



El vacío legal del Decreto 092 del 2017 a la luz del artículo 355 de la Constitución Política sobre la contratación pública especial con las ESAL que desconocen los principios de transparencia y eficiencia, bajo el estudio del análisis económico del derecho desde la óptica de la teoría de Richard Posner.

Kevin Alejandro Rodríguez León

Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás

Maestría, Derecho Contractual Público y Privado

Director trabajo de grado: Doctora Viviana Beatriz Barajas Villareal

Bogotá, Colombia

Noviembre, 2025

TABLA DE CONTENIDO

Resumen.....	4
Abstract.....	5
Introducción.....	7
Objetivo general.....	9
Objetivos específicos.....	9
El vacío legal del Decreto 092 del 2017 a la luz del artículo 355 de la Constitución Política sobre la contratación pública especial con las ESAL que desconocen los principios de transparencia y eficiencia, bajo el estudio del análisis económico del derecho desde la óptica de la teoría de Richard Posner.....	
1. Capitulo primero: análisis de los procedimientos contractuales especiales públicos con las ESAL y su composición.....	10
1.1. Nacimiento del artículo 355 de la Constitución de 1991.....	10
1.2. Nacimiento del Decreto 092 de 2017.....	11
1.3. Sobre los procedimientos especiales públicos: contratación con las ESAL.....	12
1.3.1. Sobre los convenios de asociación.....	12
1.3.2. Sobre los convenios interadministrativos.....	14
1.4. Composición y estructura de las diferentes fundaciones.....	15
1.4.1. Requisitos de existencia generales y especiales.....	15
1.4.2. Tipos de fundaciones.....	16
2. Capitulo segundo: la importancia del principio de eficiencia y transparencia teniendo en cuenta su posible incumplimiento en los procesos de contratación pública especial con las ESAL.....	18
2.1. La importancia del principio de eficiencia.....	18
2.2. La importancia del principio de Transparencia.....	20

2.3. Los procedimientos de contratación especial con las fundaciones en Colombia no son eficientes ni transparentes.....	21
3. Capitulo tercero: Análisis económico del derecho a la luz del artículo 3 del Decreto 092 de 2017 bajo la teoría de Richard Posner.....	24
3.1. Richard Posner y el artículo 3 del Decreto 092 de 2017.....	26
3.2. Aproximaciones de la teoría de Richard Posner con las ESAL en Colombia.....	30
3.3. La teoría de Pareto y Kaldor Hicks sobre el principio de eficiencia.....	32
4. Conclusiones.....	33
5. Referencias.....	35

RESUMEN

El presente trabajo presenta un estudio de fondo respecto del artículo 355 de la Constitución de 1991 a la luz del vacío reglamentario del artículo 3 del Decreto 092 de 2017, el cual tiene como objetivo resaltar el desconocimiento jurídico en los procedimientos contractuales especiales públicos con las Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL).

Para probar lo anterior, se realizará un análisis de la composición de las ESAL así como de los diferentes procedimientos de contratación, igualmente se revisará si existe o no incumplimiento en la aplicación de los principios de eficiencia y transparencia para este tipo de contrataciones, esto último soportado bajo la tesis del Análisis Económico del Derecho (AED) desde la perspectiva de la teoría de Richard Posner, quien insiste en la importancia de contener una estructura legal eficiente con el objetivo constitucional de generar una prosperidad general y transparente agregando un mayor valor social, incitando a una mayor participación en la composición de normas y procedimientos contractuales con las ESAL, en donde se incluyan ciencias como la economía y el derecho dentro de su estructura normativa para tener una mejor toma de decisiones de manera razonable. Es pertinente indicar que, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (ANCP – CCE) incorporó una guía de contratación con las ESAL para el Decreto mencionado, el cual está suspendido provisionalmente.

La presente investigación pretende abordar las implicaciones y efectos jurídicos frente a la contratación con las ESAL en Colombia, en la medida que este asunto se ha convertido en una problemática actual que vienen teniendo las fundaciones en este campo, en donde los principios generales de la contratación más específicamente los de eficiencia y transparencia se ven desconocidos por completo. Es por ello que, para desarrollar este propósito se orientará primero en el análisis de los procedimientos especiales con las ESAL y su composición en virtud del Decreto 092 del 2017 a la luz del artículo 355 de la Carta de 1991; segundo, explicar la importancia del principio de eficiencia y transparencia vinculados en los procedimientos especiales de la contratación pública con las ESAL para determinar su posible incumplimiento y por último, determinar a la luz del Análisis Económico del Derecho, más específicamente bajo la teoría de

Richard Posner, si el artículo 3 del Decreto 092 de 2017 es eficiente, dado que este enfoque reconoce la importancia de un sistema jurídico sólido frente a los contratos públicos con las fundaciones de forma detallada con el propósito de desarrollar mejores prácticas y así intentar el mejoramiento de una estructura normativa competente frente a los convenios de asociación y convenios interadministrativos con las ESAL con el fin de maximizar la eficiencia y evitar el desperdicio de recursos públicos.

