



CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI VENTANILLA ÚNICA

Santiago de Cali Octubre 28 de 2009

DESPACHO DEL ALCALDE

30 OCT 2009

0100.08.02.09.612

Recepción de Correspondencia

Doctor

Fecha: 30 OCT. 2009

JORGE IVAN OSPINA GÓMEZ

Horario: 7:46

Alcalde

Municipio de Santiago de Cali

Despachado en: 7/28

Referencia: **Control de advertencia – Convenios Federación Nacional de Cafeteros – Comité Valle del Cauca.**

Atento cordial saludo:

La Contraloría General de Santiago de Cali, de conformidad con lo previsto en el artículo 65 de la Ley 80 de 1.993, en concordancia con el artículo 101 de la Ley 42 de 1.993, teniendo en cuenta que la vigilancia de la gestión fiscal de los sujetos de control se fundamenta en la legalidad, eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, los cuales permiten determinar si la administración en un período determinado, la asignación de recursos fue la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones la calidad de los bienes y servicios se obtuvieron al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas, al tenor de lo reglado en el artículo 8º de la Ley 42 de 1.993, es importante, presentar a su Despacho, las siguientes observaciones con carácter de control de advertencia, respecto de los convenios realizados por su administración con la Federación Nacional de Cafeteros, así:

Su administración ha venido celebrando convenios con la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS – COMITÉ VALLE DEL CAUCA y, al realizar el ejercicio de confrontación entre la normatividad aplicada frente a la que regula el objeto de los mismos, el resultado nos conduce a presumir el desconocimiento del Estatuto Contractual y sus principios que regulan la gestión contractual.

La Carta Política nos enseña que los funcionarios públicos sólo pueden hacer aquello que determine la Constitución y la ley; al tenor de lo dispuesto en los artículos 6º, 121, 122 y 123 inciso 2 al expresar: "Los servidores públicos están al



servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

“La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

En razón de lo anterior, es válido dar una ojeada rápida a los objetos y fundamento jurídico de los convenios realizados por su administración.

Convenio No.	Objeto	Valor	Fundamento	Observaciones
4145.027.1.022	<p>Aunar esfuerzos técnicos y económicos para la realización de las siguientes obras de infraestructura de saneamiento básico: 1) En la cuenca del río Meléndez se realizarán las siguientes obras: a) mejoramiento de la red de distribución del acueducto altos los mangos b) Construcción de captación y desarenador del acueducto de la Buitrera; 2) En la cuenca del río Lili se realizarán las siguientes obras: a) Reparación alcantarillado la Buitrera; b) Reparación Tanque PTAP El Rosario La Buitrera; 3) en la cuenca del río Aguacatal se realizarán las siguientes obras: a) construcción fase II ptap y acueducto del km 18; 4) En la cuenca de la quebrada el Chocho se realizarán las siguientes obras: a) mejoramiento del acueducto y ptap de Campo Alegre; b) mejoramiento acueducto y ptap de Las Palmas - La Castilla c) Reparación Cámara y Alcantarillado sector 20 de julio; 5) En la cuenca del río Pance se realizarán las siguientes obras: a) alcantarillado de la cabecera del corregimiento Pance; b) mejoramiento red de conducción y ptap en La Vorágine; 6) En la cuenca del río Jamundí se realizarán las siguientes obras: a) instalación de redes de distribución El Jardín; 7) En la cuenca de río Cali se realizaran las siguientes obras: a) construcción de la bocatoma del acueducto el</p>	\$2.412.832.058,00	<p>“<i>Convenio de cooperación</i>”.</p> <p>Artículo 355 de la C. P.</p>	<p>El objeto del convenio tiene relación con la realización de actividades que corresponden a contratos de obra pública.</p> <p>En el enunciado del objeto se aprecia: “<i>En la cuenca del río Cauca se realizarán las siguientes OBRAS: a) b) Construcción</i>”</p> <p>No está demostrado en el contenido del clausulado del contrato, que las actividades a realizar sea en zonas de <u>influencia cafetera por el contrario, los mismos se dirigen es a la zona rural de la jurisdicción municipal.</u></p> <p>No aplica la figura de la cooperación, pues el Municipio aparece aportando \$2.117.921.433 como transferencia al COMITÉ DE CAFETEROS para la <u>ejecución de obras de mejoramiento del acueducto del corregimiento de Montebello</u>, lo que denota que no estamos frente a programas o proyectos de cooperación dirigidos a zonas de influencia cafetera, sino frente a la realización de obras públicas en la zona rural del Municipio de Santiago de Cali.</p>



