución de los trabajos requeridos por la administración departamental de Casanare, los cuales se traducen en la preparación y distribución de 62.895 almuerzos a estudiantes de instituciones educativas de dicho ente territorial en orden a satisfacer el interés general.

No obstante el señor Mariño Velandia se inclinó a ejercer su discrecionalidad frente a la escogencia de la Caja de Compensación Familiar de Casanare – COMFACASANARE- como supuesto cooperante, desconociendo con ello que todos los procedimientos de selección objetiva en materia de contratación estatal se caracterizan por ser de naturaleza reglada, lo cual reduce al máximo el campo de discrecionalidad en el entendido que las normas que los desarrollan, como son la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, deben ser aplicadas en forma estricta y sin ningún tipo de discrecionalidad o liberalidad por parte de los titulares de la función administrativa, específicamente por los ordenadores del gasto.

Es precisamente por este desconocimiento de reglas y procedimientos de selección en la contratación del Estado que el disciplinado desconoció también el principio de responsabilidad, contenido en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, en cuyos numerales 1, 2, 4 y 5 señalan que los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal e igualmente que los servidores públicos responden por sus actuaciones y omisiones ya que deben estar presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los

1992, en cuanto a la celebración de convenios de cooperación refiere con entidades privadas sin ánimo de lucro.

Para dilucidar los anteriores interrogantes, la Sala considera necesario referirse a las pruebas que demuestran la existencia de los siguientes hechos:

El 14 de mayo de 2012, el departamento de Casanare, representado legalmente por el señor Nelson Ricardo Mariño Velandia, suscribió el convenio de cooperación No. 001 con la Caja de Compensación Familiar de Casanare – COMFACASANARE-, representada por Gustavo Ernesto Ayala Leal, cuyo objeto consistió en «...*AUNAR ESFUERZOS PARA GARANTIZAR EL SERVICIO DE RESTAURANTE ESCOLAR A SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO (62.895) ESTUDIANTES DEL DEPARTAMENTO DE CASANARE PARA LA AMPLIACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO*», por un valor acordado de dieciocho mil doscientos noventa y cuatro millones ochocientos ochenta y cinco mil cuatrocientos pesos (\$18.294'885.400,00), el cual incluye todos los gastos directos e indirectos en que incurriera COMFACASANARE para la ejecución del mismo, con un plazo de ejecución de ocho (8) meses, contados a partir de la fecha de suscripción del acto de iniciación, previa aprobación de las garantías y presentación de pago del recibo de publicación del convenio en la Gaceta Departamental y estampillas e impuestos a que haya lugar (fols. 294 a 303 cuad. Anexo 2 y 81 a 90 cuad. Anexo 3).

En la cláusula sexta de dicho acto jurídico comercial se acordó que el departamento de Casanare aportaría la suma de diecisiete mil ochocientos noventa y cuatro millones ochocientos ochenta y cinco mil cuatrocientos pesos (\$17.894'885.400,00), respaldados por el certificado de disponibilidad presupuestal No. 121068 fechado el 25 de abril de 2012, expedido por la Dirección Técnica de Presupuesto de la gobernación de Casanare, en tanto que COMFACASANARE acordó aportar la suma de cuatrocientos millones de pesos (\$400'000.000,00), valores que al ser sumados arrojan la cifra total del valor del convenio mencionado en precedencia (fols. 302 cuad. anexo 2 y 86 cuad. anexo 3).

En la cláusula décima primera se pactó por las partes en el convenio que «...*Las erogaciones que se causen en la ejecución del presente convenio, están respaldadas por el DEPARTAMENTO según el Certificado de Disponibilidad Presupuestal 121069 de fecha 25 de Abril de 2012, con cargo a los rubros 5.SR11M20501010010102 y 5.SGAL.20501010010104...*», (fol. 89 cuad. Anexo 3).

Lo anterior quiere decir que la fuente de los recursos del departamento de Casanare corresponden a Saldo de Regalías Petroleras del artículo 144 del Decreto 4923 de 2011 y Sistema General de Participaciones- Alimentación Escolar, según se desprende de los estudios previos realizados por la Oficina Asesora Jurídica y la Secretaría General de la Gobernación del Casanare, el cual dio al proyecto el nombre de «*AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA, PERMANENCIA PARA LA OFERTA Y DEMANDA DEL SERVICIO EDUCATIVO EN EL DEPARTAMENTO*

contratación directa y exceptiva establecida para los convenios de cooperación y/o asociación en las normas aquí señaladas.

Lo anterior por cuanto al corresponder la preparación y suministro de alimentos a la población educativa del departamento de Casanare una necesidad propia del ente territorial y desarrollo de un proyecto consignado en el plan de gobierno formulado por el mandatario seccional, ello comportaba una contraprestación a su favor y no el impulso de un programa o actividad propio de la caja de compensación de Casanare a través de la acción «benéfica» del departamento, evento que se enmarca o adecua en la excepción a la aplicación del Decreto 777 de 1992 en su artículo 2 numeral 1 que a la postre resultó desconocido e inobservado por el mandatario seccional, por cuanto los convenios de cooperación tienen como propósito aunar esfuerzos sobre intereses que son comunes a las partes y no su beneficio patrimonial, como ocurre normalmente frente a los demás contratos que se suscriben con los particulares.

Amen de lo anterior y no obstante que COMFACASANARE, conforme a la ley y sus estatutos, es una persona jurídica de carácter privado sin ánimo de lucro, no gozaba de la «reconocida idoneidad» para ejecutar el objeto convenido, al punto que subcontrató las obligaciones previamente adquiridas con el departamento, dado que procedió a suscribir el contrato de suministro No. 685 de 31 de mayo de 2012 con la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, en el que se pactaron las mismas obligaciones previamente convenidas en el convenio.

Para la Sala no cabe duda que al pretermitirse la observancia y cumplimiento de los presupuestos Constitucionales y legales aquí reseñados, al celebrar el convenio de cooperación 001 de 14 de mayo de 2012 con la Caja de Compensación Familiar de Casanare –COMFACASANARE–, el gobernador del departamento de Casanare, Nelson Ricardo Mariño Velandia, eludió la regla general de la licitación pública como mecanismo de selección de contratistas, dada las condiciones del objeto a contratar y la cuantía del mismo.

En efecto, como una manifestación de este principio, el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 establece ciertos deberes especiales que deben cumplir los servidores públicos, entre los cuales refiere a que su conducta debe ceñirse al principio de legalidad y a la finalidad del interés público, estableciendo que no deben actuar con abuso o desviación de poder y que, por el contrario, deben cumplir los procedimientos de selección y los requisitos establecidos en el estatuto para la contratación, razón por la cual el principio de transparencia en materia de contratación del Estado debe entenderse como un principio de carácter general aplicable a la totalidad de los mecanismos de selección de contratistas establecidos por el legislador, tendientes a garantizar la imparcialidad y la escogencia objetiva del contratista, en aras de escoger la propuesta más favorable a la entidad y a los fines por ella perseguidos, todo dentro de un marco de igualdad y libre concurrencia de quienes pretendan participar en la actividad contractual del Estado.

DE CASANARE», en la que se plasmó como componente del mismo «2. Dotación. Otorgar atención alimentaria a la población en edad escolar de los institutos educativos para garantizar la permanencia» y como producto del objeto a contratar «Garantizar a SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO (62.895) estudiantes el servicio de restaurante escolar» (fol. 101 cuad. anexo 3).

Retomando el marco jurídico de esta clase de convenios se tiene que el artículo 355 de la Constitución Política autorizó a las entidades estatales a través de sus representantes legales y con recursos de sus propios presupuestos, a 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 de desarrollo correspondiente.

A su vez, en ejercicio de esas específicas atribuciones otorgadas directamente por la Constitución Política, el Gobierno Nacional decidió expedir el Decreto 777 del año 1992 en los siguientes términos:

«Artículo 1º. Los contratos que en que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren 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 222 de 1983...».

Régimen Jurídico del Convenio de Cooperación 001 de 14 de mayo de 2012

Lo primero que debe entrar la Sala a determinar es el régimen jurídico al cual las partes sometieron el convenio de cooperación No. 001 de 14 de mayo de 2012, para lo cual debe señalarse que de acuerdo a las consideraciones plasmadas en el propio convenio por las partes (fols. 81 y 82 cuad. anexo 3), como en los «FUNDAMENTOS JURIDICOS» del acápite «5. MODALIDAD DE SELECCIÓN», de los estudios previos del convenio, se determinó que de acuerdo a las actividades a desarrollar, era procedente celebrar un convenio de cooperación a la luz de lo establecido en los artículos 355 de la Constitución Política y su reglamentación contenida en los Decretos 777 de 1992 y 1403 del mismo año, por considerar que aquéllas no corresponden a actividades mercantiles que involucren el ánimo de lucro,

«...por el contrario, propenden por el logro de objetivos de interés común y fines altruistas de fines que persigue la administración, para lo cual resulta procedente contratar con una entidad sin ánimo de lucro, de reconocida idoneidad, que cumpla con los requisitos establecidos en la normatividad aplicable» (fols. 112 y 113 cuad. anexo 3).

Que el convenio de cooperación 001 de 2012 se haya elevado a escrito

contraprestación económica a su favor, en el sentido que la entidad estatal recibió el beneficio por el cual pagó, así indirectamente fuera la comunidad educativa la beneficiada con la ejecución del proyecto, a la vez que COMFACASANARE recibió los dineros con el cual procedió a subcontratar las obligaciones contraídas en el convenio.

Por lo anteriormente expuesto, teniendo en cuenta el objeto acordado en el convenio 001 de 14 de mayo de 2012, el señor Nelson Ricardo Mariño Velandia debía adelantar una licitación pública como procedimiento de selección dadas las condiciones del contrato y la cuantía del mismo, conforme a lo previsto en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y demás normas que las reglamentan y adicionan, pues al existir una contraprestación directa a favor del departamento del Casanare, como en efecto ocurrió, ello quiere decir que el proyecto podía ejecutarse también por una empresa privada con ánimo de lucro dentro del marco de los principios de igualdad, transparencia y libre concurrencia que tienen todas las personas interesadas en intervenir en la actividad contractual del Estado.

Es así como el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 establece que en virtud del principio de eficiencia y transparencia, la escogencia del contratista debe efectuarse con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa con fundamento en reglas establecidas; en consecuencia se trata de una regla general sin que por ello los administradores puedan interpretar artificiosamente las causales de la contratación que son taxativas para cada caso, así como tampoco emplear indebidamente otros mecanismos legales para violar el principio general enunciado, significándose con ello la prohibición de eludir los procesos de selección.

Ahora bien, la selección objetiva del contratista implica la realización de un proceso de selección que conlleve a escoger la propuesta más favorable para la entidad y los fines que ella busca, por lo que el Estatuto Contractual contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, previeron una serie de procedimientos tendientes al logro de este objetivo que por regla general se ajusta a los lineamientos establecidos para la licitación, concurso público, selección abreviada y excepcionalmente el procedimiento de contratación directa, modalidades de selección que garantizan la selección objetiva del contratista.

TIPICIDAD DE LA CONDUCTA DEL PRIMER CARGO

Teniendo en cuenta el marco Constitucional y legal de los convenios de cooperación y/o asociación de los que trata el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política y los Decretos 777 y 1403 de 1992, la Sala encuentra objetivamente demostrado que el gobernador del departamento de Casanare, Nelson Ricardo Mariño Velandia, no contaba con los presupuestos legales para suscribir el convenio de cooperación No. 001 de 2012 con la Caja de Compensación Familiar de Casanare –COMFACASANARE–, bajo la modalidad de

Una vez determinado el sometimiento del convenio por las partes al régimen excepcional previsto en el artículo 355 de la Constitución Política y sus Decretos Reglamentarios 777 y 1403 de 1992, debe verificarse el requisito de solemnidad, según el cual el acuerdo de voluntades debe elevarse a escrito, como lo exige el primero de los decretos mencionados expedidos por el gobierno nacional, requisito que en el presente caso se cumple como quiera que las partes lo elevaron a escrito y para el presente caso fue allegado debidamente al proceso en fotocopia (fols. 81 a 90 cuad. anexo 3).

Naturaleza Jurídica de COMFACASANARE

Teniendo en cuenta que de acuerdo con las normas arriba mencionadas, este tipo de contratos sólo pueden celebrarse con entidades privadas sin ánimo de lucro, es imperioso en este caso indagar sobre la naturaleza jurídica de la Caja de Compensación Familiar de Casanare –COMFACASANARE–, para lo cual debe señalarse que es una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro, organizada como corporación, en la forma prevista en el Código Civil, identificada con NIT. No. 8444003392-8, conferida por medio de la Resolución No. 0669 de 27 de diciembre de 2001, expedida por la Superintendencia de Subsidio Familiar y que de acuerdo a sus Estatutos cumple funciones de seguridad social y se halla sometida al control y vigilancia del Estado, en la forma establecida en la ley.