Todo lo anterior, desde el método de investigación cualitativo, de carácter analítico, deductivo y sintético que permitió estudiar situaciones y casos dentro del contexto de la contratación con las fundaciones, a través de fuentes documentales y teorías económicas que dieron como resultado que las normas establecidas en el Decreto 092 de 2017 de acuerdo con el art 355 de la Constitución política no responden a criterios de eficiencia por cuanto sus normas no generan un incentivo necesario para garantizar la contratación de estas entidades en términos de eficiencia y transparencia.

Palabras claves: ESAL, fundaciones, contratación pública, eficiencia, transparencia, análisis económico del derecho.

ABSTRACT

This paper presents an in-depth study regarding Article 355 of the 1991 Constitution in light of the regulatory gap of Article 3 of Decree 092 of 2017, which aims to highlight the legal ignorance in special public contractual procedures with Non-Profit Entities (ESAL).

To demonstrate the above, an analysis will be conducted of the composition of non-profit entities (ESALs) and their various contracting procedures. It will also be reviewed whether or not there is non-compliance with the principles of efficiency and transparency in these types of contracts. This latter point will be supported by the Economic Analysis of Law (EAL) framework, specifically from the perspective of Richard Posner's theory. Posner emphasizes the importance of an efficient legal structure with the constitutional objective of generating general and transparent prosperity, thereby adding greater social value. This framework should encourage greater participation in the drafting of regulations and contractual procedures for ESALs,

incorporating disciplines such as economics and law into its normative structure to facilitate better and more informed decision-making. It is worth noting that the National Public Procurement Agency – Colombia Compra Eficiente (ANCP – CCE) incorporated a guide for contracting with ESALs into the aforementioned Decree, which is currently suspended.

This research aims to address the legal implications and effects of contracting with non-profit organizations (ESALs) in Colombia, given that this issue has become a current problem for foundations in this field, where the general principles of contracting, specifically those of efficiency and transparency, are completely disregarded. Therefore, to achieve this objective, the research will first focus on analyzing the special procedures for ESALs and their structure under Decree 092 of 2017, in light of Article 355 of the 1991 Constitution; second, to explain the importance of the principles of efficiency and transparency linked to the special procedures of public procurement with non-profit entities (ESALs) in order to determine their possible non-compliance; and finally, to determine, in light of the Economic Analysis of Law, more specifically under the theory of Richard Posner, whether Article 3 of Decree 092 of 2017 is efficient, given that this approach recognizes the importance of a solid legal system regarding public contracts with foundations in detail, with the purpose of developing best practices and thus attempting to improve a competent regulatory structure regarding association agreements and inter-administrative agreements with ESALs in order to maximize efficiency and avoid the waste of public resources.

All of the above, from the qualitative research method, of an analytical, deductive and synthetic nature, which allowed the study of situations and cases within the context of contracting with foundations, through documentary sources and economic theories that resulted in the conclusion that the rules established in Decree 092 of 2017 in accordance with Article 355 of the Political Constitution do not respond to efficiency criteria because their rules do not generate a necessary incentive to guarantee the contracting of these entities in terms of efficiency and transparency.

Keywords: ESAL, foundations, public procurement, efficiency, transparency, economic analysis of law.

INTRODUCCIÓN

La presentación del siguiente artículo estará compuesto por 3 capítulos de los cuales tratarán sobre los procedimientos contractuales especiales públicos de las ESAL y su composición donde se evidencia los diferentes requisitos generales y especiales, tipos de las fundaciones, clases de fundaciones, que fines sociales tiene las fundaciones, tipo de instituciones, las diferentes formas que se financian las fundaciones centrados en el Decreto 092 de 2017 donde explican el vacío legal, sobre los convenios de asociación y convenios interadministrativos.

Así las cosas, se hará un breve análisis sobre el surgimiento histórico del artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017, en donde se explicará la importancia de su incorporación en el sistema colombiano, igualmente, se desarrollará de manera concreta el nacimiento del principio de eficiencia, haciendo énfasis a la optimización de recursos, y la satisfacción de las necesidades asegurando la calidad de los bienes y servicios. De igual forma se revisará el principio de transparencia, que juega un papel relevante dentro de los procesos de contratación, toda vez que, tiene como fin el de nombrar al mejor proponente, revisar detalladamente la precisión de la información y que esta sea congruente respecto al objeto del contrato, las reglas, los plazos y los tiempos, estos últimos diseñados de forma justa y precisa con los diferentes entes públicos.