8

	<p>faro – vecinos de Cristo Rey – reforma - Mónaco-Mameyal; b) mejoramiento ptap cabecera del Corregimiento de Felidia, Río Cali; c) Reparación Línea de conducción La Leonera; 8) En la cuenca del río Cauca: a) mejoramiento re de distribución y ptap del Corregimiento el Hormiguero; b) mejoramiento de Ptas. zona plana c) reposición de alcantarillado vereda Flamenco, en el Municipio de Santiago de Cali 9) Interventoría de las obras, actividades contempladas en los proyectos B. P.41690 denominado “Emergencias Acueducto y Alcantarillado”, B .P.41693 denominado “Mejoramiento Cobertura de Sistemas de acueducto Potabilización de Agua de Consumo Humano Área Rural Municipio de Santiago de Cali” B. P. 41692 denominado “Mejoramiento Sistemas de Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales Domesticas Área Rural Municipio de Santiago de Cali” y B. P.41689 denominado Control de obras de Interventoría</p>			<p>Se invoca el principio de gratuidad, con la exigencia de que el COMITÉ no percibe remuneración alguna por la <u>administración de recursos, pero no es así</u>, el clausulado del contrato demuestra lo contrario, pues se destina un porcentaje de utilidad para FEDECAFE.</p> <p><u>El municipio</u>, no está facultado legalmente para transferir el manejo de los recursos públicos a una entidad privada y ésta los administre a través de la figura de convenios, so pretexto de la realización de actividades de interés público, cuando en verdad, su ejecución corresponde a realización de obras públicas.</p> <p>Nótese que en la relación de los documentos que hacen parte integral de los convenios, no aparece enlistado el certificado de idoneidad que debe expedir el representante legal contratante.</p> <p>FEDECAFE – COMITÉ VALLE DEL CAUCA, no realiza las obras contratadas con recursos propios o provenientes del FONDO, sino con los valores que le transfiere el municipio para ese fin, el aporte de FEDECAFE – VALLE DEL CAUCA, es infimo en proporción con lo recibido.</p> <p>Dentro del objeto social de FEDECAFE – VALLE DEL CAUCA no aparece delimitado en sus estatutos la</p>
--	---	--	--	---



g

				<p>contratación de obras públicas ni de Interventoría, los mismos se remiten a defender el interés de los caficultores y su ingreso remunerativo, mediante la organización del gremio, el fomento de una industria cafetera eficiente, y la promoción o realización de los demás servicios que se consideren necesarios para estos fines.</p>
4145.027.1020	<p>Aunar esfuerzos técnicos y económicos para la realización de las siguientes obras de infraestructura de saneamiento básico en el Corregimiento de Montebello Municipio de Santiago de Cali: a) Construcción Tanque No. 1 Redes de Acueducto de la Cabecera Montebello, con sus componentes de red domiciliaria y micromedición; b) Construcción de Tanque No. 2 y Redes de Distribución Acueducto Cabecera Montebello, con sus componentes de red domiciliaria y micromedición; c) Adecuación y Mejoramiento de Tanque No. 3 y Construcción Redes de Distribución del Acueducto Cabecera Montebello, con sus componentes de red domiciliaria y micromedición; d) Interventoría de las obras, actividades contempladas en los proyectos E .B. I. 41693 denominado Mejoramiento Cobertura de Sistemas de Acueducto Potabilización de Agua de Consumo Humano Área Rural del Municipio de Santiago de Cali y E.B.I. 41689 denominado Control Obras de Acueducto de Acueducto y Alcantarillado Área Rural del Municipio de Santiago de Cali.</p>	\$2.202.638.290,00	Artículo 355 de la C. P.	<p>Construcción obras de infraestructura de saneamiento básico, tales como construcción tanque, redes de distribución y acueducto, etc.</p> <p>La construcción de obras de infraestructura, se enmarca dentro de las funciones del ente territorial, las cuales se deben realizar, conforme al Estatuto Contractual y demás leyes o reglamentos vigentes, por tanto, la denominación dada como la modalidad aplicada a estos convenios, contraviene lo previsto en el numeral 1°, artículo 2° del Decreto 777/92. .</p> <p>La realización de convenios bajo la égida del 355, debe reunir tres requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Naturaleza jurídica del contratista, relacionada con actividades benéficas que pueden cumplirse a través de entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad. 2) objeto o materia, la cual se circunscribe a impulsar programas o actividades de interés público de contenido eminentemente social, conforme al ámbito de



8

				<p>aplicación del artículo 355 Superior, como "es el de la acción benéfica del Estado, de las actividades de fomento que dentro de un Estado Social de derecho corresponden como función propia insoslayable, de la organización estatal.</p> <p>3) Que dicho convenios estén acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo.</p> <p>Al valorar el contenido de los requisitos mencionados que dan paso a la modalidad de celebración de convenios, el objeto de los convenios aquí estudiados no encaja dentro de dicha exigencia.</p> <p>En la relación de los documentos integrantes del convenio no figura el certificado de idoneidad, expedido por el representante legal de la entidad, en el que conste el cumplimiento de este requisito.</p>
4145.0.27.1.023.2009	<p>Aunar esfuerzos técnicos y económicos para la realización de <u>obras de infraestructura de acueducto, saneamiento básico y de equipamiento municipal en la Zona Rural del Municipio de Santiago de Cali</u>, así como también para el control de obras de acueducto y alcantarillado Área Rural Municipio de Santiago de Cali (Interventoría de obras), todo lo cual se encuentra identificado en el anexo que hace parte integral del presente convenio, actividades contempladas en los proyectos B.P.41692 denominado "Mejoramiento Sistemas de Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales Domesticas Área Rural Municipio de</p>	\$5.723.970.083.00	Artículo 355 de la C. P.	<p>Construcción obras de infraestructura.</p> <p>Si se observa el objeto de este contrato, se refiere a aunar esfuerzos técnicos y económicos para la realización de <u>obras de infraestructura en la zona rural del Municipio de Santiago de Cali (Interventoría de obras)</u>. Fijese bien que no alude a zonas rurales de influencia cafetera sino a zonas rurales del Municipio de Cali, de donde, resulta palmario el desconocimiento del objeto social de FEDECAFE COMITÉ VALLE DEL CAUCA.</p>