Lo anterior quiere significar que COMFACASANARE, desde el punto de vista de su personalidad jurídica, es una entidad sin ánimo de lucro con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones en el mundo jurídico a través de contratos y/o convenios, entre otros.

A continuación debe la Sala entrar a establecer si la Caja de Compensación Familiar de Casanare –COMFACASANARE–, como persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro, tiene «reconocida idoneidad» para ejecutar el objeto del convenio 001 de 14 de mayo de 2012, es decir, garantizar el servicio de restaurante escolar a 62.895 estudiantes del departamento de Casanare lo cual, como se verá más adelante, simplemente consistió en la preparación y distribución de almuerzos escolares al mismo número de estudiantes del referido ente territorial.

Al respecto debe la Sala entrar a analizar los objetivos y funciones de las cajas de compensación familiar a la luz de la ley y los estatutos de COMFACASANARE, para lo cual previamente debe señalarse el concepto de «reconocida idoneidad» que trae el tercer inciso del artículo 1 del Decreto 777 de 1992, subrogado por el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1403 de 1992, cuyo nuevo texto es del siguiente tenor:

«Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para

General de la Gobernación del Casanare, se advierte que lo convenido corresponde al proyecto denominado «AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA, PERMANENCIA PARA LA OFERTA Y DEMANDA DEL SERVICIO EDUCATIVO EN EL DEPARTAMENTO DE CASANARE», en la que se plasmó como componente del mismo «2. Dotación. Otorgar atención alimentaria a la población en edad escolar de los institutos educativos para garantizar la permanencia» y como producto del objeto a contratar «Garantizar a SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO (62.895) estudiantes el servicio de restaurante escolar» (fol. 101 cuad. anexo 3).

Dentro del acápite «2.1 DESCRIPCIÓN DE LA NECESIDAD», el estudio señaló que dicha necesidad se plasmó a través del programa de gobierno «La que Gana es la Gente 2012-2015» sector de la educación, que contempla crear incentivos que faciliten el acceso y la permanencia de la población en cualquier nivel de la formación educativa, el cual sería objeto de consolidación en el Plan de Desarrollo «La que Gana es la Gente 2012-2015», por considerar que los padres de familia de los estudiantes no cuentan con los recursos económicos suficientes que garanticen la permanencia de sus hijos en el sistema educativo y de esta forma se da continuidad a la estrategia de permanencia educativa (fols. 102 cuad. anexo 3).

A su vez, en el numeral 1º de las consideraciones efectuadas en el convenio 001 de 14 de mayo de 2012 se estableció que la Secretaría de Educación del departamento de Casanare había formulado el proyecto con el nombre «AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA, PERMANENCIA PARA LA OFERTA Y DEMANDA DEL SERVICIO EDUCATIVO EN EL DEPARTAMENTO DE CASANARE» enmarcado dentro del programa de gobierno «La que Gana es la Gente 2012-2015», el cual pretende garantizar el servicio de restaurante escolar a 62.895 estudiantes del departamento. En la cláusula décima primera del mismo convenio se pactó que «...Las erogaciones que se causen en la ejecución del presente convenio, están respaldadas por el DEPARTAMENTO según el Certificado de Disponibilidad Presupuestal 121069 de fecha 25 de Abril de 2012, con cargo a los rubros 5.SR11M20501010010102 y 5.SGAL.20501010010104...» (fol. 89 cuad. anexo 3), lo cual quiere decir de acuerdo a los estudios previos y al propio acto jurídico que la fuente de los recursos del departamento de Casanare corresponden a «Saldo de Regalías Petroleras del artículo 144 del Decreto 4923 de 2011 y Sistema General de Participaciones-Alimentación Escolar».

Conforme a lo anterior, al ser un proyecto formulado por la Secretaría de Educación del departamento de Casanare, no puede considerarse la preparación y distribución de raciones alimentarias a los estudiantes de esta entidad territorial como la impulsión de una actividad o un programa de interés público que se haya originado en COMFACASANARE dentro de una política pública de primera infancia con fundamento en el Decreto 1729 de 2008, reglamentario de la Ley 789 de 2002, como erradamente lo sostiene el disciplinado en su libelo de alegatos, como quiera que el componente del proyecto elaborado por el departamento consiste en otorgar atención alimentaria a la población en edad escolar de los institutos educativos para garantizar la permanencia.

realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado...».

Ahora bien, la naturaleza jurídica y funciones de las cajas de compensación familiar se encuentran establecidas dentro del siguiente conjunto normativo:

Ley 21 de 1982, «por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones»

(...)

«Artículo 39. Las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la ley.

(...)

Artículo 41. *Las Cajas de Compensación Familiar tendrán entre otras, las siguientes funciones:*

- 1. Recaudar, distribuir y pagar los aportes destinados al subsidio familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), las escuelas industriales y los Institutos Técnicos en los Términos y con las modalidades de la ley.*
- 2. Organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar en especie o servicios, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 62 de la presente Ley.*
- 3. Ejecutar, con otras Cajas o mediante vinculación con organismos y entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de seguridad social, programas de servicios, dentro del orden de prioridades señalado por la ley.*
- 4. Cumplir con las demás funciones que señale la ley».*

El artículo 16 de la Ley 789 de 2002 adicionó unas funciones a las Cajas de Compensación Familiar establecidas en la Ley 21 de 1982, entre otras, las siguientes:

«ARTÍCULO 16. FUNCIONES DE LAS CAJAS DE COMPENSACIÓN. *El artículo 41 de la Ley 21 de 1982 se adiciona, con las siguientes funciones:*

1. Ejecutar actividades relacionadas con sus servicios, la protección y la seguridad social directamente, o mediante alianzas estratégicas con otras Cajas de Compensación o a través de entidades especializadas públicas o privadas, conforme las disposiciones que regulen la materia.

(...)

5. Administrar, a través de los programas que a ellas corresponda, las actividades de subsidio en dinero; recreación social, deportes, turismo, centros recreativos y vacacionales; cultura, museos, bibliotecas y teatros; vivienda de interés social; créditos, jardines sociales o programas de atención integral para niños y niñas de 0 a 6 años; programas de jornada escolar complementaria; educación y capacitación; atención de la tercera edad y programas de nutrición materno-infantil y, en general, los programas que

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.

Igualmente, la misma corporación de lo contencioso administrativo emitió el concepto de 24 de febrero de 2005 dentro del radicado 1.626 con ponencia de la Consejera Gloria Duque Hernández, en uno de cuyos apartes sostuvo:

(...)

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

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

Bajo estas previsiones de orden legal y doctrinal lo que debe la Sala aquí verificar es si la preparación y distribución de almuerzos a estudiantes del departamento de Casanare correspondió a un programa o actividad de interés público de COMFACASANARE que demandaba la acción «benéfica» del Estado a través de la gobernación del departamento de Casanare, o si por el contrario, era una actividad, programa o proyecto específico del mencionado ente territorial que correspondía al giro normal de las funciones propias del ente territorial que demandaba una contraprestación económica a favor de la entidad.

Respecto a este punto debe responder la Sala que el servicio de restaurante escolar para 62.895 estudiantes del departamento de Casanare, específicamente la preparación y distribución de almuerzos, hace parte de un proyecto formulado por la gobernación del departamento del Casanare a través de su Secretaría de Educación.

En efecto, de acuerdo a los estudios previos del convenio de cooperación 001 del 14 de mayo de 2012, elaborados por la Oficina Asesora Jurídica y la Secretaría

estén autorizados a la expedición de la presente ley, para lo cual podrán continuar operando con el sistema de subsidio a la oferta.

6. Administrar jardines sociales de atención integral a niños y niñas de 0 a 6 años a que se refiere el numeral anterior, propiedad de entidades territoriales públicas o privadas. En la destinación de estos recursos las cajas podrán atender niños cuyas familias no estén afiliadas a la Caja respectiva...».

A su turno, el Decreto 1729 de 2008, «por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 16 de la Ley 789 de 2002, dispuso en su artículo 4:

(...)

«Artículo 4º. *Objetivos específicos de los programas de Atención Integral de la Niñez. Los programas que ejecuten las Cajas de Compensación Familiar para la atención de la niñez- primera infancia-, deberán cumplir integralmente con los siguientes objetivos, en el marco de la política pública de la primera infancia:*

a) Educación. Fortalecer el desarrollo de competencias de niños y niñas atendidos, a través del uso de metodologías propicias para la primera infancia, que favorezcan una educación inicial de calidad. Adicionalmente, desarrollar programas de formación de agentes educativos responsables de la primera infancia, que potencialicen el desarrollo infantil;

b) Salud y Nutrición. Ayudar a suplir las necesidades básicas de niñas y niños de manera complementaria a los aportes de la familia. Contempla el apoyo nutricional, las acciones en promoción y prevención en salud y el acceso al esquema básico de vacunación;

c) Recreación. Buscar oportunidades para articular la recreación y acciones de carácter lúdico, deportivo y cultural para el logro del desarrollo integral de los niños y las niñas;

d) Protección. Garantizar el cuidado de los niños y niñas, su protección integral y apoyar la garantía y restitución de sus derechos;

e) Prevención. Desarrollar acciones para evitar los riesgos y los efectos negativos que las condiciones de vulnerabilidad emocional, social y económica imponen sobre el pleno desarrollo de los niños y niñas.

Artículo 5º. *Objetivos específicos de los Programas de Jornada Escolar Complementaria. Los Programas de Jornada Escolar Complementaria que ejecuten las Cajas de Compensación Familiar, cumplirán con uno o varios de los siguientes objetivos:*

a) Mejorar la calidad del aprendizaje, brindando espacios de refuerzo escolar;

b) Brindar ambientes de aprendizaje que ofrezcan oportunidades para el conocimiento y aplicación de la tecnología;

c) Disminuir los riesgos de la población infantil y juvenil, alejando a los estudiantes del ocio improductivo y las actividades nocivas, propiciando espacios que estimulen el buen uso del tiempo libre;

d) Incentivar en los niños, niñas y jóvenes prácticas culturales que se orienten al respeto por los derechos humanos, la valoración de las diferencias y el ejercicio de la democracia.

Además, para la suscripción de este tipo de contratos nominados, deben previamente agotarse los requisitos y formalidades previstas en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, en relación con los procedimientos de selección como la licitación pública, selección abreviada, mínima cuantía, etc., lo cual quiere decir que en estos casos no es aplicable el régimen especial contenido en el Decreto 777 de 1992.

Ahora bien, situación diferente acontece cuando las actividades o programas no benefician directamente a la entidad estatal sino a las personas naturales o jurídicas privadas sin ánimo de lucro, casos en los cuales no existe contraprestación directa a favor del ente público, siendo en este caso procedente la aplicación del régimen jurídico contractual previsto en el Decreto 777 de 1992.

La tipología de los contratos mencionados en precedencia y que corresponden a los propios de la entidad estatal, la benefician a esta en forma directa, lo cual quiere ello decir que el bien o servicio contratado debe servir a la propia entidad estatal y de forma indirecta a la comunidad, con lo cual se puede decir sin lugar a equívocos que una cosa es celebrar contratos que benefician a la entidad estatal, es decir, donde existe una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y otra muy diferente consiste en celebrar contratos que benefician a las entidades privadas sin ánimo de lucro.

En punto a lo anterior, no debe la Sala pasar por alto que la finalidad del Decreto 777 de 1992 es impedir que las entidades privadas sin ánimo de lucro contraten con el Estado para prestarles servicios a éste, pues lo que se pretende evitar es una competencia con las entidades privadas con ánimo de lucro que tiene su estatuto propio de contratación en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, con aquellas que contratan bajo la modalidad de contratación directa bajo su estatuto propio, garantizando con ello que los servicios de las entidades sin ánimo de lucro en ningún caso puedan tener como destinatario al Estado sino a terceros, con lo cual es forzoso concluir que no puede haber contraprestación directa a favor de la entidad Estatal por parte de ninguna persona natural o jurídica privada sin ánimo de lucro, dado que su régimen contractual no les permite competir con entidades con ánimo de lucro.

El propio Consejo de Estado, en su Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero ponente Yesid Rojas Serrano, al declarar la constitucionalidad del inciso 1º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, reglamentario del artículo 355 de la Constitución Política, sostuvo en sentencia de 26 de febrero de 1993, que:

(...)

«Finalmente queda por señalar que los contratos a que se refiere el inciso 1º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992 son los que implican una conducta de parte del contratista directamente en beneficio de la entidad contratante (entidades administrativas territoriales), distintos de los que las entidades públicas pueden celebrar con personas

Los programas de Jornada Escolar Complementaria deberán tener congruencia con el plan de desarrollo de la secretaría de educación certificada, el cual orientará la acción hacia aquellas instituciones educativas que por sus características, requieren que se priorice la implementación de dicha jornada.