Todo lo anterior teniendo en cuenta que, el incumplimiento de estas reglas puede verse como una clara ineficiencia de la norma, claro está desde la óptica del análisis económico del derecho, toda vez que, en la actualidad las entidades estatales y las fundaciones dentro de sus procedimientos contractuales especiales públicos muestran señales de conductas y procedimientos ajenos a los establecidos. Es por ello que, resulta necesario revisar de manera breve algunos antecedentes que han sucedido en Colombia.

Finalmente, el último acápite estará dedicado al desarrollo de la teoría de Richard Posner a la luz del AED del Decreto 092 del 2017, para efectos de dejar claridad sobre si existe realmente un vacío en la norma o si por el contrario obedece a un problema de eficiencia de la misma, en

este último capítulo se intentará analizar la relación entre dos ciencias: i) la economía y ii) el derecho, para efectos de determinar con la ayuda de ilustres autores si esta figura puede generar mayores incentivos de responsabilidad en la ejecución de estos proyectos de carácter especial. Así las cosas, con el ejercicio del análisis económico del derecho y bajo la teoría de Richard Posner se puede dar una solución a esta problemática que se presenta, mejorando la estructura normativa en el campo de la contratación pública con las ESAL, para que con ello se genere un valor social y se disminuya el extravío de recursos públicos.

En Colombia, el tema de la contratación con las fundaciones genera un serio problema que, podría denominarse “*un vacío legal*” desde un primer punto, toda vez que, al parecer se están afectando los procedimientos contractuales especiales públicos con estas entidades, sin embargo el análisis ejecutado permite comprender que existe una clara ineficiencia de la norma, por lo que surge el siguiente interrogante *¿ El vacío legal del Decreto 092 del 2017 a la luz del artículo 355 sobre la contratación pública especial con las ESAL desconocen los principios de transparencia y eficiencia bajo la perspectiva del análisis económico del derecho y su aplicación de la teoría de Richard Posner?* El estudio que se realiza a continuación aporta hallazgos relacionados con la ineficiencia del Decreto 092 de 2017 en cuanto a la contratación pública con las fundaciones, además cumple con la finalidad de apoyar a la comunidad jurídica y académica en cuanto se ofrece una alternativa desde las teorías económicas, en materia de la norma como de los principios generales de la contratación enfocados en los principios de transparencia y eficiencia.

La metodología de investigación utilizada se centra en la recolección, el análisis, la comparación y la síntesis de diferentes fuentes documentales tanto a nivel académico como legal, determinando un enfoque cualitativo e inductivo.

OBJETIVO GENERAL.

Determinar, a la luz del artículo 355 de la Carta Magna y en virtud del Decreto 092 de 2017 el vacío legal que existe en los contratos especiales suscritos con las ESAL, en donde se puede evidenciar un claro incumplimiento de los principios de eficiencia y transparencia, todo lo

anterior bajo la perspectiva del análisis económico del derecho (AED) y la teoría económica de Richard Posner.

OBJETIVOS ESPECIFICOS.

1. Analizar en materia contractual los procedimientos especiales con las ESAL y su composición en virtud del Decreto 092 del 2017 a la luz del artículo 355 de la Constitución Política de 1991.
2. Explicar la importancia del principio de eficiencia y transparencia vinculados en los procedimientos especiales de la contratación pública con las ESAL para determinar su posible incumplimiento.
3. Determinar a la luz del análisis económico del derecho (AED) y bajo la teoría de Richard Posner, la eficiencia del artículo 3 del Decreto 092 de 2017.

EL VACÍO LEGAL DEL DECRETO 092 DEL 2017 A LA LUZ DEL ARTÍCULO 355 SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPECIAL CON LAS ESAL QUE DESCONOCEN LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA Y EFICIENCIA A LA LUZ DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED) BAJO LA TEORÍA DE RICHARD POSNER.

I. Análisis de los procedimientos contractuales especiales públicos con las ESAL y su composición.

En este acápite se va a dilucidar el surgimiento del artículo 355 de la Constitución de 1991 y los decretos que hoy constituyen el Decreto 092 de 2017, igualmente, los diferentes procedimientos contractuales especiales públicos de las ESAL, la exposición de los convenios interadministrativos y convenios de asociación reconocer el comportamiento de las ESAL en la contratación pública especial de Colombia. Por otro lado, la composición y estructura de las ESAL

reconociendo sus requisitos generales y especiales, tipos de fundaciones, clases de ESAL, fines, tipos de institución y como se financian estos entes.