8

	<p>Cali", B.P.41693 denominado "Mejoramiento Cobertura de Sistemas de Acueducto y Potabilización de Agua de Consumo Área Rural Municipio de Santiago de Cali" y B.P.41689 denominado "Control Obras de Acueducto y Alcantarillado Área Rural Municipio de Santiago de Cali"(Interventoría de Obras)</p> <p>a) Construcción Tanque No. 1 Redes de Acueducto de la Cabecera Montebello, con sus componentes de red domiciliaria y micromedición; b) Construcción de Tanque No. 2 y Redes de Distribución Acueducto Cabecera Montebello, con sus componentes de red domiciliaria y micromedición; c) Adecuación y Mejoramiento de Tanque No. 3 y Construcción Redes de Distribución del Acueducto Cabecera Montebello, con sus componentes de red domiciliaria y micromedición; d) Interventoría de las obras, actividades contempladas en los proyectos E.B.I. 41693 denominado Mejoramiento Cobertura de Sistemas de Acueducto Potabilización de Agua de Consumo Humano Área Rural del Municipio de Santiago de Cali y E.B.I. 41689 denominado Control Obras de Acueducto y Alcantarillado Área Rural del Municipio de Santiago de Cali.</p>		<p>En el considerando 8 de este convenio se afirma que si bien es cierto la Ley 80 de 1.993, adoptó el Estatuto General de Contratación Estatal, dentro del cual debe enmarcarse la celebración de los contratos de las entidades públicas, la Constitución en su artículo 355 inciso 2º consagra un régimen especial, para que los entes administrativos con recursos de su propio presupuesto, puedan celebrar convenios de colaboración, cooperación o cofinanciación, caracterizados por la concurrencia de intereses hacia un objetivo común, cual es el de financiar proyectos de interés social con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad.</p> <p>Tal argumento no es de recibo para este Despacho fiscal, toda vez que las actividades contratadas nos remiten a la realización o ejecución de obras públicas, cuya planeación, celebración, ejecución y terminación se debe ejercitar conforme lo regula el Estatuto contractual y demás normas que la complementan.</p> <p>En el punto 11 ibídem, aparece consignado que la propuesta de FEDECAFE – COMITÉ VALLE DEL CAUCA, dada su condición de entidad sin ánimo de lucro, es beneficiosa para el Municipio, porque con ella se hacen más obras que con los presupuestos de la Secretaría de Salud, lo</p>
--	---	--	--



2

				cual tampoco cuenta con asidero o sustento demostrativo.
--	--	--	--	--

Obsérvese que el objeto de los contratos tienen relación con la **construcción y mejoramiento de obras públicas**, por tanto, han debido planearse, celebrarse y ejecutarse, conforme lo regula el Estatuto Contractual, al tenor del artículo 32 de la ley 80/93, numeral 1º: dado que su objeto, corresponde a la definición de "Contrato de Obra, que 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, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

Con este acontecer es viable realizar las siguientes disquisiciones:

Constitución Política:

"Art. 355. Inciso 2º: 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 de y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia".

La intención del constituyente primario al plasmar este artículo en la Constitución de 1.991, fue expulsar prácticas corruptas realizadas bajo la mampara de los otrora denominados "auxilios", actividad que desnaturalizaba el interés general para privilegiar el particular, sin que se haya suprimido **la función de fomento de las actividades de interés público**, que no se puede equiparar a la realización de obras públicas.

El aparte del artículo transcrito nos enseña, que es viable la celebración de contratos con recursos, entre otros, de los presupuestos municipales, con personas privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad "*con el fin de impulsar programas y actividades de interés público*", esto es, que los recursos presupuestales pueden aplicarse a fines que resulten armónicos con los planes de desarrollo.

Ese contexto, ciertamente el precepto en cita, no regula una forma de auxilio o de donación distantes del inciso 1º del artículo 355 – dádiva simple -, sino la posibilidad de concurrencia del Estado y los particulares a través de recursos presupuestales orientados a la ejecución de programas y actividades de interés público, propios del Estado Social de Derecho.

Siendo así las cosas, el Consejo de Estado, emitió el Concepto No. 1666 de 2005¹

Sentencia C- 506 de 1.994, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz. Sentencia C-136 de 1.995.