Los Programas de Jornada Escolar Complementaria, estarán dirigidos específicamente a los estudiantes. Los docentes que presten sus servicios para la ejecución de los mismos, podrán ser pagados por las Cajas de Compensación Familiar, con cargo a los recursos de estos.

***Parágrafo:** Los programas de jornada escolar complementaria se desarrollarán durante el año escolar, en el horario contrario al destinado para las actividades pedagógicas. Las actividades podrán realizarse dentro o fuera de la institución, de acuerdo con la programación de las cajas de compensación.*

Estatutos de la Caja de Compensación Familiar COMFACASANARE

El artículo 7 de los estatutos de COMFACASANARE señala los objetivos que debe cumplir esta caja en atención a su objeto social:

*«**ARTICULO 7º. OBJETIVOS.** La Caja de Compensación Familiar de Casanare cumplirá con los siguientes objetivos:*

- a. Administrar el subsidio familiar como prestación social pagadera en dinero, especie o servicios, a los trabajadores afiliados.*
- b. Organizar y administrar programas para el reconocimiento y pago del subsidio familiar para la prestación de los servicios sociales autorizados por ley, y adelantar planes de extensión del subsidio familiar en dinero, especie y servicios dirigidos a los trabajadores afiliados de menores recursos.*
- c. Recaudar los aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, la Escuela Superior de Administración Pública –ESAP-y los Institutos Técnicos, conjuntamente con los recaudos para el subsidio familiar.*

Ahora bien, para efectos de resolver el punto de la reconocida idoneidad de COMFACASANARE a la luz del marco normativo expuesto en precedencia para celebrar y ejecutar el convenio de cooperación 001 de 14 de mayo de 2012, la Sala considera imperioso transcribir textualmente el objeto del convenio acordado en la cláusula primera:

*«**CLAUSULA PRIMERA. OBJETO:** AUNAR ESFUERZOS PARA GARANTIZAR EL SERVICIO DE RESTAURANTE ESCOLAR A SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO (62.895) ESTUDIANTES DEL DEPARTAMENTO DE CASANARE PARA LA AMPLIACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO».*

Al analizar los objetivos y funciones conferidos por la ley a las cajas de compensación familiar, se advierte que, en forma general, tienen que ver con

del departamento de Casanare, al celebrar el contrato de suministro 685 de 31 de mayo con la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, que en últimas fue quien se obligó a la preparación y distribución de almuerzos a 62.895 estudiantes de las instituciones educativas de dicho ente territorial.

No le asiste razón al disciplinado y su apoderado en el sentido que con la sola intermediación y tercerización del objeto contractual se estaba realizando gerencia del proyecto, para lo cual la entidad COMFACASANARE contaba con reconocida idoneidad, a lo que la Sala debe señalar que esa gerencia, control, verificación y seguimiento a la ejecución del objeto contratado es una función que el departamento de Casanare estaba en capacidad de ejecutar, a tal punto que la supervisión estuvo a cargo de funcionarios departamentales y la interventoría fue contratada.

Contraprestación directa a favor de la entidad pública como presupuesto de improcedibilidad de aplicación del Decreto 777 de 1992 en los contratos de cooperación y/o asociación que celebren las entidades públicas

El Decreto 777 de 1992 estableció en su artículo 2º cinco (5) eventos en los que no se aplica este régimen contractual, es decir, no rige la contratación directa y el sometimiento al derecho privado para los convenios de cooperación y/o de asociación, entre los cuales la Sala destaca:

«Artículo 2º. Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto:

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

(...)

*5. <Numeral adicionado por el artículo 3º del Decreto 1403 de 1992. El texto es el siguiente:> Los contratos que de acuerdo con la ley celebre la entidad pública con otras personas jurídicas, **con el fin de que las mismas desarrollen un proyecto específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con las precisas instrucciones que esta última les imparta** (subrayado, negrillas y cursivas de la Sala).*

Respecto a la excepción consignada en el numeral primero del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, la Sala considera imperioso determinar cuando un contrato implica una «contraprestación directa» a favor de una entidad pública y cuando no, para lo cual debe señalarse que los contratos que describe el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como son los contratos de obra, prestación de servicios, consultoría, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública, comportan una categoría de actos jurídico-negociales que benefician en forma directa a la entidad estatal, por cuanto es ésta la que recibe el beneficio por el cual ella misma paga, no obstante que indirectamente beneficie a la comunidad.

funciones de seguridad social, específicamente todo lo atinente al recaudo, distribución y pago de los aportes destinados al subsidio familiar en especie o servicios; ejecutar actividades relacionadas con la protección y la seguridad social a través de alianzas estratégicas con otras cajas de compensación o con otras entidades especializadas públicas o privadas; administrar las actividades de subsidio en dinero, recreación social, deportes, turismo, centros recreativos y vacacionales, viviendas de interés social, créditos, jardines sociales, programas de atención integral para niños y niñas de 0 a 6 años, programas de jornada escolar complementaria, atención a la tercera edad y programas de nutrición materno infantil, a través de los programas que correspondan a cada caja, entre otras.

Ahora bien, en punto a la definición que sobre «reconocida idoneidad» establece el Decreto 1403 de 1992, la Sala debe verificar si COMFACASANARE, como entidad privada sin ánimo de lucro, tenía la capacidad técnica y administrativa para preparar y distribuir 62.895 almuerzos a estudiantes de las instituciones educativas del departamento del Casanare.

La Sala considera que si bien las Cajas de Compensación Familiar pueden tener la capacidad jurídica para celebrar convenios de cooperación relacionados con la ejecución de sus programas de nutrición infantil y materno infantil como objetivo específico de atención integral a la niñez de la primera infancia, conforme a la Ley 789 de 2002 y su Decreto Reglamentario 1729 de 2008, en el caso bajo examen, como pasará a demostrarse, COMFACASANARE carecía de la capacidad técnica y administrativa exigida en el Decreto 1403 de 1992 para cumplir el requisito de «reconocida idoneidad» en la preparación y distribución simultánea de 62.895 almuerzos, para garantizar el servicio de restaurante escolar a igual número de estudiantes del departamento de Casanare, lo cual fue el objeto del convenio de cooperación 001 de 14 de mayo de 2012.

Al respecto debe mencionarse que de acuerdo a la visita especial practicada el día 30 de noviembre de 2012 por funcionarios de la Procuraduría General de la Nación a las dependencias de la Caja de Compensación Familiar de Casanare – COMFACASANARE-, con el objeto de verificar la idoneidad técnica y administrativa de ésta para el cumplimiento del convenio de cooperación 001 celebrado el 14 de mayo de 2012, respecto de la preparación y distribución de las raciones alimentarias a los estudiantes de las diferentes instituciones educativas del departamento de Casanare, se estableció que esta caja no tenía la infraestructura ni las condiciones técnicas y operativas para la manipulación y elaboración de alimentos (fols. 143 a 148 cuad. ppal).

A esta conclusión se llega por cuanto en la visita realizada los funcionarios comisionados le solicitaron al señor Gustavo Ernesto Ayala Leal, gerente de COMFACASANARE, se dirigieran al sitio u oficina dispuesto para adelantar las labores propias de ejecución del objeto convenido con la gobernación del Casanare, a lo que el referido funcionario propuso realizar un recorrido por las distintas sedes de COMFACASANARE, visitándose un total de seis (6), pero que

esquemataron y compararon las obligaciones contraídas por las partes en cada acuerdo de voluntades, para efectos de hallar las similitudes.

De dicho cotejo realizado entre los dos acuerdos de voluntades, Convenio de 001 de 2012 Gobernación del Casanare- COMFACASANARE y Contrato de Suministro No 685 celebrado el 31 de mayo de 2012 entre la precitada caja de compensación y la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, se advierte que en las cláusulas relacionadas con el objeto y las obligaciones de las partes, las diferencias de redacción son mínimas, se cambian algunas palabras, pero la razón de ser y su naturaleza intrínseca se mantiene, razón para que se pueda afirmar que COMFACASANARE se limitó a traspasar a un tercero las obligaciones originalmente adquiridas con el departamento del Casanare con quien se obligó a aunar esfuerzos.

Reitera la Sala que este es uno de los argumentos por los cuales no pueden ser de recibo las alegaciones de la defensa al afirmar la existencia de la reconocida idoneidad de COMFACASANARE para ejecutar el objeto pactado, cuando los hechos demuestran precisamente lo contrario.

Una vez establecidas las similitudes del objeto y las obligaciones contraídas por COMFACASANARE como entidad cooperante en el convenio, así como las obligaciones de la Unión Temporal en el contrato de suministro, debe la Sala señalar como conclusión a este punto que si la caja procedió a celebrar el contrato de suministro 685 el día 31 de mayo de 2012 con un tercero (Unión Temporal Alimenta Casanare 2012) con el mismo objeto e idénticas obligaciones a las señaladas en el convenio de cooperación 001 de 14 de mayo de 2012, era porque carecía de la «reconocida idoneidad» para preparar y distribuir los almuerzos escolares a un número considerable de estudiantes del departamento del Casanare o, en otras palabras, se encuentra demostrado en forma palmaria en el proceso que la referida caja de compensación familiar no tenía la idoneidad de tipo técnico y administrativo que acreditara la experiencia con resultados satisfactorios con el fin de impulsar un programa o actividad de interés público, acorde con la definición que sobre «reconocida idoneidad» trae el Decreto 1403 de 1992.

Lo anterior es así, por cuanto el convenio 001 de 2012 era de cooperación, lo cual comportaba que COMFACASANARE debía tener la capacidad técnica y operativa para ejecutar ella misma el objeto convenido, conforme a la reconocida idoneidad y experiencia para impulsar programas y actividades de interés público, como lo exige el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, desarrollado por el inciso tercero del artículo 1 del Decreto 777 de 1992.

Como bien lo señaló el a quo en el fallo objeto de impugnación, el objeto del convenio no refería a la gerencia de proyectos, ni se estaba contratando un integrador comercial o la intermediación contractual para que la caja seleccionara a un tercero contratista para que ejecutara lo convenido, que en últimas fue lo que ocurrió, pues ante la falta de idoneidad COMFACASANARE procedió a subcontratar las obligaciones que previamente había contraído con la gobernación

de acuerdo con la relación de actividades desplegadas en cada sede, en ninguna de ellas se advierte la existencia de una infraestructura de tipo técnico, logístico y de recurso humano para el cumplimiento del objeto convenio, esto es, garantizar la prestación del servicio de restaurante escolar a una población estudiantil importante del departamento de Casanare, específicamente la infraestructura logística para preparar y distribuir las raciones alimentarias en condiciones sanitarias y nutricionales adecuadas, cumpliendo con lo estándares nutricionales, como quedó establecido en el convenio (fol. 82 cuad. anexo 3).

Amen de lo anterior, el objeto del convenio corresponde a un componente del proyecto formulado por la Secretaría de Educación del departamento de Casanare denominado «*AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA, PERMANENCIA PARA LA OFERTA Y DEMANDA DEL SERVICIO EDUCATIVO EN EL DEPARTAMENTO DE CASANARE*» según se advierte de los estudios previos y de las consideraciones plasmadas por el propio acto jurídico (fols. 81 y 101 cuad. anexo 3), luego no puede considerarse, como lo afirma la defensa, que el objeto del convenio acordado corresponda a la ejecución de un programa que haya sido formulado por COMFACASANARE dentro de la política pública de primera infancia, a la que alude el Decreto 1729 de 2008, reglamentario del artículo 16 de la Ley 789 de 2002 y que la caja haya buscado «aunar esfuerzos» con el ente territorial para ejecutar un programa propio.

Debe la Sala precisar y aclarar a los apoderados y disciplinado con lo expuesto en precedencia que en ningún momento se ha manifestado ni se puede inferir que las cajas de compensación familiar, como personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, no puedan celebrar convenios de cooperación y asociación con entidades públicas con fundamento en las previsiones del artículo 355 Constitucional y los Decretos Reglamentarios de origen Constitucional 777 de 1992 y 1403 de mismo año, así como en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, pues ellas gozan de capacidad jurídica para la suscripción de estos actos jurídicos, sino que deben cumplir, entre otros, con el requisito de la «reconocida idoneidad» para impulsar un plan o programa de interés que se encuentre acorde con el respectivo plan de desarrollo del ente territorial.

De esta forma queda demostrado que COMFACASANARE no tenía la capacidad técnica y administrativa para garantizar el servicio de restaurante escolar para preparar y distribuir 62.895 almuerzos a estudiantes de las instituciones educativas del departamento del Casanare que pudiese predicar de aquella la «reconocida idoneidad» para ejecutar las labores propias del convenio, siendo prueba fehaciente de ello que COMCASANARE procedió a contratar la totalidad de las obligaciones acordadas en el convenio de cooperación 001 de 14 de mayo de 2012.