1.1. El nacimiento del artículo 355 de la Constitución de 1991.

El surgimiento del artículo 355 de la Constitución de 1991 se llevó a cabo con el fin de abolir los auxilios parlamentarios, como antecedentes se destacan: la Constitución Política de 1886 artículo 76 numeral 20; la reforma constitucional de 1945; la reforma constitucional de 1968 y el artículo 6 del Decreto 130 de 1976, los cuales permitieron exponer los diferentes problemas en sus normatividades. Del mismo modo, la asignación de recursos que los congresistas utilizaban para bienes y servicios de forma directa sin ninguna regulación contractual y legal dentro del gasto público resultaron ineficientes en su momento, tal como lo analiza Carlos Grajales “*Que de común acuerdo entre el Congreso y el Gobierno tenían el 20% de inversión con la facultad de manejo*”. (Carlos Grajales, 2022, p. 12). Esto llevo a cabo la regulación de los Decretos 777 de 1992 y Decreto 2459 de 1993. Respecto a esto, el Dr. Vladimiro Naranjo Mesa en sus diferentes casos como juez dirimiendo asuntos sobre la contratación con fundaciones a nivel nacional identificó el extravío de más de \$88.400 000.000 sin que los entes de control hicieran algún seguimiento. (Corte Constitucional, Sentencia C- 372 de 1994).

En la actualidad, el Decreto 092 de 2017 y la guía de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente (ANCP – CCE) presentan varios problemas normativos que no le permiten cumplir su fin, tan es así que inconvenientes de este estilo abarcan otros asuntos como por ejemplo en el caso del Plan de Alimentación Escolar de los últimos años, en donde se observó la necesidad de mecanismos jurídicos que permitieran equilibrar las relaciones en la contratación pública con las fundaciones para evitar los llamados sobrecostos. (Durán, 2021, p. 2).

Este enunciado normativo permite entender que las ESAL están facultadas para acceder al presupuesto público por medio de convenios de asociación con idoneidad reconocida con el propósito de sacar adelante actividades de interés social que generen valor público en comunidad

relacionadas con el plan de desarrollo. Ahora bien, los convenios de colaboración que participan en este gremio son intermediarios en los procedimientos contractuales especiales públicos que benefician a grupos que estén en pobreza extrema, indefensión, debilidad manifiesta, entre otros, ofreciendo bienes y servicios básicos y esenciales.

Surge entonces la idea de crear un procedimiento de selección especial en la contratación pública para que todas las ESAL puedan participar y ejecutar sus actividades con el uso de recursos públicos que permitan servir al país, a través de convenios interadministrativos o convenios de asociación que cumplan con los objetivos de los planes y programas que la comunidad necesite y que estén relacionados con el Plan de Desarrollo. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 355).

1.2. Nacimiento del Decreto 092 de 2017.

Como lo expone Grajales (2022) dentro de los antecedentes de los contratos públicos con las ESAL principalmente surge el Decreto 777 de 1992, en donde empieza el gobierno a regular por medio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la inclusión de estos contratos que regula el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, enfocados en proyectos de interés públicos, donde ofrece requisitos, procedimientos, formalidades e incluyen al sector salud pero, no se tenía en cuenta para la época la experiencia de las fundaciones en materia contractual, en medida que, en este momento su aprobación la concedía por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES). (p. 13)

De allí desprende la misma línea que da apertura en los procedimientos de selección de contratación directa con las ESAL a través de convenios de asociación de una forma más sólida, brindando elementos en materia contractual para las fundaciones por medio del Decreto 2459 de 1993, el cual incluyó aspectos complementarios relacionados con los contratos a los que hace alusión el inciso segundo del artículo 355 donde esos planes y proyectos que los aprobaba el CONPES ahora sin la confirmación del Consejo de ministros. (Grajales, 2022, p.p. 13-14). Posterior a esto, surge el Decreto 092 de 2017 que tiene como objetivo el de crear una figura jurídica especial para las fundaciones con reconocida idoneidad que dan apertura a los convenios de asociación y convenios interadministrativos dentro de los procedimientos especiales públicos

donde el mejor oferente recibe los recursos del erario, para llevar a cabo actividades que resuelvan necesidades y generen bienestar general. Es preciso resaltar que, el propósito de este nuevo decreto autónomo era resolver la problemática de los auxilios parlamentarios por medio del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución del 91, donde por medio de los convenios interadministrativos y los convenios de asociación participarían en la contratación pública.

1.3. Sobre los procedimientos especiales públicos: contratación con las ESAL.

En el siguiente espacio se dedicará a los convenios de apoyo en el país dado que son actores importantes para poder cumplir los fines esenciales del Estado, luego, se explicarán los diferentes procedimientos especiales públicos de contratación con las ESAL partiendo de la creación de los convenios de asociación y su relevancia en los procesos contractuales especiales en Colombia. En este punto será necesario resaltar, la razón de ser de los convenios y contratos interadministrativos en materia contractual con las fundaciones en la satisfacción de necesidades básicas y esenciales de la sociedad, siendo estos importantes para reconocer como las fundaciones.