“A la luz del artículo 355 de la Constitución Política, los subsidios del Estado a los particulares, por regla general, se encuentran prohibidos. La excepción sólo es procedente si el subsidio, concedido por la ley se basa en una norma o principio constitucional, y resulta imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado (Sentencia C-205 de 1.995 M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz). [] La Constitución no prohíbe que el Estado transfiera a los particulares, sin contraprestación económica, recursos públicos, siempre y cuando tal transferencia tenga un sustento en principios y derechos constitucionales expresos. Esa es la única forma de armonizar la prohibición de los auxilios y donaciones con los deberes sociales de las autoridades colombianas, que derivan de la adopción de la fórmula política del Estado social de derecho y de los fines que son inherentes, entre los cuales ocupa un lugar preponderante la búsqueda de un orden justo, en donde la igualdad sea real y efectiva. (Sentencia C-251 de 1.996 M. P. Alejandro Martínez Caballeros) [] La Constitución Política, en términos generales, prohíbe que con fondos públicos las autoridades efectúen auxilios o donaciones a personas naturales o jurídicas (C. P. Artículo 355). La Carta, sin embargo, por vía excepcional, autoriza al Estado para que pueda conceder subvenciones, estímulos económicos o subsidios a particulares, tratándose de actividades que aquella directamente considera dignas y merecedoras de apoyo. (Sentencia C-152 de 1.999, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz). [] Para que puedan destinarse contribuciones económicas a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, sin que tal destinación constituya vulneración del artículo 355 de la Carta, debe existir un mandato Constitucional expreso mediante el cual se imponga al Estado el deber de adoptar medidas encaminadas a financiar con cargo al presupuesto nacional o con bienes públicos, la asignación de subsidios a favor de determinadas personas o de actividades que beneficien a un sector de la población o fomenten propósitos de interés público o social. (Sentencia C-923 de 200, M. P., Dr. José Gregorio Hernández Galindo)”. (Resaltado y subrayas son mías).

¹ “Como se indicó, el medio a través del cual el Estado, en concurso con los particulares, puede desarrollar actividades de interés público o social, sin desconocer la prohibición constitucional del inciso primero del artículo 355, es a través de contratos, que deben reunir básicamente tres requisitos: El primero, se relaciona con la naturaleza jurídica del contratista, pues las actividades benéficas del Estado sólo pueden cumplirse a través de entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad; el segundo, tiene que ver con el objeto o materia, la cual se circunscribe a “impulsar programas y actividades de interés público” de contenido eminentemente social, conforme al ámbito de aplicación del artículo 355, como “ es el de acción benéfica del Estado, de las actividades de fomento que dentro de un Estado social de Derecho corresponden como función propia, insoslayable, de la organización estatal. Se trata de apoyar la acción de organizaciones de Oríen privado, que en ejercicio de la autonomía de iniciativa para el desarrollo de las variadas actividades que las personas realizan en sociedad (Constitución Política, art. 38) buscan la satisfacción de finalidades no simplemente lucrativas”. C-543/01; el tercero, que dichos contratos estén acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo.

f

Si bien esta norma constitucional establece el marco normativo, las condiciones, características y régimen complementario, están contenidos en los siguientes Decretos Reglamentarios Nos. 777 y 1403 de 1.992 y 2459 de 1.993 -.

El Decreto 777 contempla causales excluyentes del ámbito de aplicación que 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, **de manera que debe establecerse, en cada caso particular, si el contenido prestacional del contrato, beneficia la entidad pública, a la nación o al establecimiento público, o en otros términos, si la prestación se cumple respecto de la entidad pública, o si por el contrario, la beneficiaria del contrato es la comunidad, como lo ha señalado el Consejo de Estado al negar la pretensión de nulidad de la norma en cita (Art. 2º numeral 1º)**

"... los contratos a que se refiere el inciso 1º del artículo 2º del Decreto 777 de 1.992 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 contraprestación a 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 aquí que aquellos sean excluidos por el mismo artículo 2º acusado de la aplicación del decreto del cual hace parte dicha disposición"

Significa que el objeto de un eventual contrato entre la ADMINISTRACION MUNICIPAL y la FEDERACION DE CAFETEROS, donde esta última **construya obras de infraestructura, debe ser en zonas cafeteras** en beneficio de la comunidad y no de la entidad pública, sólo así, el Consejo de Estado encuentra viable su celebración, siempre y cuando que para la FEDERACION corresponda a programas de interés público en los que pueda desarrollar tal actividad, ya sea con recursos propios o provenientes del Fondo Nacional del Café que administra.

De ahí que FEDECAFE – COMITÉ VALLE DEL CAUCA puede celebrar contratos con cargo a sus propios recursos, y en ejercicio de su condición de persona jurídica de derecho privado, sin ánimo de lucro, en desarrollo de su objeto social delimitado en sus Estatutos, consistente en "defender el interés de los caficultores y su ingreso remunerativo, mediante la organización del Gremio, el fomento de una industria cafetera eficiente, y la promoción o realización de los demás servicios que se consideren necesarios para estos fines", lo que significa contar con capacidad jurídica para adelantar, entre otras, las siguientes actividades (Art. 2º):



Q

"S) Con recursos propios u obtenidos de entidades oficiales, semioficiales o particulares, procurar la dotación de la infraestructura física y social indispensable para lograr el desarrollo social y económico de los habitantes de la zona de influencia cafetera"

Siendo así las cosas, la **FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA – COMITÉ DEL VALLE DEL CAUCA**, es una persona jurídica de derecho privado, sin ánimo de lucro, inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá, representada por **HECTOR FABIO CUELLAR LOPEZ**, Director Ejecutivo del Comité del Valle del Cauca, en virtud del Poder General otorgado por el Primer Gerente Auxiliar, Gerente Administrativo de la Federación y representante legal de la entidad, en escritura Pública 130 de enero 31 de 1.996, suscrita en la Notaría 27 del Circulo de Bogotá.