En efecto, una vez suscrito el convenio de cooperación, COMFACASANARE procedió a adelantar una convocatoria pública con el objeto de seleccionar el operador logístico para la preparación y distribución de almuerzos escolares para

los mismos 62.895 estudiantes de las instituciones educativas del departamento de Casanare, durante 120 días, para la ampliación y sostenibilidad de la prestación del servicio educativo, en ejecución del convenio 001 del 14 de mayo de 2012 (fols. 72 a 120 cuad. anexo 2).

A dicha convocatoria presentó únicamente la propuesta de la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, representada legalmente por Eddie Yovanny Millán y que de acuerdo al documento de conformación se encuentra integrada así (fols. 24 a 27 cuad. anexo 1):

El Grupo Galvis y Payares S.A.S. con participación en el manejo administrativo, técnico, operativo y financiero de las actividades pactadas para los municipios de Aguazul, Monterrey Sabanalarga y Villanueva del departamento del Casanare, con un compromiso del 25%;

La firma **Company Service Food Ltda.**, con participación en el manejo administrativo, técnico, operativo y financiero de las actividades pactadas en los municipios de Yopal, Maní, Tauramena, Chameza y Recetor del departamento del Casanare, con un compromiso del 36% y, la última;

Ferry Services Ltda., participando en el manejo administrativo, técnico, operativo y financiero de las actividades pactadas para los municipios de Pore, Paz de Ariporo Aguazul, Monterrey Sabanalarga y Villanueva del departamento del Casanare, con un compromiso del 39%.

Finalmente el 31 de mayo de 2012, la Caja de Compensación Familiar de Casanare –COMFACASANARE–, representada legalmente por el señor Gustavo Ernesto Ayala Leal, suscribió el contrato de suministro No. 685 con la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, cuyo objeto consistió en la «...PREPARACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE ALMUERZOS ESCOLARES PARA 62.895 ESTUDIANTES DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS DEL DEPARTAMENTO DE CASANARE DURANTE 120 DÍAS, PARA LA AMPLIACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO, EN EJECUCIÓN DEL CONVENIO NO. 001 DEL 14 DE MAYO DE 2012...», por un valor de dieciséis mil seiscientos noventa y cuatro millones ochocientos cuarenta y ocho mil ochocientos pesos (\$16.694'848.800,00), con un plazo de ejecución de ciento veinte (120) días calendario escolar, contados a partir del acta de iniciación, previa aprobación de las garantías (fols. 162 a 169 cuad. Anexo 2).

Como se advierte tanto del convenio de cooperación 001 de 2012 celebrado entre el departamento de Casanare y COMFACASANARE (fols. 81 a 90 cuad. anexo 3), como del contrato de suministro No. 685 de 2012, suscrito a su vez entre esta caja de compensación y la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012 (fols. 162 a 169 cuad. anexo 2), **el objeto es el mismo y las obligaciones acordadas por las partes son las mismas, para lo cual la Sala se remite al paralelo realizado por el a quo en el auto de cargos y citación a audiencia de 26 de septiembre de 2012, en el que se**

Los programas de Jornada Escolar Complementaria deberán tener congruencia con el plan de desarrollo de la secretaría de educación certificada, el cual orientará la acción hacia aquellas instituciones educativas que por sus características, requieren que se priorice la implementación de dicha jornada.

Los Programas de Jornada Escolar Complementaria, estarán dirigidos específicamente a los estudiantes. Los docentes que presten sus servicios para la ejecución de los mismos, podrán ser pagados por las Cajas de Compensación Familiar, con cargo a los recursos de estos.

***Parágrafo:** Los programas de jornada escolar complementaria se desarrollarán durante el año escolar, en el horario contrario al destinado para las actividades pedagógicas. Las actividades podrán realizarse dentro o fuera de la institución, de acuerdo con la programación de las cajas de compensación.*

Estatutos de la Caja de Compensación Familiar COMFACASANARE

El artículo 7 de los estatutos de COMFACASANARE señala los objetivos que debe cumplir esta caja en atención a su objeto social:

«ARTICULO 7º. OBJETIVOS. *La Caja de Compensación Familiar de Casanare cumplirá con los siguientes objetivos:*

- a. Administrar el subsidio familiar como prestación social pagadera en dinero, especie o servicios, a los trabajadores afiliados.*
- b. Organizar y administrar programas para el reconocimiento y pago del subsidio familiar para la prestación de los servicios sociales autorizados por ley, y adelantar planes de extensión del subsidio familiar en dinero, especie y servicios dirigidos a los trabajadores afiliados de menores recursos.*
- c. Recaudar los aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, la Escuela Superior de Administración Pública –ESAP- y los Institutos Técnicos, conjuntamente con los recaudos para el subsidio familiar.*

Ahora bien, para efectos de resolver el punto de la reconocida idoneidad de COMFACASANARE a la luz del marco normativo expuesto en precedencia para celebrar y ejecutar el convenio de cooperación 001 de 14 de mayo de 2012, la Sala considera imperioso transcribir textualmente el objeto del convenio acordado en la cláusula primera:

«CLAUSULA PRIMERA. OBJETO: *AUNAR ESFUERZOS PARA GARANTIZAR EL SERVICIO DE RESTAURANTE ESCOLAR A SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO (62.895) ESTUDIANTES DEL DEPARTAMENTO DE CASANARE PARA LA AMPLIACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO».*

Al analizar los objetivos y funciones conferidos por la ley a las cajas de compensación familiar, se advierte que, en forma general, tienen que ver con

funciones de seguridad social, específicamente todo lo atinente al recaudo, distribución y pago de los aportes destinados al subsidio familiar en especie o servicios; ejecutar actividades relacionadas con la protección y la seguridad social a través de alianzas estratégicas con otras cajas de compensación o con otras entidades especializadas públicas o privadas; administrar las actividades de subsidio en dinero, recreación social, deportes, turismo, centros recreativos y vacacionales, viviendas de interés social, créditos, jardines sociales, programas de atención integral para niños y niñas de 0 a 6 años, programas de jornada escolar complementaria, atención a la tercera edad y programas de nutrición materno infantil, a través de los programas que correspondan a cada caja, entre otras.

Ahora bien, en punto a la definición que sobre «reconocida idoneidad» establece el Decreto 1403 de 1992, la Sala debe verificar si COMFACASANARE, como entidad privada sin ánimo de lucro, tenía la capacidad técnica y administrativa para preparar y distribuir 62.895 almuerzos a estudiantes de las instituciones educativas del departamento del Casanare.

La Sala considera que si bien las Cajas de Compensación Familiar pueden tener la capacidad jurídica para celebrar convenios de cooperación relacionados con la ejecución de sus programas de nutrición infantil y materno infantil como objetivo específico de atención integral a la niñez de la primera infancia, conforme a la Ley 789 de 2002 y su Decreto Reglamentario 1729 de 2008, en el caso bajo examen, como pasará a demostrarse, COMFACASANARE carecía de la capacidad técnica y administrativa exigida en el Decreto 1403 de 1992 para cumplir el requisito de «reconocida idoneidad» en la preparación y distribución simultánea de 62.895 almuerzos, para garantizar el servicio de restaurante escolar a igual número de estudiantes del departamento de Casanare, lo cual fue el objeto del convenio de cooperación 001 de 14 de mayo de 2012.

Al respecto debe mencionarse que de acuerdo a la visita especial practicada el día 30 de noviembre de 2012 por funcionarios de la Procuraduría General de la Nación a las dependencias de la Caja de Compensación Familiar de Casanare – COMFACASANARE-, con el objeto de verificar la idoneidad técnica y administrativa de ésta para el cumplimiento del convenio de cooperación 001 celebrado el 14 de mayo de 2012, respecto de la preparación y distribución de las raciones alimentarias a los estudiantes de las diferentes instituciones educativas del departamento de Casanare, se estableció que esta caja no tenía la infraestructura ni las condiciones técnicas y operativas para la manipulación y elaboración de alimentos (fols. 143 a 148 cuad. ppal).

A esta conclusión se llega por cuanto en la visita realizada los funcionarios comisionados le solicitaron al señor Gustavo Ernesto Ayala Leal, gerente de COMFACASANARE, se dirigieran al sitio u oficina dispuesto para adelantar las labores propias de ejecución del objeto convenido con la gobernación del Casanare, a lo que el referido funcionario propuso realizar un recorrido por las distintas sedes de COMFACASANARE, visitándose un total de seis (6), pero que

de acuerdo con la relación de actividades desplegadas en cada sede, en ninguna de ellas se advierte la existencia de una infraestructura de tipo técnico, logístico y de recurso humano para el cumplimiento del objeto convenio, esto es, garantizar la prestación del servicio de restaurante escolar a una población estudiantil importante del departamento de Casanare, específicamente la infraestructura logística para preparar y distribuir las raciones alimentarias en condiciones sanitarias y nutricionales adecuadas, cumpliendo con lo estándares nutricionales, como quedó establecido en el convenio (fol. 82 cuad. anexo 3).

Amen de lo anterior, el objeto del convenio corresponde a un componente del proyecto formulado por la Secretaría de Educación del departamento de Casanare denominado «*AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA, PERMANENCIA PARA LA OFERTA Y DEMANDA DEL SERVICIO EDUCATIVO EN EL DEPARTAMENTO DE CASANARE*» según se advierte de los estudios previos y de las consideraciones plasmadas por el propio acto jurídico (fols. 81 y 101 cuad. anexo 3), luego no puede considerarse, como lo afirma la defensa, que el objeto del convenio acordado corresponda a la ejecución de un programa que haya sido formulado por COMFACASANARE dentro de la política pública de primera infancia, a la que alude el Decreto 1729 de 2008, reglamentario del artículo 16 de la Ley 789 de 2002 y que la caja haya buscado «aunar esfuerzos» con el ente territorial para ejecutar un programa propio.

Debe la Sala precisar y aclarar a los apoderados y disciplinado con lo expuesto en precedencia que en ningún momento se ha manifestado ni se puede inferir que las cajas de compensación familiar, como personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, no puedan celebrar convenios de cooperación y asociación con entidades públicas con fundamento en las previsiones del artículo 355 Constitucional y los Decretos Reglamentarios de origen Constitucional 777 de 1992 y 1403 de mismo año, así como en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, pues ellas gozan de capacidad jurídica para la suscripción de estos actos jurídicos, sino que deben cumplir, entre otros, con el requisito de la «reconocida idoneidad» para impulsar un plan o programa de interés que se encuentre acorde con el respectivo plan de desarrollo del ente territorial.

De esta forma queda demostrado que COMFACASANARE no tenía la capacidad técnica y administrativa para garantizar el servicio de restaurante escolar para preparar y distribuir 62.895 almuerzos a estudiantes de las instituciones educativas del departamento del Casanare que pudiese predicar de aquella la «reconocida idoneidad» para ejecutar las labores propias del convenio, siendo prueba fehaciente de ello que COMCASANARE procedió a contratar la totalidad de las obligaciones acordadas en el convenio de cooperación 001 de 14 de mayo de 2012.

En efecto, una vez suscrito el convenio de cooperación, COMFACASANARE procedió a adelantar una convocatoria pública con el objeto de seleccionar el operador logístico para la preparación y distribución de almuerzos escolares para

los mismos 62.895 estudiantes de las instituciones educativas del departamento de Casanare, durante 120 días, para la ampliación y sostenibilidad de la prestación del servicio educativo, en ejecución del convenio 001 del 14 de mayo de 2012 (fols. 72 a 120 cuad. anexo 2).

A dicha convocatoria presentó únicamente la propuesta de la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, representada legalmente por Eddie Yovanny Millán y que de acuerdo al documento de conformación se encuentra integrada así (fols. 24 a 27 cuad. anexo 1):

El Grupo Galvis y Payares S.A.S. con participación en el manejo administrativo, técnico, operativo y financiero de las actividades pactadas para los municipios de Aguazul, Monterrey Sabanalarga y Villanueva del departamento del Casanare, con un compromiso del 25%;

La firma **Company Service Food Ltda.**, con participación en el manejo administrativo, técnico, operativo y financiero de las actividades pactadas en los municipios de Yopal, Maní, Tauramena, Chameza y Recetor del departamento del Casanare, con un compromiso del 36% y, la última;

Ferry Services Ltda., participando en el manejo administrativo, técnico, operativo y financiero de las actividades pactadas para los municipios de Pore, Paz de Ariporo Aguazul, Monterrey Sabanalarga y Villanueva del departamento del Casanare, con un compromiso del 39%.

Finalmente el 31 de mayo de 2012, la Caja de Compensación Familiar de Casanare –COMFACASANARE–, representada legalmente por el señor Gustavo Ernesto Ayala Leal, suscribió el contrato de suministro No. 685 con la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, cuyo objeto consistió en la «...*PREPARACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE ALMUERZOS ESCOLARES PARA 62.895 ESTUDIANTES DE LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS DEL DEPARTAMENTO DE CASANARE DURANTE 120 DÍAS, PARA LA AMPLIACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO, EN EJECUCIÓN DEL CONVENIO NO. 001 DEL 14 DE MAYO DE 2012...*», por un valor de dieciséis mil seiscientos noventa y cuatro millones ochocientos cuarenta y ocho mil ochocientos pesos (\$16.694.848.800,00), con un plazo de ejecución de ciento veinte (120) días calendario escolar, contados a partir del acta de iniciación, previa aprobación de las garantías (fols. 162 a 169 cuad. Anexo 2).