1.3.1. Sobre los convenios de asociación.

Frente a los convenios de asociación, Guarnizo (2018) explica que, después de la revolución industrial el Estado intervenía en la regulación de actividades económicas, mercantiles, entre otras, y se estaba estructurando a un estado que equilibraba la relaciones privadas y públicas con intereses generales, lo que posteriormente sería el llamado, Estado Bienestar y que con su evolución el país construiría el llamado un Estado Social de Derecho. (p. 20). Dicho lo anterior, al Estado le surge la necesidad de fomentar la participación de convenios de asociación por medio del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 con el propósito de desarrollar los fines esenciales para el bien común, Igualmente, la contratación pública en su modelo agrega la celebración de contratos con particulares y se fomentan los convenios de asociación y los contratos interadministrativos. (Guarnizo, 2018, p. 41.). Chávez (2008) explica que la motivación de estos convenios de asociación es lograr cumplir los fines esenciales del Estado Social de Derecho donde posee medios para prestar servicios, suministrar bienes y ejecutar obras por medio de la función pública entre la

entidad estatal con la ESAL, teniendo en cuenta que el primero es la regla general y la segundo es la regla excepcional o especial donde aúnan esfuerzos primando el interés general. (Chávez, 2008, p. 28.).

Posteriormente para el año 2016, el Departamento Administrativo de la Función Administrativa a través del concepto 167881 “*Creación de una entidad sin ánimo de lucro con fundamento en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998*”. Fortaleció la figura de los convenios de asociación la cual esta respaldada por el artículo 355 de la Constitución Política, el cual permite a las instituciones públicas contratar servicios con personas jurídicas particulares como son las (ESAL).

Por último, es importante indicar que existe una tipología como bien lo expone la autora Guarnizo (2018), para los convenios de asociación: donde existen 2 inclinaciones; i) los celebrados entre personas jurídicas llamados convenios interadministrativos y ii) los celebrados entre entidades públicas con particulares llamados convenios de asociación actualmente son llamados convenios de apoyo. (p. 39).

1.3.2. Sobre los convenios interadministrativos.

Santofimio (1914) expone que los contratos y los convenios interadministrativos son elementos que se han definido con exactitud jurisprudencialmente, pero, no legalmente, los primeros están sujetos por obligaciones entre partes con contraprestación patrimonial y los segundos están sujetos a llevar a cabo colaboraciones entre instituciones sin contraprestación. (p. 33.).

Respecto de los convenios, Tamayo (2022) indica que, son todas las colaboraciones entre entes como procedimientos entre una entidad sin ánimo de lucro y una entidad estatal que se centran en el cumplimiento de fines, funciones y cometidos estatales, a diferencia de los contratos interadministrativos que son otra posibilidad de materializar los cometidos públicos e instituciones que puedan garantizar en su objeto social el cumplimiento de la misionalidad, ya que esta figura

es con fines de apoyo y cooperación institucional para que la población se beneficie de las actividades enmendadas en el objeto de carácter benéfico y estos hacen parte de la actividad contractual del estado donde las entidades que lo suscriben son solo con intereses generales esto se vuelve un procedimiento de contratación especial público que relaciona el apoyo estatal por medio de convenios interadministrativos que cooperen con proyectos a la población indefensa y desamparada (p. 185).

Así las cosas, aunque las normas no expresan estas figuras jurídicas como procedimientos de selección precisamente, la jurisprudencia tuvo que invertir frente a los procedimientos contractuales especiales con las fundaciones, exponiendo como lo indicó el Consejo de Estado que, de acuerdo con el artículo 3 del Decreto 093 de 2017, las fundaciones tienen la posibilidad de utilizar el procedimiento de selección de la contratación directa que es aplicable en los convenios interadministrativos, en donde se aúnan esfuerzos para un cometido que resuelva una necesidad para un objetivo común, pero para que esto sea posible se deben cumplir con unos requisitos como por ejemplo que la finalidad del contrato sea para fines de interés público y que la entidad pública justifique la eficiencia y eficacia de la contratación con la fundación. (Consejo de Estado, Sentencia 17767 de 2011).

Ya para finalizar, es importante aclarar que son dos figuras jurídicas diferentes que poseen distintos procedimientos y significados, pero que lamentablemente hoy en día algunos creen que convenio y contrato son sinónimos.

1.4. Composición y estructura de las diferentes fundaciones.

En el siguiente espacio se puede observar los diferentes requisitos generales y especiales que se deben constituir, los tipos, las clases, los fines, diversidades institucionales inmersas en esta figura con las ESAL y como se financian dentro del proyecto de investigación para poder adquirir mayor claridad sobre su esencia organizacional y por último varios aspectos novedosos que las fundaciones presentan.