La naturaleza jurídica de FEDECAFE - VALLE DEL CAUCA, frente al inciso 2º del artículo 355 que se viene analizando y según el criterio orientador de la Corte Constitucional en Sentencia C- 449 de 1.992, tenemos:

"18. La Federación es una organización no gubernamental y, en consecuencia podría constituirse en uno de los mecanismos de participación de la sociedad civil en la gestión pública, de conformidad con el inciso 2º del artículo 103 de la Carta. Así mismo, en la medida en que la Federación sea realmente una entidad sin ánimo de lucro, podrá contratar con el Estado al tenor del inciso 2º del artículo 355 idem".

El artículo 355 de nuestra Constitución justifica por vía de excepción la destinación de recursos públicos a particulares sin ánimo de lucro con el "*fin de impulsar programas y actividades de interés público*", los cuales bien pueden ser los que tenga la entidad privada que el respectivo acuerdo de voluntades y otro que esta pueda desarrollar, ya sea en ejercicio de la libertad de realización de actividades económicas y de iniciativa privada, eso sí con vía libre del artículo 333 de la C. P., o que procedan del ejercicio de funciones administrativas asignadas por la ley o con origen en actos contractuales.

FEDECAFE en su condición de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ –como lo ha señalado el Consejo de Estado en los conceptos 1626 y 1666 de 2005-, prevé, las actividades que aquella puede desarrollar, así:

"CLAUSULA 8º. ACTIVIDADES CON CARGO A LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DEL CAFÉ. Las actividades que podrá ejecutar la FEDERACION con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café, directamente o mediante contratación, son:

(...)

m). *Apoyar programas que contribuyan al desarrollo y el equilibrio social y económico de la población radicada en zonas cafeteras.*



4

(n) **Construcción de obras de infraestructura económica y social en zonas cafeteras.**

(ñ) *Realizar todos los actos y negocios jurídicos autorizados por leyes nacionales e internacionales, conducentes al logro de los objetivos y políticas del Fondo y al desarrollo de sus actividades y servicios, de conformidad con las autorizaciones correspondientes (...).*

Contextualizando, la Federación para celebrar estos contratos de interés público, debe tener en cuenta, que los recursos aportantes por ésta provengan de la transferencia cafetera a que se refiere el artículo 59 de la Ley 863 de 2003, que debe ser administrada en forma separada por los Comités Departamentales de Cafeteros de la Federación Nacional de Cafeteros, en contabilidad separada, acatando los parámetros del contrato de administración del Fondo y que se destinen entre otros, a programas de desarrollo social y económico de las **ZONAS CAFETERAS**, al mejoramiento de las condiciones de la población rural en **ZONAS CAFETERAS**, directamente o a través de convenios con administraciones municipales, cuando la naturaleza de los programas lo permitan.

Por su parte, la Administración Municipal de Santiago de Cali, para celebrar contratos de interés público debe tener en cuenta que no se trata de otorgar recursos de la entidad pública a la entidad privada para la ejecución de obras sino que el objeto del contrato debe corresponder al ánimo y esfuerzo conjunto de propósitos para la ejecución de un proyecto común, debiendo quedar precisado que en los casos de contratación de actividades con la connotación de obra pública, se debe cumplir con plena observancia de las disposiciones legales que por vía **general** el Estatuto General de Contratación –Ley 80/93- contempla, quedando la opción de las disposiciones especiales las cuales deben ser aplicadas **por vía de excepción cuando no riñan con las de carácter general**, además de las limitantes señaladas anteriormente, respecto del pregón del artículo 355 Superior y su desarrollo legal (Decretos 777, 1403, etc.),

Es decir que la modalidad de contratación no desborde la autorización del inciso 2º de la norma constitucional en armonía con las normas legales que regulan la materia, pues el objeto de los contratos aquí relacionados contemplan la realización de obras públicas y se advierte contraprestaciones entre las partes de ésta índole, que descarta la denominación dada los convenios en estudio, por ende, no existe coincidencia entre el deber ser y lo actuado.

En ese estado de cosas, no solamente aparece presuntamente infraccionado el principio de legalidad, sino:



“Art. 24 del principio de transparencia. En virtud de este principio: 1º La escogencia del contratista, se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos, en los que se podrá contratar directamente:

(...)

Interadministrativos, con excepción del contrato de seguro.

Si bien es cierto, los Interadministrativos constituyen una excepción a este principio, también es cierto, que la celebración de los contratos en cuestión, escapa de esta modalidad, sin opción distinta que aplicar la regla del Estatuto Contractual.

Viene al caso citar la Sentencia No. 1626 de Consejo de Estado, Sección Primera, del 14 de febrero de 2005, que enseña:

“CONTRATO ADMINISTRATIVO – Requisitos para su celebración. Objeto. COMITÉ DEPARTAMENTAL DE CAFETEROS – Celebración de Convenios con el Departamento: CONTRATO DE OBRA PUBLICA – Concepto CONTRATO ESTATAL – Artículo 355 de la Constitución. Los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1.998. Los contratos que pretender suscribir la Gobernación del Quindío, con el objeto de transferir, sumas de dinero para que sean administradas y ejecutadas por el COMITÉ DE CAFETEROS en la construcción de obras de mejoramiento y mantenimiento de la infraestructura vial del Departamento, o Convenios de cofinanciación con la misma entidad para la construcción de obras y mejoramiento de vías, desbordan la autorización del inciso 2 de la norma constitucional analizada y sus ordenamientos reglamentarios. El artículo 355 enfatiza que el objeto de los contratos es el desarrollo de actividad de interés público, acordes con los planes de desarrollo, a fin de garantizar la acción del fomento del Estado, o “benéficas” como la denomina la jurisprudencia, por parte de las instituciones que conforme a la ley tengan el carácter de privadas sin ánimo de lucro, por el contrario, la aprobación de dineros para inversiones públicas, tales como, construcción, mantenimiento y mejoramiento 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 vigente, precisamente, según el artículo 32.1 de la Ley 80/93, 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 pretenden adelantar el Departamento del Quindío y por lo mismo deben ajustarse a lo dispuesto por el Estatuto General de Contratación. De otro lado, como se tratan de convenios que implican “una contraprestación directa a favor de la entidad pública”, la cual es la ejecución de las obras públicas contratadas, contravendrían lo previsto en el numeral 1 artículo 2 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 reposición de infraestructura vial existente, con fundamento en el inciso 2º del artículo 355 de la Carta Política, pues ello implicaría el desconocimiento de los ordenamientos legales contenidos en la Ley 80 de 1.993”. (NOTA DE RELATORIA: 1) Autorizada la publicación con oficio 0052 de 4 de junio de 2005.2).



Principio del deber de selección objetiva, consagrado en el artículo 29, nos enseña: *“Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”.*

En síntesis ninguna entidad pública, con el pretexto de celebrar actuaciones bajo la figura de convenios, puede eludir la regla general que contempla la Ley 80 de 1.993, modificatorias y reglamentos legales, pues estas disposiciones corresponden al conjunto normativo del deber ser, su omisión puede acarrear las consecuencias de su desconocimiento por acción o por omisión.

Por otro lado, dentro de la Auditoria Gubernamental con Enfoque Integral modalidad Regular al Municipio de Santiago de Cali Vigencia 2008, evidenció que el Municipio de Santiago de Cali - Secretaría de Salud Pública Municipal canceló en el mes de diciembre la totalidad del valor de los Convenios a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia - Comité del Valle del Cauca, cuyo valor fue de \$2.202.638.290 y \$2.412.832.058 respectivamente, sin que se hubiera recibido el bien o servicio, contabilizándolo como un gasto de la vigencia 2008, en contravía del principio de Contabilidad Pública de Causación o Devengo, que determina que los hechos económicos, sociales y ambientales deben de reconocerse en el momento en que sucedan, con independencia del momento en que se produzca la corriente de efectivo o del equivalente que se derive de éstos.

El plazo para el convenio No. 4145.0.27.1.020 fue de 7 meses y para el convenio No. 4145.0.27.1.022 es de 10 meses, contados a partir del desembolso de los recursos, previa firma del acta de inicio que debió suscribirse el mismo día, situación que no se llevó a cabo sino hasta el 20 de Enero de 2009, para los dos convenios, según las actas de inicio la fecha de terminación es Julio 12 y Octubre 29 del 2009, respectivamente.

A continuación realizaremos un análisis sobre los presuntos aportes de los siguientes:

- Convenio No. 4145.027.1.020

En el convenio se estipula un aporte de recursos por parte de la federación Nacional de Cafeteros por valor de \$100.000.000 representados en apoyo parcial en el fortalecimiento administrativo y socialización del proyecto durante la intervención de la Federación de Cafeteros en el Convenio. De igual manera el convenio contempla que la Federación Nacional de Cafeteros ejecutará una mayor cobertura de obras en cantidad y calidad de acuerdo al presupuesto



Handwritten mark or signature.

concertado entre las partes por valor de \$226.715.475, según anexo No. 2 adjunto al convenio.

De lo anterior se deduce que el aporte inicial por recurso equivalente a \$100.000.000 se puede considerar como un aporte real al convenio por parte la Federación, pero en lo referente al aporte relacionado al compromiso de ejecutar mayor cobertura de obra en cantidad y calidad por valor de \$226.715.475, no se considera como un aporte real de la federación debido a que éste tiene su origen en la utilidad liquidada en los presupuestos de obra de dicho convenio que es equivalente al 9.5%, por lo cual dentro de su liquidación la Secretaría de Salud incluye las cantidades adicionales a ejecutar por descuento de la utilidad como se evidencia en el oficio No. 4145-108 de marzo 30 de 2009, firmado por el director local de salud área rural, situación que difiere de lo estipulado en el convenio en la cláusula segunda numeral 1 donde se estipula los aportes entre las partes, en la que el Municipio de Cali - Secretaría de Salud, aporta \$2.117.921.433 según lo acordado previamente entre las partes según el anexo No. 1 adjunto al convenio.

En lo relacionado con la aprobación de las garantías exigidas en el clausulado de los convenios se encuentra:

- Garantía de cumplimiento equivalente al 20% del convenio realizado.
- Pago de Salarios indemnizaciones y prestaciones sociales por el 8% del valor total del recurso transferido para obra.
- Responsabilidad Civil Extracontractual equivalente al 10% del valor total del recurso transferido para obra.
- Póliza de estabilidad de la obra por el 10% del valor del convenio.