Como se advierte tanto del convenio de cooperación 001 de 2012 celebrado entre el departamento de Casanare y COMFACASANARE (fols. 81 a 90 cuad. anexo 3), como del contrato de suministro No. 685 de 2012, suscrito a su vez entre esta caja de compensación y la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012 (fols. 162 a 169 cuad. anexo 2), **el objeto es el mismo y las obligaciones acordadas por las partes son las mismas, para lo cual la Sala se remite al paralelo realizado por el a quo en el auto de cargos y citación a audiencia de 26 de septiembre de 2012, en el que se**

esquemataron y compararon las obligaciones contraídas por las partes en cada acuerdo de voluntades, para efectos de hallar las similitudes.

De dicho cotejo realizado entre los dos acuerdos de voluntades, Convenio de 001 de 2012 Gobernación del Casanare- COMFACASANARE y Contrato de Suministro No 685 celebrado el 31 de mayo de 2012 entre la precitada caja de compensación y la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, se advierte que en las cláusulas relacionadas con el objeto y las obligaciones de las partes, las diferencias de redacción son mínimas se cambian algunas palabras, pero la razón de ser y su naturaleza intrínseca se mantiene, razón para que se pueda afirmar que COMFACASANARE se limitó a traspasar a un tercero las obligaciones originalmente adquiridas con el departamento del Casanare con quien se obligó a aunar esfuerzos.

Reitera la Sala que este es uno de los argumentos por los cuales no pueden ser de recibo las alegaciones de la defensa al afirmar la existencia de la reconocida idoneidad de COMFACASANARE para ejecutar el objeto pactado, cuando los hechos demuestran precisamente lo contrario.

Una vez establecidas las similitudes del objeto y las obligaciones contraídas por COMFACASANARE como entidad cooperante en el convenio, así como las obligaciones de la Unión Temporal en el contrato de suministro, debe la Sala señalar como conclusión a este punto que si la caja procedió a celebrar el contrato de suministro 685 el día 31 de mayo de 2012 con un tercero (Unión Temporal Alimenta Casanare 2012) con el mismo objeto e idénticas obligaciones a las señaladas en el convenio de cooperación 001 de 14 de mayo de 2012, era porque carecía de la «reconocida idoneidad» para preparar y distribuir los almuerzos escolares a un número considerable de estudiantes del departamento del Casanare o, en otras palabras, se encuentra demostrado en forma palmaria en el proceso que la referida caja de compensación familiar no tenía la idoneidad de tipo técnico y administrativo que acreditara la experiencia con resultados satisfactorios con el fin de impulsar un programa o actividad de interés público, acorde con la definición que sobre «reconocida idoneidad» trae el Decreto 1403 de 1992.

Lo anterior es así, por cuanto el convenio 001 de 2012 era de cooperación, lo cual comportaba que COMFACASANARE debía tener la capacidad técnica y operativa para ejecutar ella misma el objeto convenido, conforme a la reconocida idoneidad y experiencia para impulsar programas y actividades de interés público, como lo exige el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, desarrollado por el inciso tercero del artículo 1 del Decreto 777 de 1992.

Como bien lo señaló el a quo en el fallo objeto de impugnación, el objeto del convenio no refería a la gerencia de proyectos, ni se estaba contratando un integrador comercial o la intermediación contractual para que la caja seleccionara a un tercero contratista para que ejecutara lo convenido, que en últimas fue lo que ocurrió, pues ante la falta de idoneidad COMFACASANARE procedió a subcontratar las obligaciones que previamente había contraído con la gobernación

del departamento de Casanare, al celebrar el contrato de suministro 685 de 31 de mayo con la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, que en últimas fue quien se obligó a la preparación y distribución de almuerzos a 62.895 estudiantes de las instituciones educativas de dicho ente territorial.

No le asiste razón al disciplinado y su apoderado en el sentido que con la sola intermediación y tercerización del objeto contractual se estaba realizando gerencia del proyecto, para lo cual la entidad COMFACASANARE contaba con reconocida idoneidad, a lo que la Sala debe señalar que esa gerencia, control, verificación y seguimiento a la ejecución del objeto contratado es una función que el departamento de Casanare estaba en capacidad de ejecutar, a tal punto que la supervisión estuvo a cargo de funcionarios departamentales y la interventoría fue contratada.

Contraprestación directa a favor de la entidad pública como presupuesto de improcedibilidad de aplicación del Decreto 777 de 1992 en los contratos de cooperación y/o asociación que celebren las entidades públicas

El Decreto 777 de 1992 estableció en su artículo 2º cinco (5) eventos en los que no se aplica este régimen contractual, es decir, no rige la contratación directa y el sometimiento al derecho privado para los convenios de cooperación y/o de asociación, entre los cuales la Sala destaca:

«Artículo 2º. Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto:

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

(...)

5.<Numeral adicionado por el artículo 3º. del Decreto 1403 de 1992. El texto es el siguiente:> Los contratos que de acuerdo con la ley celebre la entidad pública con otras personas jurídicas, con el fin de que las mismas desarrollen un proyecto específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con las precisas instrucciones que esta última les imparta (subrayado, negrillas y cursivas de la Sala).

Respecto a la excepción consignada en el numeral primero del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, la Sala considera imperioso determinar cuando un contrato implica una «contraprestación directa» a favor de una entidad pública y cuando no, para lo cual debe señalarse que los contratos que describe el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como son los contratos de obra, prestación de servicios, consultoría concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública, comportan una categoría de actos jurídico-negociales que benefician en forma directa a la entidad estatal, por cuanto es ésta la que recibe el beneficio por el cual ella misma paga, no obstante que indirectamente beneficie a la comunidad.

Además, para la suscripción de este tipo de contratos nominados, deben previamente agotarse los requisitos y formalidades previstas en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, en relación con los procedimientos de selección como la licitación pública, selección abreviada, mínima cuantía, etc., lo cual quiere decir que en estos casos no es aplicable el régimen especial contenido en el Decreto 777 de 1992.

Ahora bien, situación diferente acontece cuando las actividades o programas no benefician directamente a la entidad estatal sino a las personas naturales o jurídicas privadas sin ánimo de lucro, casos en los cuales no existe contraprestación directa a favor del ente público, siendo en este caso procedente la aplicación del régimen jurídico contractual previsto en el Decreto 777 de 1992.

La tipología de los contratos mencionados en precedencia y que corresponden a los propios de la entidad estatal, la benefician a esta en forma directa, lo cual quiere ello decir que el bien o servicio contratado debe servir a la propia entidad estatal y de forma indirecta a la comunidad, con lo cual se puede decir sin lugar a equívocos que una cosa es celebrar contratos que benefician a la entidad estatal, es decir, donde existe una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y otra muy diferente consiste en celebrar contratos que benefician a las entidades privadas sin ánimo de lucro.

En punto a lo anterior, no debe la Sala pasar por alto que la finalidad del Decreto 777 de 1992 es impedir que las entidades privadas sin ánimo de lucro contraten con el Estado para prestarles servicios a éste, pues lo que se pretende evitar es una competencia con las entidades privadas con ánimo de lucro que tiene su estatuto propio de contratación en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, con aquellas que contratan bajo la modalidad de contratación directa bajo su estatuto propio, garantizando con ello que los servicios de las entidades sin ánimo de lucro en ningún caso puedan tener como destinatario al Estado sino a terceros, con lo cual es forzoso concluir que no puede haber contraprestación directa a favor de la entidad Estatal por parte de ninguna persona natural o jurídica privada sin ánimo de lucro, dado que su régimen contractual no les permite competir con entidades con ánimo de lucro.

El propio Consejo de Estado, en su Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejero ponente Yesid Rojas Serrano, al declarar la constitucionalidad del inciso 1º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992, reglamentario del artículo 355 de la Constitución Política, sostuvo en sentencia de 26 de febrero de 1993, que:

(...)

«Finalmente queda por señalar que los contratos a que se refiere el inciso 1º del artículo 2º del Decreto 777 de 1992 son los que implican una conducta de parte del contratista directamente en beneficio de la entidad contratante (entidades administrativas territoriales), distintos de los que las entidades públicas pueden celebrar con personas

privadas sin ánimo de lucro, sin que ello implique una prestación en favor de la Nación, el departamento, el distrito o municipio respectivo, sino que tienen por objeto beneficiar a la comunidad, pues deben estar enderezados a impulsar programas y actividades de interés público, acordes con el Plan Nacional o los Planes Seccionales de Desarrollo, de allí que aquéllos sean excluidos por el mismo artículo 2º acusado de la aplicación del decreto del cual hace parte dicha disposición.

Igualmente, la misma corporación de lo contencioso administrativo emitió el concepto de 24 de febrero de 2005 dentro del radicado 1.626 con ponencia de la Consejera Gloria Duque Hernández, en uno de cuyos apartes sostuvo:

(...)

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

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

Bajo estas previsiones de orden legal y doctrinal lo que debe la Sala aquí verificar es si la preparación y distribución de almuerzos a estudiantes del departamento de Casanare correspondió a un programa o actividad de interés público de COMFACASANARE que demandaba la acción «benéfica» del Estado a través de la gobernación del departamento de Casanare, o si por el contrario, era una actividad, programa o proyecto específico del mencionado ente territorial que correspondía al giro normal de las funciones propias del ente territorial que demandaba una contraprestación económica a favor de la entidad.

Respecto a este punto debe responder la Sala que el servicio de restaurante escolar para 62.895 estudiantes del departamento de Casanare, específicamente la preparación y distribución de almuerzos, hace parte de un proyecto formulado por la gobernación del departamento del Casanare a través de su Secretaría de Educación.

En efecto, de acuerdo a los estudios previos del convenio de cooperación 001 del 14 de mayo de 2012, elaborados por la Oficina Asesora Jurídica y la Secretaría

General de la Gobernación del Casanare, se advierte que lo convenido corresponde al proyecto denominado «*AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA, PERMANENCIA PARA LA OFERTA Y DEMANDA DEL SERVICIO EDUCATIVO EN EL DEPARTAMENTO DE CASANARE*», en la que se plasmó como componente del mismo «*2. Dotación. Otorgar atención alimentaria a la población en edad escolar de los institutos educativos para garantizar la permanencia*» y como producto del objeto a contratar «*Garantizar a SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO (62.895) estudiantes el servicio de restaurante escolar*» (fol. 101 cuad. anexo 3).

Dentro del acápite «*2.1 DESCRIPCIÓN DE LA NECESIDAD*», el estudio señaló que dicha necesidad se plasmó a través del programa de gobierno «*La que Gana es la Gente 2012-2015*» sector de la educación, que contempla crear incentivos que faciliten el acceso y la permanencia de la población en cualquier nivel de la formación educativa, el cual sería objeto de consolidación en el Plan de Desarrollo «*La que Gana es la Gente 2012-2015*», por considerar que los padres de familia de los estudiantes no cuentan con los recursos económicos suficientes que garanticen la permanencia de sus hijos en el sistema educativo y de esta forma se da continuidad a la estrategia de permanencia educativa (fols. 102 cuad. anexo 3).

A su vez, en el numeral 1º de las consideraciones efectuadas en el convenio 001 de 14 de mayo de 2012 se estableció que la Secretaría de Educación del departamento de Casanare había formulado el proyecto con el nombre «*AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA, PERMANENCIA PARA LA OFERTA Y DEMANDA DEL SERVICIO EDUCATIVO EN EL DEPARTAMENTO DE CASANARE*» enmarcado dentro del programa de gobierno «*La que Gana es la Gente 2012-2015*», el cual pretende garantizar el servicio de restaurante escolar a 62.895 estudiantes del departamento. En la cláusula décima primera del mismo convenio se pactó que «*...Las erogaciones que se causen en la ejecución del presente convenio, están respaldadas por el DEPARTAMENTO según el Certificado de Disponibilidad Presupuestal 121069 de fecha 25 de Abril de 2012, con cargo a los rubros 5.SR11M20501010010102 y 5.SGAL.20501010010104...*» (fol. 89 cuad. anexo 3), lo cual quiere decir de acuerdo a los estudios previos y al propio acto jurídico que la fuente de los recursos del departamento de Casanare corresponden a «*Saldo de Regalías Petroleras del artículo 144 del Decreto 4923 de 2011 y Sistema General de Participaciones-Alimentación Escolar*».