1.4.1. Requisitos de existencia generales y especiales de las fundaciones.

Según Uribe (2020), es importante tener en cuenta el requisito de capacidad de las fundaciones, en donde puede el sujeto ficticio adquirir idóneamente derechos y deberes de forma consciente desarrollando el objeto lícito y causa lícita, pues es allí en donde la fundación va a ejecutar sus tareas y objetivos predominando siempre el interés general, reuniendo esfuerzos entre entidades públicas y fundaciones sobre todas las motivaciones que se van a desarrollar. (Uribe, 2020). Pero no sólo basta con este requisito, también existe otros importantes que están relacionados con la esencia de la entidad como lo es el interés de asociarse en el acta de constitución donde es la manifestación de querer formar una entidad no lucrativa, la oportunidad de tener una diversidad de sujetos que puedan integrarse donde se puede dar el derecho de poder unirse por un mismo fin, igualmente, los aportes que se llevan a cabo por cada uno de los socios.

De acuerdo con el manual básico sobre las fundaciones, queda claro que el Decreto 092 de 2017 clasifica las tareas donde una fundación participa públicamente ofertando sus servicios para la satisfacción de necesidades de la comunidad, así como las características esenciales de las fundaciones, el funcionamiento democrático que son las mismas reglas constitutivas, la asamblea general de socios, el tipo de personas, la misión y visión de la fundación, la credibilidad que refleja la duración permanente, independencia de otras organizaciones donde existen estatutos, si son un grupo de personas naturales o jurídicas, se reflejan los objetivos, si no se da la oportunidad de que sea rentable para el individuo, la capacidad del interviniente, el fundamento constitucional, la renovación del registro, la representación legal de la fundación, los estatutos, el control interno y los alcances de los actos de sus representantes. (Uribe, 2020, p.p. 24-25).

Una crítica respetable frente al asunto es la de Suárez y Guarnizo (2019), que analizan la ausencia de lineamientos estrictos a la hora de seleccionar una fundación que no cumplen con los requisitos esenciales y que por lo tanto, surge la obligación de subcontratar las labores que forman el propósito y la misionalidad de la organización, entonces es por esta misma razón que se

desvirtúa esta figura jurídica de las fundaciones, en la medida que, no cumplen con requisitos como el deber de ser de *reconocida idoneidad y experiencia* como bien lo establece la Constitución Política de 1991 y normas concordantes. (Suárez y Guarnizo, 2019, p. 14).

1.4.2. Tipos de fundaciones.

En este punto se busca establecer las diferentes clases de fundaciones donde se puede identificar el impacto que tiene a nivel nacional en los diferentes sectores y su participación en el Estado Social de Derecho con el fin de cumplir los fines esenciales que se exponen en el artículo 2 de la Constitución Política.

De acuerdo con el manual básico de las fundaciones, las diferentes clases de ESAL están compuestas por asociaciones así: i) 12.637 donde las asociaciones son grupos no lucrativos que implementan funciones para el bien común, estas instituciones están compuestas por la libertad de voluntad de los asociados que conforman una personalidad jurídica donde se reinvierten las ganancias para aumentar el patrimonio de la asociación, *tienen capital mixto*; ii) fundaciones 10.206 que son entes que dan origen por declaración de voluntad entre uno o más fundadores enfocados en un propósito colectivo y solidario en una utilidad común donde las utilidades se *reinverten en la misma fundación* para satisfacer a la comunidad y demostrar una mejor calidad en el territorio que generen un valor social y iii) cooperativas 7.118 que son organismos sin ánimo de lucro donde los empleados son los aportantes con el fin de distribuir eficientemente los bienes y servicios para satisfacer las necesidades de la sociedad, son entes que constantemente *generan aportes propiamente* con el fin de poder utilizar los recursos para los fines sociales y solidarios.

Así mismo y atendiendo a las estadísticas del DANE presentada en el 2017, las fundaciones pueden clasificarse por sectores, verbi gracia, sector religioso (6.437), corporativo (5.048), salud (4.278), educación (3.185), fondos de empleados (2.016) y clubes (715). (DANE, 2017). También, se puede observar de gran escala que las entidades sin ánimo de lucro pueden verse reflejadas en un importante número de entidades de diferentes tipos organizacionales que tienen como misionalidad servir a un sector por medio de juntas de acción comunal, las cuales se encuentran

reguladas por la Ley 743 del 2002 y Decreto 2350 de 2003, Entidades Científicas, Tecnológicas, Culturales e Investigativas regulado por el Decreto Distrital 530 de 2015, Asociaciones Agropecuarias y Campesinas Nacionales regulado por el Decreto 1279 de 1994, Asociaciones juveniles regulado por la Ley Estatutaria 1622 de 2013 y Ley Estatutaria 1885 de 2018, Asociaciones mutuales; Ley 79 de 1988 y Asociaciones de Copropietarios reguladas por la Ley 820 de 2003 y Decreto Distrital 071 de 2004.