El Convenio de Cooperación, como lo ha denominado la administración contiene pactada una cláusula de gratuidad (Cláusula tercera), pero el Director local de Salud Área Rural doctor Carlos Guzmán Ocampo mediante oficio 4145-108 de marzo 30 de 2009 señala: *"Todos los presupuestos de inversión realizados por la Secretaría de Salud tienen incluido dentro del cálculo del AIU, un porcentaje de utilidad del 9.5%..."* *"Igualmente se incluyen las cantidades adicionales por descuento de la utilidad, las cuales están proyectadas ha realizarse en los acueductos de.... y, para el convenio 4145.0.27.1.020 se utilizara en el acueducto de la cabecera de Montebello."* Siendo éste el aporte del que trata la Cláusula Segunda numeral primero, donde señala que el Comité ejecutará una mayor cobertura de obra en cantidad y calidad por valor de \$ 226.715.475, según anexo No. 2 del Convenio.

Es muy preocupante y riesgoso que el Municipio de Santiago de Cali - Secretaría de Salud, entregue a un Contratista, la suma de \$ 2.202.638.290 en el mes de

diciembre, sin haberse iniciado el objeto contractual, dinero que debió ser desembolsado en la medida que se diera el avance de la obra.

No se evidenció que el Comité de Contratación del Municipio de Santiago de Cali, efectuara el análisis y viabilidad del contrato o convenio realizado.

- Convenio 4145.027.1.022

En el convenio se estipula un aporte de recursos por valor de \$78.000.000 representados en apoyo parcial en el fortalecimiento administrativo y socialización del proyecto durante la intervención de la Federación de Cafeteros – COMITÉ VALLE DEL CAUCA. De igual manera el convenio contempla que la Federación Nacional de Cafeteros ejecutará una mayor cobertura de obras en cantidad y calidad de acuerdo al presupuesto concertado entre las partes por valor de \$165.235.290, según anexo No. 2 del convenio.

De lo anterior se deduce que el aporte inicial por recurso equivalente a \$78.000.000 se puede considerar como un aporte real al convenio por parte del COMITÉ, pero en lo referente al aporte relacionado con el compromiso de ejecutar mayor cobertura de obra en cantidad y calidad por valor de \$165.231.290 no se considera como un aporte real del COMITE debido a que éste tiene su origen en la utilidad liquidada en los presupuestos de obra de dicho convenio que es equivalente al 9.5%, por lo cual dentro de su liquidación la Secretaría de Salud incluye las cantidades adicionales a ejecutar por descuento de la utilidad como se evidencia en el oficio No. 4145-108 de marzo 30 de 2009, signado por el director local de salud área rural, situación que difiere de lo estipulado en el convenio en la cláusula segunda numeral 1 donde se estipula los aportes entre las partes, en la que el Municipio de Cali- Secretaría de Salud, aporta \$2.287.148.915, según lo acordado previamente entre las partes según el anexo No. 1 del convenio.

En lo relacionado con la aprobación de las garantías exigidas en el clausulado de los convenios se encuentra:

- Garantía de cumplimiento equivalente al 20% del convenio realizado.
- Pago de Salarios indemnizaciones y prestaciones sociales por el 8% del valor total del recurso transferido para obra.
- Responsabilidad Civil Extracontractual equivalente al 10% del valor total del recurso transferido para obra.
- Póliza de estabilidad de la obra por el 10% del valor del convenio.

El Convenio de Cooperación, como lo ha denominado, contiene pactada una cláusula de gratuidad (Cláusula tercera), pero el Director local de Salud Área Rural doctor Carlos Guzmán Ocampo mediante oficio 4145-108 de marzo 30 de 2009 señala: *"Todos los presupuestos de inversión realizados por la Secretaría de*



G

Salud tienen incluido dentro del calculo del AIU, un porcentaje de utilidad del 9.5%...." "Igualmente se incluyen las cantidades adicionales por descuento de la utilidad, las cuales están proyectadas ha realizarse en los acueductos de Campoalegre y Alto de los Mangos, para el convenio 4145.0.27.1.022 y..." Este sería el aporte de que trata la Cláusula Segunda numeral primero donde se señala que el Comité ejecutará una mayor cobertura de obra en cantidad y calidad por valor de \$165.231.290 según anexo No. 2 del Convenio.

Reiteramos la preocupación de este organismo de control fiscal sobre el riesgo que el Municipio de Santiago de Cali - Secretaría de Salud, entregue a un Contratista, la suma de \$2.412.832.058 en el mes de diciembre, sin haberse iniciado el objeto contractual.

No se evidenció que el Comité de Contratación del Municipio de Santiago de Cali, efectuara el análisis y viabilidad del contrato o convenio realizado.

Frente a la Línea de Auditoria: Gestión Financiera en armonía con el ejercicio del principio de legalidad que regula la gestión contractual de los pagos realizados hasta ahora a FEDECAFE – COMITÉ VALLE DEL CAUCA, tenemos:

Revisados los registros contables y presupuéstales se determinó que:

a.) El Municipio de Santiago de Cali (Secretaría de Salud Pública Municipal) pagó la totalidad de los convenios Nos 4145.0.27.1.020 y 4145.0.27.1.022, del 18 de noviembre y 12 de diciembre de 2008, respectivamente con la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia-Comité del Valle del Cauca- por valor de \$2.202.638.290 y \$2.412.832.058, con una duración de siete meses en el mes de diciembre de 2008, sin que se haya recibido el bien o servicio y se contabilizó como un gasto de la vigencia 2008, a través del registro debito en la cuenta 55 "Gasto Público Social" y las subcuentas 5502 (Salud) y 5503 (Agua Potable y Saneamiento Básico), contrariando el principio de Contabilidad Pública de Causación o Devengo, que determina que los hechos económicos, sociales y ambientales deben de reconocerse en el momento en que sucedan, con independencia del momento en que se produzca la corriente de efectivo o del equivalente que se derive de éstos.