Conforme a lo anterior, al ser un proyecto formulado por la Secretaría de Educación del departamento de Casanare, no puede considerarse la preparación y distribución de raciones alimentarias a los estudiantes de esta entidad territorial como la impulsión de una actividad o un programa de interés público que se haya originado en COMFACASANARE dentro de una política pública de primera infancia con fundamento en el Decreto 1729 de 2008, reglamentario de la Ley 789 de 2002, como erradamente lo sostiene el disciplinado en su libelo de alegatos, como quiera que el componente del proyecto elaborado por el departamento consiste en otorgar atención alimentaria a la población en edad escolar de los institutos educativos para garantizar la permanencia.

contraprestación económica a su favor, en el sentido que la entidad estatal recibió el beneficio por el cual pagó, así indirectamente fuera la comunidad educativa la beneficiada con la ejecución del proyecto, a la vez que COMFACASANARE recibió los dineros con el cual procedió a subcontratar las obligaciones contraídas en el convenio.

Por lo anteriormente expuesto, teniendo en cuenta el objeto acordado en el convenio 001 de 14 de mayo de 2012, el señor Nelson Ricardo Mariño Velandia debía adelantar una licitación pública como procedimiento de selección dadas las condiciones del contrato y la cuantía del mismo, conforme a lo previsto en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y demás normas que las reglamentan y adicionan, pues al existir una contraprestación directa a favor del departamento del Casanare, como en efecto ocurrió, ello quiere decir que el proyecto podía ejecutarse también por una empresa privada con ánimo de lucro dentro del marco de los principios de igualdad, transparencia y libre concurrencia que tienen todas las personas interesadas en intervenir en la actividad contractual del Estado.

Es así como el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 establece que en virtud del principio de eficiencia y transparencia, la escogencia del contratista debe efectuarse con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa con fundamento en reglas establecidas; en consecuencia se trata de una regla general sin que por ello los administradores puedan interpretar artificiosamente las causales de la contratación que son taxativas para cada caso, así como tampoco emplear indebidamente otros mecanismos legales para violar el principio general enunciado, significándose con ello la prohibición de eludir los procesos de selección.

Ahora bien, la selección objetiva del contratista implica la realización de un proceso de selección que conlleve a escoger la propuesta más favorable para la entidad y los fines que ella busca, por lo que el Estatuto Contractual contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, previeron una serie de procedimientos tendientes al logro de este objetivo que por regla general se ajusta a los lineamientos establecidos para la licitación, concurso público, selección abreviada y excepcionalmente el procedimiento de contratación directa, modalidades de selección que garantizan la selección objetiva del contratista.

TIPICIDAD DE LA CONDUCTA DEL PRIMER CARGO

Teniendo en cuenta el marco Constitucional y legal de los convenios de cooperación y/o asociación de los que trata el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política y los Decretos 777 y 1403 de 1992, la Sala encuentra objetivamente demostrado que el gobernador del departamento de Casanare, Nelson Ricardo Mariño Velandia, no contaba con los presupuestos legales para suscribir el convenio de cooperación No. 001 de 2012 con la Caja de Compensación Familiar de Casanare –COMFACASANARE–, bajo la modalidad de

contratación directa y exceptiva establecida para los convenios de cooperación y/o asociación en las normas aquí señaladas.

Lo anterior por cuanto al corresponder la preparación y suministro de alimentos a la población educativa del departamento de Casanare una necesidad propia del ente territorial y desarrollo de un proyecto consignado en el plan de gobierno formulado por el mandatario seccional, ello comportaba una contraprestación a su favor y no el impulso de un programa o actividad propio de la caja de compensación de Casanare a través de la acción «*benéfica*» del departamento, evento que se enmarca o adecua en la excepción a la aplicación del Decreto 777 de 1992 en su artículo 2 numeral 1 que a la postre resultó desconocido e inobservado por el mandatario seccional, por cuanto los convenios de cooperación tienen como propósito aunar esfuerzos sobre intereses que son comunes a las partes y no su beneficio patrimonial, como ocurre normalmente frente a los demás contratos que se suscriben con los particulares.

Amen de lo anterior y no obstante que COMFACASANARE, conforme a la ley y sus estatutos, es una persona jurídica de carácter privado sin ánimo de lucro, no gozaba de la «reconocida idoneidad» para ejecutar el objeto convenido, al punto que subcontrató las obligaciones previamente adquiridas con el departamento, dado que procedió a suscribir el contrato de suministro No. 685 de 31 de mayo de 2012 con la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, en el que se pactaron las mismas obligaciones previamente convenidas en el convenio.

Para la Sala no cabe duda que al pretermirse la observancia y cumplimiento de los presupuestos Constitucionales y legales aquí reseñados, al celebrar el convenio de cooperación 001 de 14 de mayo de 2012 con la Caja de Compensación Familiar de Casanare –COMFACASANARE–, el gobernador del departamento de Casanare, Nelson Ricardo Mariño Velandia, eludió la regla general de la licitación pública como mecanismo de selección de contratistas, dada las condiciones del objeto a contratar y la cuantía del mismo.

En efecto, como una manifestación de este principio, el numeral 8 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 establece ciertos deberes especiales que deben cumplir los servidores públicos, entre los cuales refiere a que su conducta debe ceñirse al principio de legalidad y a la finalidad del interés público, estableciendo que no deben actuar con abuso o desviación de poder y que, por el contrario, deben cumplir los procedimientos de selección y los requisitos establecidos en el estatuto para la contratación, razón por la cual el principio de transparencia en materia de contratación del Estado debe entenderse como un principio de carácter general aplicable a la totalidad de los mecanismos de selección de contratistas establecidos por el legislador, tendientes a garantizar la imparcialidad y la escogencia objetiva del contratista, en aras de escoger la propuesta más favorable a la entidad y a los fines por ella perseguidos, todo dentro de un marco de igualdad y libre concurrencia de quienes pretendan participar en la actividad contractual del Estado.

En el caso concreto, la Sala advierte la inobservancia y pretermisión de este principio, en el sentido que el mandatario seccional de Casanare, ante la inviabilidad de suscribir el convenio de cooperación por las razones aquí analizadas, debió ejecutar por sí misma los recursos de su presupuesto, adelantando el proceso licitatorio de selección establecido legalmente en las normas de contratación de acuerdo a la naturaleza del contrato y su cuantía, y no acudir a un tercero bajo la modalidad del convenio de cooperación por contratación directa, para que a su vez subcontratara con quien sí tenía la «reconocida idoneidad» y experiencia para ejecutar las labores previamente convenidas, como en efecto ocurrió.

Por lo anterior, el disciplinado no ejerció su competencia dentro de la actividad contractual conforme a los fines previstos en la propia ley, además que le estaba prohibido eludir el procedimiento de selección objetiva del contratista y que para el presente caso correspondía a la licitación pública, mecanismo de selección al que no se acudió y que atentó el principio de transparencia de la contratación.

Lo anterior se explica por cuanto al haber acudido el disciplinado a otra modalidad de contratación, como fue la contratación directa por modalidad de convenio de cooperación, se impidió adelantar una escogencia objetiva del contratista, omitiéndose la realización de procesos administrativos tendientes a garantizar la participación, en un plano de igualdad, de todas aquellas personas que estuvieran en condiciones administrativas, técnicas, económicas y financieras de garantizar la ejecución de los trabajos requeridos por la administración departamental de Casanare, los cuales se traducen en la preparación y distribución de 62.895 almuerzos a estudiantes de instituciones educativas de dicho ente territorial en orden a satisfacer el interés general.

No obstante el señor Mariño Velandia se inclinó a ejercer su discrecionalidad frente a la escogencia de la Caja de Compensación Familiar de Casanare – COMFACASANARE- como supuesto cooperante, desconociendo con ello que todos los procedimientos de selección objetiva en materia de contratación estatal se caracterizan por ser de naturaleza reglada, lo cual reduce al máximo el campo de discrecionalidad en el entendido que las normas que los desarrollan, como son la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, deben ser aplicadas en forma estricta y sin ningún tipo de discrecionalidad o liberalidad por parte de los titulares de la función administrativa, específicamente por los ordenadores del gasto.

Es precisamente por este desconocimiento de reglas y procedimientos de selección en la contratación del Estado que el disciplinado desconoció también el principio de responsabilidad, contenido en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, en cuyos numerales 1, 2, 4 y 5 señalan que los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal e igualmente que los servidores públicos responden por sus actuaciones y omisiones ya que deben estar presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los

diligente y positivamente dentro del marco de las competencias legales atribuidas como representante legal y director de la actividad contractual dentro del departamento de Casanare, protegiendo o tutelando el bien jurídico de la función pública, dado que se trata del desconocimiento sustancial del deber funcional del disciplinado consistente en adelantar el proceso licitatorio, como mecanismo general y reglado de selección de contratistas establecido en las leyes de contratación, con el fin de garantizar la transparencia, igualdad, imparcialidad y libre concurrencia de quienes pretendan contratar con el departamento la preparación y distribución de alimentos a estudiantes del departamento y de contera seleccionar la propuesta más favorable para este.

Por lo anterior, el disciplinado inobservó los principios de legalidad, transparencia y responsabilidad de la contratación estatal, derivándose con ello la antijuridicidad sustancial de su proceder, en el entendido que con la suscripción del convenio 001 de 14 de mayo de 2012 por el mecanismo exceptivo de la contratación directa con fundamento en el Decreto 777 de 1992, desarrollo del inciso segundo del artículo 355 Constitucional, el disciplinado desnaturalizó la figura jurídica de los convenios de cooperación.

En consideración a lo anterior, la Sala comparte los argumentos del a-quo en el sentido de la existencia objetiva de la conducta reprochada como falta disciplinaria en el primer cargo formulado al disciplinado.

ANALISIS DE CULPABILIDAD CONDUCTA DESCRITA EN EL PRIMER CARGO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, en materia disciplinaria las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

Para que una conducta sea imputada a título de dolo, el servidor público tuvo que haber tenido conocimiento de que su acción u omisión generaba una infracción al deber funcional (elemento cognoscitivo), pese a que le correspondía actuar conforme a este y orientar su voluntad a la realización del hecho (elemento volitivo).

Ahora bien, una conducta se despliega a título de culpa cuando los supuestos fácticos de esta se realizan sin el conocimiento actual del deber infringido por parte del sujeto, es decir, que desconoció cuando estaba en situación de conocerlos.

En el caso en examen y de acuerdo al acervo probatorio acopiado al proceso, advierte la Sala que el disciplinado Mariño Velandia no tuvo en cuenta las mínimas medidas de precaución tendientes a verificar que, en atención a la naturaleza y cuantía de lo que se pretendía contratar, el contratista debía haberse seleccionado a través de la licitación pública si se tiene en cuenta que en su condición de garante y director de la actividad contractual y de los procesos de selección de

contratistas al interior del departamento del Casanare, le exigía actuar con la mayor diligencia y el debido cuidado al momento de abordar la celebración del convenio censurado, no obstante procedió a suscribir la minuta de convenio que le sometieron a su consideración, sin verificar si realmente se ajustaban a los parámetros de escogencia previstos en la ley y decretos reglamentarios.

Lo anterior, por cuanto la función del disciplinado no se agotaba con la simple revisión formal de la actuación contractual sometida a su consideración por parte de sus dependientes o que diera por cierto lo que estos realizaran en la etapa precontractual, sino que en su condición de jefe de la entidad territorial debía verificar su cumplimiento como responsable de la dirección y manejo de la actividad contractual y de los procesos de selección, la cual no podía ser trasladada a las secretarías, comités, juntas u oficinas adscritas a su despacho, conforme a la filosofía del legislador vertida en el artículo 26 numeral 5 de la Ley 80 de 1993, más aún cuando, como sucedió en el presente caso, la función de celebrar contratos fue realizada directamente por el propio disciplinado quien debía asegurarse de aplicar la modalidad o escogencia prevista por el legislador.

En este orden de ideas, la Sala comparte la imputación de la conducta a título de **culpa gravísima, por desatención elemental**, que hiciere el a quo en el fallo de instancia, conforme al parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, toda vez que teniendo en cuenta la importancia social del proyecto a ejecutar y el costo económico del mismo, el disciplinado no actuó con la mínima y debida diligencia y deber objetivo de cuidado que le era exigible al momento suscribir el convenio de cooperación 001 de 14 de mayo de 2012 con la Caja de Compensación Familiar de Casanare, pues no realizó lo que resultaba imprescindible y primordial en ese momento como era cerciorarse que la modalidad de selección a aplicar fuera la prevista por el ordenamiento jurídico para las labores que se procuraba contratar.