Dicho lo anterior, se puede indicar que, las fundaciones juegan un papel relevante en la participación social, en la medida que son de gran utilidad para el Estado, puesto que, tienen el propósito de sumar en el plan de desarrollo. Además de, cumplir con sus requisitos tanto de forma como de fondo, entre los que se destacan, el llevar a cabo una buena contabilidad, planificación y evaluación para llevar una mayor transparencia. (Cabra, 2001), estar registradas en SECOP II, aunque, analizar la composición interna, la liquidez, organización, estructura, credibilidad y capacidad, entre otras, (Acosta, 2019, p. 42). En virtud de lo expuesto, los mecanismos especiales enfrentan grandes retos debido a la falta de regulación y el conocimiento limitado sobre esta modalidad de contratación. (Ochoa, 2024, p.55), por lo que se “aconseja que los principios generales de la contratación estatal y las normas imperativas sean aplicables”. (Vélez, 2019).

II. La importancia del principio de eficiencia y transparencia teniendo en cuenta su posible incumplimiento en los procesos de contratación pública especial con las ESAL.

En este acápite se pretende explicar de manera breve pero concreta la importancia de los principios de eficiencia y transparencia siendo un punto central en los procedimientos contractuales especiales públicos suscritos con las ESAL, permitiendo analizar situaciones precisas que dejen claro que su inaplicación atenta contra todos los principios en materia contractual.

2.1. La importancia del principio de eficiencia.

El principio de eficiencia hace parte dentro de los principios elementales y generales de la contratación estatal que promueven el bien común y el correcto uso del gasto público con base en la delegación, descentralización y desconcentración, tan es así que, el artículo 363 involucró al sistema tributario eficiente donde debe haber un recaudo adecuado que se ajuste al menor costo y mejor calidad para el estado y los ciudadanos. Siguiendo la misma línea, Baldassa (2007) considera que el principio de eficiencia consiste en defender el bien común como propósito fundamental de la administración pública, derivado de la propia razón de ser del Estado, implícitamente previsto en todo el ordenamiento jurídico. (p. 96).

En lo que respecta a este principio, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispone intrínsecamente que en la contratación estatal se debe buscar el cumplimiento de los fines del Estado a través de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, optimizando así el uso de los recursos públicos, por lo tanto, este principio se garantiza a través de la aplicación de normas y procedimientos claros para la adjudicación, ejecución y supervisión de los contratos, fomentando la transparencia y evitando la corrupción. Tesis que fue igualmente estudiada Rueda (2011) al explicar que entre más se optimizan recursos mayor ahorro de recursos se conseguirá y, por tanto, menos gasto será necesario para garantizar una cantidad determinada de servicios públicos a la sociedad. (p. 6).

Según Camargo (2013) el principio de eficiencia es aquel que impone a la Administración Pública directa e indirecta y a sus agentes la búsqueda del bien común, mediante el ejercicio imparcial, neutral, transparente, participativa y eficaz (p. 5). Complementando esta idea, Lanius (2018) expresa que; el principio de eficiencia es y será en todo momento un mandato de optimización esencial y necesario, pero, nunca podrá ser eficiente plenamente (p. 124). Lo anterior nos lleva a una precipitada conclusión y es que toda institución es ineficiente por naturaleza y no es posible satisfacer absolutamente todas las necesidades.

Se puede observar entonces que, este es uno de los principios rectores y de optimización más complejos de cumplir, puesto que se incorporan otras herramientas como la planificación estratégica y la legalidad para obtener resultados que satisfagan las necesidades. Es por ello que, la ineficiencia y el incumplimiento de los requisitos en los procesos de contratación con las fundaciones dejan claro el problema de la omisión en la aplicación de instrumentos legales, dogmáticos y procedimientos contractuales que comprometen seriamente la transparencia en la gestión pública. (Olmos, 2019, p. 24).

2.2. La importancia del principio de Transparencia.

El cumplimiento de los principios generales de la contratación y más concretamente el principio de transparencia, implica que los procesos que se lleven a cabo entre el estado y los particulares deben obedecer a criterios claros, objetivos, públicos e imparciales, garantizando con ello la igualdad y una selección objetiva al mejor proponente. Es por ello que, se vuelve esencial su aplicación en los procesos de contratación con las ESAL, dado que se debe ajustar a los requisitos legales de contratación como por ejemplo estar inscritos en el registro único de proponentes (RUP) demostrando tanto su capacidad jurídica como financiera, demostrando adicionalmente que no están incurso en inhabilidades e incompatibilidades para contratar y su la acreditación de la experiencia previa la cual es requerida en los pliegos de condiciones del proceso a celebrar, lo anterior para garantizar el bienestar social.