Lo anterior indica que los Estados Contables con corte a diciembre 31 del 2008 y correspondientes al Municipio de Santiago de Cali, no reflejan la realidad de la situación financiera con corte a esa fecha, pues en el estado de actividad financiera, económica, social y ambiental se relaciona en la cuenta 55 "Gasto Público Social" el valor de \$4.615.470.348 como gasto del periodo, sin que efectivamente este gasto se haya causado en la vigencia fiscal del 2008.

b.) Se ejecutaron los compromisos presupuéstales de los convenios anteriormente descritos en la ejecución presupuestal del año 2008, sin que se



haya recibido el bien o servicio, cuando se trata de contratos o convenios como lo indica el artículo 1 del Decreto 1957 de mayo 30 de 2007, "por el cual se reglamentan normas orgánicas del presupuesto y se dictan otras disposiciones en la materia"

La Entidad debe aplicar el Principio de Contabilidad Pública de Devengo o Causación y artículo 1, Decreto 1957 de mayo 30 de 2007, porque se evidencia el no cumplimiento de las normas presupuestales y contables del Sector Público Colombiano lo que evitaría registros contables y presupuestales que afectan la razonabilidad de los Estados Contables y la Ejecución presupuestal del Gasto vigencia 2008.

- Convenio No. 4145.027.1.023.2009

Dentro de la Auditoria Gubernamental con Enfoque Integral modalidad especial a los planes de mejoramiento en la Secretaria de Salud Pública Municipal, Vigencia 2008 - 2009, se evidenció que el Municipio de Santiago de Cali - Secretaría de Salud Pública Municipal, el 01 de octubre de 2009, celebro nuevamente Convenio con la misma persona jurídica en comento, el cual en su contenido presenta similitudes con los convenios ya enunciados tanto en su estructura como en su legalización.

Acorde con lo enunciado y los elementos de trabajo revisados en el ejercicio de la gestión fiscal SE ADVIERTE:

Ninguna autoridad pública so pretexto de celebrar contratos bajo la modalidad de convenio puede transferir u otorgar recursos públicos bajo disposición, para realizar actividades propias regladas, eludiendo principios de la gestión contractual, pues dicha práctica contraviene abiertamente el deber ser.

El patrimonio del Municipio se ve seriamente comprometido y amenazado al realizar desembolsos totales por el valor de los convenios con anterioridad al inicio de la obra, incluso sin las firmas de las correspondientes actas de inicio como se señala en los convenios.

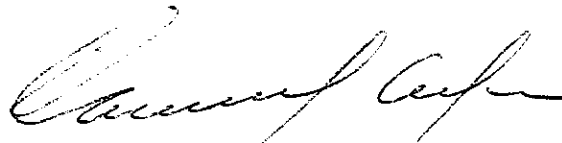
No resiste ningún juicio de valor que, si estamos frente a convenios de cooperación, no se vislumbre que los aportes de la entidad cooperante no guarde proporciones con relación a los efectuados por la entidad estatal, sino que la entidad estatal transfiere en el mas alto porcentaje unos valores para que la contratante los administre y realice unos obras, además los aportes en dinero deben consignarse en una cuenta en donde se le haga un respectivo control, debiendo resaltar que dichos aportes deben ser manejados con la mayor cautela porque se constituyen como una cuenta por cobrar, es decir un activo a favor de

la entidad estatal y no un gasto, puesto que éste sólo se configura en la medida que las actas de interventoría son recibidas a satisfacción por la Entidad Estatal.

Así entonces, Señor Alcalde, resulta preocupante para este ente de control, que con las observaciones realizadas a los convenios celebrados y pagados en su totalidad en el último trimestre de la vigencia del 2008, para ser ejecutado durante toda la vigencia del año 2009, su Despacho celebre nuevamente otro convenio con la misma persona jurídica, con iguales propósitos y dentro del mismo contexto jurídico, presuntamente generado riesgos, en cuyo caso, comedidamente recuerdo a usted, que la competencia para ordenar, dirigir, celebrar y escoger contratistas en una gestión contractual, recae en su Despacho en la calidad de jefe de la administración municipal o representante de la misma, según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 80/93, por tanto, las normas de los procedimientos contractuales deben interpretarse de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente regulados, de ahí, que la responsabilidad de la gestión contractual recae en su titularidad, o según el caso, en su delegado.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 80 de 1.993 en armonía con el 101 de la Ley 42 de 1.993, con el debido respeto, requiero de su Señoría, que presente un informe a este Despacho, dentro del término de cinco (5) días hábiles, sobre el estado de la ejecución de los convenios realizados y previa estudio de los mismos, adoptar los correctivos necesarios para evitar que en lo sucesivo se presenten las inconsistencias reseñadas.

Atentamente,



ALMA CARMENZA ERAZO MONTENEGRO
Contralora General de Santiago de Cali.

GRC/clm.