No obstante, el disciplinado desatendió este deber al proceder discrecionalmente a seleccionar a COMFACASANARE para que se encargara de ejecutar las labores de elaboración y distribución de 62.895 almuerzos para estudiantes del departamento, a través de la celebración de un convenio de cooperación bajo la modalidad de contratación directa, sin percatarse e indagar que dicha caja no contaba en ninguna de sus sedes y oficinas con las condiciones e infraestructura necesarias para manipular los alimentos, como tampoco contaba con centros de acopio para los mismos, no obstante que estos requerimientos se habían considerado en los estudios previos (fol. 109 cuad. anexo 3), aspectos que inequívocamente conllevaban a advertir la subcontratación de las actividades propias del convenio, lo que efectivamente ocurrió, al celebrar COMFACASANARE el contrato de suministro 685 del 31 de mayo de 2012 con la Unión Temporal Alimentaria Casanare 2012.

Por último debe la Sala considerar que independientemente que al interior de una entidad departamental existan varias dependencias que intervengan en los procesos contractuales, verbi gracia como las oficinas jurídicas, la oficina de

planeación, los secretarios de despacho, secretaría general y oficina de compras, entre otras, a quienes desde luego les puede asistir responsabilidad desde la óptica de sus deberes funcionales en el marco de la contratación, el legislador como manifestación del principio de responsabilidad y como mecanismo para impedir que las responsabilidades se diluyeran, como ocurría en pasados estatutos de contratación (Decreto 222 de 1983), determinó que la responsabilidad y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección fuera del jefe o representante legal de la entidad pública.

Como bien lo destaca el a quo, si bien es cierto los estudios previos fueron elaborados por la oficina jurídica y la secretaria general del departamento, la irregularidad se consuma al momento en que el mandatario seccional suscribe el convenio de cooperación sin que se cumplieran los requisitos legales, pues dada su condición de representante legal y responsable de la actividad contractual, le imponía el deber de escoger cuidadosamente el proceso de selección que debía aplicar en este caso.

«CARGO SEGUNDO AL DOCTOR NELSON RICARDO MARIÑO VELANDÍA

V.2. En su condición de Gobernador del Casanare suscribió el convenio de cooperación N° 001 del 14 de mayo del 2012 con COMFACASANARE, por valor de \$ 18.294.885.400.00, de los cuales el ente territorial aportó la suma \$17.894.885.400. Como quiera, que COMFACASANARE para cumplir con el objeto del convenio suscribió, el contrato de suministro N° 685, del 31 de mayo del 2012 con la UNIÓN TEMPORAL ALIMENTA CASANARE 2012, por un valor \$16.694.848.800.ºº con el mismo objeto del convenio de cooperación, presentándose una diferencia por un valor de \$1.200.036.600, se generó en la intermediación, además de la tercerización presuntamente innecesaria de la contratación de COMFACASANARE, un mayor gasto para el departamento, por concepto de atención del servicio de almuerzos escolares para estudiantes del ente territorial del Casanare durante la vigencia fiscal del 2012».

Con la anterior conducta, el a quo consideró vulnerados los artículos 6 y 209 de la Constitución Política; 24 numeral 8º, 25 numeral 4, 26 numerales 1, 2, 4 y 5 de la Ley 80 de 1993; 1, 14 y 24 del Manual de Funciones del cargo de gobernador del departamento de Casanare; pretermisión con la que se pudo incurrir en falta disciplinaria conforme a lo previsto en los artículos 34 numeral 1 y 35 numeral 1 de la Ley 734 de 2002.

En cuanto a la imputación subjetiva de la conducta, el a quo consideró tanto en el auto de citación a audiencia como en el fallo de instancia, que existió una culpa gravísima por desatención elemental, conforme lo dispone el parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, por no darse cuenta que las condiciones propuestas por COMFACASANARE, para la celebración del convenio, conllevaba una subcontratación de la totalidad de las actividades objeto del contrato, y que por tanto se generaba un mayor gasto para la administración.

En cuanto a la calificación de la falta, dice tanto el auto de citación a audiencia como el fallo de instancia que esta conducta comporta la realización del tipo disciplinario incorporado en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, razón por la cual la calificó como gravísima.

PRESUPUESTOS FACTICOS Y JURIDICOS DEL SEGUNDO CARGO

La función pública, como servicio que prestan los servidores públicos a favor del Estado, se dirige especialmente a satisfacer los intereses generales, razón para deban ajustarse a unas reglas de rectitud en el ejercicio de sus funciones para proteger el interés público y los recursos del Estado en la contratación.

Los principios, por ser mandatos generales, se concretan o materializan en el cumplimiento de actividades muy precisas durante el procedimiento contractual y son útiles a la hora de definir cuál es la mejor decisión, el procedimiento o la solución que deba seguirse en aquellas situaciones imprevistas o complejas que se presentan en los trámites contractuales. Los principios sirven como una guía general de lo que debe hacerse en la contratación y de los fines que deben privilegiarse, los cuales no pueden ser otros que la satisfacción del interés y bienestar general.

El respeto de los principios de la contratación administrativa es un asunto que compete a todos los que intervienen en los procesos contractuales, respeto que se debe mantener no solamente en su procedimiento y en las actividades que se hayan previsto para la contratación sino también en todos aquellos momentos en que deba solucionarse cualquier situación imprevista o compleja relacionada con la contratación, ante lo cual los servidores públicos deben obrar con responsabilidad, de manera pública, eficiente y transparente, lo cual garantiza que se tomen las mejores decisiones, se proteja a la entidad de posibles responsabilidades y el sometimiento a la ley de todas las actuaciones contractuales.

En lo que toca con el caso en examen, del acervo probatorio acopiado al proceso en relación con la conducta descrita como falta en el segundo cargo, la Sala advierte la existencia de los siguientes hechos:

El 14 de mayo de 2012, el gobernador Nelson Ricardo Mariño Velandia suscribió el convenio de cooperación No. 001 de 2012 con la Caja de Compensación Familiar de Casanare –COMFACASANARE- por valor de \$18.294'885.400,00, de los cuales se pactó que el departamento de Casanare aportó la suma de \$17.894'885.400, según la cláusula cuarta del mismo acuerdo de voluntades (fols. 81 a 90 cuad. anexo 3).

El 31 de mayo de 2012, ~~COMFACASANARE~~ suscribió el contrato de suministro No. 685 de 31 de mayo del 2012 con la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, en el cual se pactó la ejecución del mismo objeto del convenio, es decir, ~~garantizar el restaurante escolar a través de la elaboración y distribución de~~

almuerzos a 62.895 estudiantes de instituciones educativas del departamento del Casanare, por un valor de \$16.694'848.800 (fols. 162-169 cuad. anexo 2), presentándose una diferencia \$1.200'036.600, en relación con el aporte efectuado por la gobernación al convenio, dado que la caja de compensación como cooperante se comprometió a aportar la suma de \$400'000.000, con el cual se completa el valor total del convenio en la suma de \$18.294'885.400.

Con relación al valor de \$17.894'885.400 aportado por la gobernación para asumir la totalidad de costos para la prestación del servicio de almuerzos escolares, la Sala observa que con esta sola cifra COMFACASANARE garantizaba el pago a la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012 el contrato de suministro con esta contratado por la suma de \$16.694'848.800, igualmente se asumieron otros ítems en el cual se relacionan otros aportes efectuados por la gobernación al convenio 001 de 2012, por la suma de \$815'119.200, quedando pendiente un valor sin soportar por \$384'917.400 para completar el valor total del aporte por parte de la gobernación de \$17.894'885.400 (fol. 195 del cuad. anexo 3)

Ahora bien, con el mayor valor pactado por el disciplinado a COMFACASANARE por la suma de \$1.200'036.600, se cubrirían los ítems de que trata el cuadro que justifica la suma de \$815'119.200 a que se aludió anteriormente y la suma de \$384'917.400 que no se encuentra debidamente soportada dentro del plenario, desconociéndose el destino que dicha caja daría a estos recursos, en el entendido que no se encuentran debidamente justificados en la ejecución del objeto pactado, constituyéndose en un mayor valor a favor de la caja de compensación como utilidad por concepto de la intermediación realizada.

La Sala comparte el análisis efectuado por el a quo respecto a los costos que se pretendían cubrir por la suma de \$815'119.200, el cual considera como un mayor gasto efectuado por parte de la gobernación, toda vez que se demuestra ampliamente que los conceptos de cada uno de los 10 ítems descritos en el cuadro aludido, estaban cubiertos en otros ítems establecidos en el valor de cada ración, es decir, la que la gobernación aportó dos veces el valor de este costo, razón por la cual estas cifras se encuentran incluidas en el cuadro que justifica los ítems de los \$815'119.200 y en el cuadro del valor por ración del contrato No. 685 de 2012.

Con relación a la afirmación de la defensa en el sentido que los \$1.200'036.600, corresponden a gastos de legalización, se debe tener en cuenta que al revisar el contenido del cuadro de aportes obrantes que obra a folio 303 del cuaderno anexo 3, se observa claramente que las partes no pactaron que COMFACASANARE asumiera ningún costo relacionado con estampillas pro-cultura y pro-adulto y publicación en la Gaceta Departamental, lo cual es ratificado en el contenido del oficio allegado por la defensa (fols. 1 a 3 cuad. anexo 10), por tanto estos valores se cargaron como parte del precio pactado para la ejecución del convenio, cuando estos valores son responsabilidad del contratista.

almuerzos a 62.895 estudiantes de instituciones educativas del departamento del Casanare, por un valor de \$16.694'848.800 (fols. 162-169 cuad. anexo 2), presentándose una diferencia \$1.200'036.600, en relación con el aporte efectuado por la gobernación al convenio, dado que la caja de compensación como cooperante se comprometió a aportar la suma de \$400'000.000, con el cual se completa el valor total del convenio en la suma de \$18.294'885.400.

Con relación al valor de **\$17.894'885.400** aportado por la gobernación para asumir la totalidad de costos para la prestación del servicio de almuerzos escolares, la Sala observa que con esta sola cifra COMFACASANARE garantizaba el pago a la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012 el contrato de suministro con esta contraído por la suma de \$16.694'848.800; igualmente se asumieron otros ítems en el cual se relacionan otros aportes efectuados por la gobernación al convenio 001 de 2012, por la suma de **\$815'119.200**, quedando pendiente un valor sin soportar por **\$384'917.400** para completar el valor total del aporte por parte de la gobernación de **\$17.894'885.400** (fol. 195 del cuad. anexo 3)

Ahora bien, con el mayor valor pactado por el disciplinado a COMFACASANARE por la suma de **\$1.200'036.600**, se cubrirían los ítems de que trata el cuadro que justifica la suma de **\$815'119.200** a que se aludió anteriormente y la suma de **\$384'917.400** que no se encuentra debidamente soportada dentro del plenario, desconociéndose el destino que dicha caja daría a estos recursos, en el entendido que no se encuentran debidamente justificados en la ejecución del objeto pactado, constituyéndose en un mayor valor a favor de la caja de compensación como utilidad por concepto de la intermediación realizada.

La Sala comparte el análisis efectuado por el a quo respecto a los costos que se pretendían cubrir por la suma de **\$815'119.200**, el cual considera como un mayor gasto efectuado por parte de la gobernación, toda vez que se demuestra ampliamente que los conceptos de cada uno de los 10 ítems descritos en el cuadro aludido, estaban cubiertos en otros ítems establecidos en el valor de cada ración, es decir, la que la gobernación aportó dos veces el valor de este costo, razón por la cual estas cifras se encuentran incluidas en el cuadro que justifica los ítems de los \$815'119.200 y en el cuadro del valor por ración del contrato No. 685 de 2012.

Con relación a la afirmación de la defensa en el sentido que los \$1.200'036.600, corresponden a gastos de legalización, se debe tener en cuenta que al revisar el contenido del cuadro de aportes obrantes que obra a folio 303 del cuaderno anexo 3, se observa claramente que las partes no pactaron que COMFACASANARE asumiera ningún costo relacionado con estampillas pro-cultura y pro-adulto y publicación en la Gaceta Departamental, lo cual es ratificado en el contenido del oficio allegado por la defensa (fols. 1 a 3 cuad. anexo 10), por tanto estos valores se cargaron como parte del precio pactado para la ejecución del convenio, cuando estos valores son responsabilidad del contratista.

El principio de economía, en términos generales, tiene como finalidad asegurar la eficiencia de la Administración en la actividad contractual, traducida en lograr los máximos resultados, utilizando el menor tiempo y la menor cantidad de recursos con los menores costos para el presupuesto estatal, aspecto que no fue tenido en cuenta en el caso en estudio por cuanto se destinó una mayor cantidad de recursos de los requeridos para ejecutar el objeto pactado en el convenio.

Para la Sala no son de recibo los argumentos del apoderado en el sentido que el costo de cada almuerzo suministrado se ajusta a los valores del mercado y que el contrato está siendo ejecutado de acuerdo a su finalidad cumpliéndose a cabalidad, por cuanto se trata de aspectos que no han sido objeto de debate, pues el cargo cuestiona un mayor gasto o erogación para el departamento en la suma de \$1.200.036.600, debido a la intermediación efectuada por COMFACASANARE y que difiere sustancialmente del aludido sobrecosto o que si el contrato se está cumpliendo o no de acuerdo a su finalidad, aspectos que no han sido reprochados en esta oportunidad, con lo que se descarta la existencia de cualquier tipo de inconsistencia en el fallo de instancia.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad de la actividad contractual y de los procesos de selección están en cabeza del jefe o representante legal del departamento, de acuerdo con lo establecido en el numeral 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, quien debió verificar los valores a pactar en el convenio para evitar el incremento injustificado de mayores valores que fueran posteriormente pagados al contratista, conducta que no responde al interés de la colectividad y, específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta.

Con relación a la falta de valoración probatoria alegada por el implicado en los alegatos de conclusión, observa la Sala que se han tenido en cuenta las pruebas obrantes en el expediente y se han analizado suficientemente las sumas acordadas en los actos bilaterales, como se advierte en las explicaciones efectuadas por el a quo en el fallo de instancia a los diferentes cuadros que fueron elaborados con fundamento en la documentación existente, en especial el texto del convenio, el contrato celebrado con la Unión Temporal y las comunicaciones provenientes de la misma defensa, como se indicó en las referencias de la fuente utilizada, sin que para la Sala sea necesario hacer alusión a la normatividad, disposiciones y lineamientos ministeriales que rige el programa de alimentación escolar, por cuanto éste no es un tema que se esté debatiendo, como tampoco si el objeto del convenio se ejecutó, cumplió su finalidad etc., razón por la cual este argumento defensivo no es de recibo para esta colegiatura.

Con relación al argumento según el cual no hay responsabilidad disciplinaria cuando el principio afectado lo haya sido en virtud de la protección de otro principio Constitucional, para este caso la Sala considera que se trata de una afirmación que tampoco es de recibo, si se tiene en cuenta que para la jurisprudencia constitucional la actividad contractual en el Estado Social de

Derecho es una modalidad de gestión pública regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política como parámetros específicos del cumplimiento de la función administrativa y «en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de Derecho»³.

Considera la Corte que el contrato público es uno de aquellos «instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares».⁴

En este orden de ideas, el contratista, además de estar vinculado al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, está en la obligación de dar cumplimiento de los fines del Estado, siendo la defensa del principio del interés general no sólo la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad, siendo imperativo el estricto cumplimiento de todos los principios por cuanto precisamente a través de su observancia y cumplimiento se materializa la adecuada prestación de los servicios públicos, entre ellos, la prestación del servicio público educativo a cargo del Estado Social de Derecho con el cual se garantiza el interés general.

Es por lo anterior que la Sala considera que en este caso no existen principios contrapuestos o excluyentes que hayan ameritado el sacrificio de unos para hacer prevalecer otro de mayor entidad, por cuanto el derecho a la alimentación de los niños estudiantes no se contrapone a los principios de la contratación estatal, como quiera que la observancia y cumplimiento de estos se constituyen en premisas para garantizar precisamente el derecho a la alimentación de los educandos dentro del servicio público educativo en el departamento de Casanare.

TIPICIDAD DE LA CONDUCTA DEL CARGO SEGUNDO

En el presente caso se encuentra plenamente demostrado que el señor Nelson Ricardo Mariño Velandia, actuando en condición de gobernador del departamento del Casanare y responsable de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección al interior del referido ente territorial, suscribió de manera directa el convenio de cooperación 001 de 14 de mayo de 2012 con la

³ Sentencia C-088 de 2000 (MP. Fabio Morón Díaz). Reiterada en la sentencia C-372 de 2002 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

⁴ Sentencia C-932 de 2007 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Caja de Compensación Familiar de Casanare –COMFACASANARE-, por un valor de \$18.294'885.400, de los cuales el ente territorial aportó la suma de \$17.894'885.400.

No obstante lo anterior y para efectos de ejecutar el objeto convenido, COMFACASANARE procedió a suscribir el contrato de suministro No. 685 de 31 de mayo de 2012 con la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012 por un valor de \$16.694'848.800, con el fin de ejecutar las obligaciones previamente acordadas en el convenio de cooperación, con lo cual se presentó una diferencia en relación con lo aportado por el departamento al convenio en la suma de \$1.200'036.600, originándose un mayor gasto en la elaboración y distribución de almuerzos escolares para estudiantes de instituciones educativas del departamento de Casanare.

Con el anterior proceder, el disciplinado Mariño Velandia pretermitió la observancia y cumplimiento del principio de economía de la contratación estatal, una de cuyas manifestaciones consagrada en el numeral 4 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 consiste en que los trámites deben adelantarse con austeridad de tiempo, medios y gastos, lo cual no se cumplió en el presente caso, dado que la suscripción del convenio de cooperación 001 de 2012 con COMFACASANARE resultó ser más onerosa para el ente territorial, en el entendido que la intermediación realizada por COMFACASANARE, originó un mayor gasto comparado con que si el objeto del convenio hubiese sido contratado por los mecanismos ordinarios de selección de contratistas con quien sí ejecutara de manera directa el proyecto convenido.

En este caso específico, quien finalmente realiza el cometido propuesto por el departamento de Casanare, como es la preparación y distribución de almuerzos a 62.895 estudiantes es una firma distinta de COMFACASANARE, estos es, la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, razón para señalar que la intermediación de aquélla resultó más onerosa para el departamento.

Igualmente con el proceder aquí cuestionado se advierte que el disciplinado desatendió el principio de responsabilidad de la contratación estatal, manifestado en los numerales 1, 2, 4 y 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, los cuales señalan que los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal e igualmente que deben responder por sus actuaciones y omisiones, sus actuaciones deben estar presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia; así mismo, que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección de contratistas, está a cargo del representante legal de la entidad.

Estas manifestaciones del principio de responsabilidad fueron inobservadas por el disciplinado Mariño Velandia, por cuanto en su condición de gobernador del

departamento de Casanare, no procuró atender a los fines de la contratación con la suscripción del convenio de cooperación 001 de 2012, así como tampoco protegió los derechos e intereses del departamento de Casanare, dado que al suscribir el citado acuerdo de cooperación con COMFACASANARE por un valor en exceso de \$1.200'036.600, no se atendió la manifestación del principio según el cual las actuaciones de los servidores públicos en la contratación tienen que estar presididas por las reglas sobre la administración de bienes ajenos y por una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

Amen de lo anterior, el numeral 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 señala como una manifestación más de este principio que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección, es del jefe o representante legal de la entidad quien no puede trasladarla a juntas o consejos directivos de la entidad ni a comités asesores y órganos de control y vigilancia de la misma, con lo cual el legislador le asignó a los representantes legales de las entidades públicas un deber funcional especial en materia de contratación estatal.

Para el caso en examen, el disciplinado en su condición de gobernador y representante legal del departamento de Casanare era el funcionario competente para suscribir el convenio No. 001 del 14 de mayo de 2012 y por ende quien debía constatar que la entidad sin ánimo de lucro con la cual estaba contratando fuera quien directamente ejecutara el objeto a contratar por la idoneidad para cumplir las obligaciones convenidas, lo cual no ocurrió y que conllevó a que se contratara una especie de intermediación o tercerización con COMFACASANARE que a la postre resultó más onerosa para el departamento de Casanare.

Así las cosas, la conducta descrita en el primer cargo constituye una falta disciplinaria que el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 considera como gravísima, por «...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», pues como ha quedado demostrado, el disciplinado Nelson Ricardo Mariño Velandia participó en la actividad contractual, vulnerando los principios de transparencia y responsabilidad de la actividad contractual.

Se le aclara a la defensa que conforme a la imputación fáctica y las normas citadas como infringidas, al señor Nelson Ricardo Mariño Velandia en ningún momento se le está cuestionando su conducta como una falta disciplinaria gravísima conforme al artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002 por detrimento patrimonial, sino como al desconocimiento de los principios de economía y responsabilidad de la contratación estatal, a los cuales refiere la imputación jurídica del cargo.

económico del mismo, el disciplinado no actuó con la mínima y debida diligencia y deber objetivo de cuidado que le era exigible al momento suscribir el convenio de cooperación 001 de 14 de mayo de 2012 con la Caja de Compensación Familiar de Casanare.

NATURALEZA DE LAS FALTAS Y GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA

Conforme se mencionó en los respectivos análisis de tipicidad de los cargos primero y segundo formulados a Nelson Ricardo Mariño Velandia, las conductas atribuidas se encuentran consagradas como falta disciplinaria gravísima en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por «...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».

En el caso del primer cargo, el gobernador investigado participó en la actividad contractual vulnerando los principios de transparencia y responsabilidad de la actividad contractual, en el entendido que eludió el mecanismo de la licitación pública como procedimiento general y reglado de selección de contratistas.

En el segundo cargo, participó en la actividad contractual violando los principios de economía y responsabilidad de la contratación estatal, al generar un mayor gasto para el departamento de Casanare, al suscribir el convenio 001 el 14 de mayo de 2012 con la Caja de Compensación Familiar de Casanare –COMFACASANARE-, pues al proceder ésta a actuar como intermediadora subcontratando la ejecución del objeto del convenio con la Unión Temporal Alimenta Casanare 2012, se ocasionaron mayores gastos para el ente territorial, por concepto de atención del servicio de almuerzos escolares para estudiantes de instituciones educativas del mismo durante la vigencia fiscal de 2012.

En consecuencia, la Sala advierte la concurrencia de dos (2) faltas disciplinarias gravísimas cometidas con culpa gravísima sancionables con destitución del cargo e inhabilidad general entre diez (10) a veinte (20) años, conforme a los artículos 44 numeral 1 y 46 inciso primero de la Ley 734 de 2002, presentándose, en consecuencia, un concurso material o real de faltas disciplinarias, el cual se presenta cuando con una o varias acciones u omisiones llevadas a cabo por el mismo servidor público, producen una pluralidad de violaciones jurídicas.

Conforme a los criterios para graduar la sanción en los casos de concurso material o real de faltas establecido en el numeral segundo del artículo 47 de la Ley 734 de 2002, la Sala aplicará el sistema de acumulación jurídica de las sanciones que conduce a la absorción de faltas, según el cual solo se impone la sanción mas grave sin exceder el máximo legal, queriendo ello significar que para el presente caso, en el evento de presentarse faltas sancionables con destitución, se impondrá ésta sanción principal por ser la más grave, sin que pueda imponerse

VI. RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR los ordinales primero y segundo de la parte resolutive de la providencia de 4 de diciembre de 2012, mediante la cual la Procuradora Segunda Delegada para la Contratación Estatal declaró probados los cargos formulados a **NELSON RICARDO MARIÑO VELANDIA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 9.658.457 expedida en Yopal, a quien le fue impuesta sanción disciplinaria consistente en **DESTITUCIÓN** del cargo de gobernador del departamento del Casanare elegido para el periodo 2012-2015 e **INHABILIDAD GENERAL** para desempeñar cargos y funciones públicas por el término de catorce (14) años, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia

SEGUNDO. NOTIFICAR el contenido de esta decisión a los sujetos procesales, de conformidad con lo establecido en los artículos 101 y siguientes de la Ley 734 de 2002, advirtiéndoles que contra la presente decisión no procede recurso alguno. Para efectos de la notificación de esta providencia, al señor **NELSON RICARDO MARIÑO VELANDIA** se le puede localizar en la calle XXXX. A su apoderado, **GUSTAVO QUINTERO NAVAS**, en la calle XXXX.

TERCERO. Por la oficina de origen, **COMPULSAR** copias de las piezas procesales y probatorias pertinentes de este diligenciamiento a efectos de que por cuerda procesal diferente y previa solicitud que se haga al despacho del señor Procurador General de la Nación de la designación como «funcionario especial», con fundamento en el Decreto 262 de 2000, se investigue la conducta de servidores públicos de la gobernación del departamento de Casanare, que desde la orbita competencial propia de sus deberes funcionales, hayan incurrido en hechos presuntamente constitutivos de falta y responsabilidad disciplinaria en la etapa precontractual que condujo a la celebración del convenio de cooperación 001 de 14 de mayo de 2012.

CUARTO. REMITIR, por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, copia del presente fallo a la Presidencia de la República, con el objeto que haga efectiva la sanción impuesta en el ordinal primero de la parte resolutive de esta providencia a **NELSON RICARDO MARIÑO VELANDIA**, advirtiéndole sobre el cumplimiento de lo previsto en el artículo 172 numeral 1 y parágrafo de la Ley 734 de 2002 y efectúe la correspondiente anotación en la hoja de vida del disciplinado.



Radicación n.º 161 – 5573

QUINTO. INFORMAR, por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal, la decisión de primera y segunda instancia a la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación.

SEXTO. DEVOLVER el proceso a la dependencia de origen, previos los registros y las anotaciones correspondientes.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

JUAN CARLOS NOVOA BUENDIA

Procurador Primero Delegado
Presidente

MARIA EUGENIA CARREÑO GÓMEZ

Procuradora Segunda Delegada