Así lo expone de manera concreta el artículo 23 de la ley 80 de 1993 en donde este principio se edifica sobre la igualdad de todos los interesados, la objetividad, la neutralidad y la claridad de las reglas y condiciones para la presentación de las ofertas, con el fin de tener un proceso justo. Por eso como señala Vernis (2004) en la gestión de las fundaciones se establece propuestas que buscan mejorar con éxito las necesidades comunes, demostrando a la comunidad transparencia y confianza en su gestión. (p. 31). En este orden de ideas, la suscripción del contrato debe estar precedida, de acuerdo con la letra del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 de un proceso de licitación o concurso público y, excepcionalmente, de un proceso de contratación directa. (...) Es en desarrollo del principio de transparencia que se impone la obligación de realizar los procesos de licitación, concurso o contratación directa "sin tener en consideración favores o factores de afecto

o de interés" Lo anterior, con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad entre los oferentes y evitar el favorecimiento indebido, por cuanto se estarían desconociendo los principios de igualdad e imparcialidad. (Consejo de Estado, sentencia 17767 de 2011).

2.3. Los procedimientos de contratación especial con las fundaciones en Colombia no son eficientes ni transparentes.

Recae la importancia en este espacio de hablar sobre la falta de cumplimiento de los contratos públicos que tienen las fundaciones por medio los convenios de asociación y convenios interadministrativos, dado que no cumplen con los principios de eficiencia y transparencia. Agregando, que en este antecedente se refleja la importancia de constituir un Decreto autónomo sólido sin que se presente lagunas normativas y contractuales que fomenten la aplicación estricta de los principios ya que actualmente en Colombia, no se cumplen los presupuestos necesarios para que los recursos del gasto públicos garanticen la seguridad jurídica en sus procedimientos contractuales especiales públicos con las fundaciones.

Explica Barrientos Cisneros (2015) que los mecanismos actualmente son lentos, se contratan bienes de baja calidad, contratan funcionarios y servidores incompetentes, procesos pliegos sastre a un determinado proveedor. (p. 13), es decir, la planificación, el proceso de selección, la evaluación la suscripción del contrato y la ejecución del contrato entre el Estado y las fundaciones no esta identificando un elemento relevante como el interés público y su correspondencia con el objeto social de la ESAL, es decir no se están cumpliendo con los requisitos legales y normativos estipulados en el Decreto 092 de 2017.

Entre los casos más relevantes, en donde la anterior manifestación queda claramente probada en casos como el de FUNCICAR Y TENARCO, pues como lo menciona Masson. J y Zambrano (2022) fue evidente la vulneración a los principios de la contratación más exactamente al principio de transparencia.

El primer caso corresponde al contrato de licitación con Funcicar el cual se encuentra asociado al carrusel de la contratación en Bogotá, por más de \$ 92.000.000.000, en donde se llevó a cabo una contratación directa sin el cumplimiento de requisitos legales, para obtener este contrato. La problemática de este contrato se suscitó en cuanto a que un grupo de empresarios desvió más 80

mil millones de pesos, por lo que el fraude y el incumplimiento contractual causó un impacto significativo en la ejecución de obras públicas.

En el segundo caso, la situación contractual que se presentó con la fundación Tenarco en donde está involucrado el exalcalde Daniel Quintero, este contrato que asciende a más \$3.254 millones de pesos, tampoco obedeció al incumplimiento de los requisitos legales exigidos, irregularidades en los contratos de asociación con la referida fundación y el desvió de fondos públicos. Este último contrato se realizó en privado y a un solo oferente desconociendo el principio de transparencia, además, este contrato no se registró en la plataforma pública de contratación SECOP II. (p. 23).

Continuando con el mismo análisis de casos, es pertinente resaltar un tercer caso el cual tuvo que ver con la ESAL GRUPO INGENIOUS, en donde a través de un convenio de asociación No. COO-001-2020, el cual tenía como objeto mejorar la calidad de vida de 150 adultos mayores en Margarita – Bolívar, se incumplieron los requisitos legales exigidos, en la medida que, quedó probado que era único proponente y que se le adjudicó el contrato al mismo, desconociendo no sólo el principio de transparencia en la contratación sino todos los principios que establece la constitución y la ley, toda vez que, de conformidad con el Decreto 092 de 2017 no se cumplieron los requisitos exigidos, es decir, la invitación y recepción de oferta estuvo en un término menor de 24 horas hábiles sin ser un procedimiento especial competitivo, afectando este proceso, adicionalmente, no hubo dignidad y respeto por la igualdad de oferentes. Bien lo describen algunos autores: se publicó en SECOP I como único oferente, pero, no fue registrada en SECOP II, siendo esto obligatorio de acuerdo con el Decreto 092 de 2017, artículo 9, el cual indica que las ESAL deben registrarse en el SECOP”. (Masson y Zambrano, 2022, p. 27).

Teniendo en cuenta los citados casos, es indispensable innovar en nuevos procedimientos contractuales especiales públicos suscritos con fundaciones, ya que actualmente no se cumple el adecuado manejo y la gestión del gasto en la toma de decisiones que generen valor social, donde refleja inversiones con poca transparencia en los procesos llevados en Colombia. (Boner, 2009, p. 22-23). De igual forma, el Estado Social de Derecho no puede descuidar los recursos, estos deben tener validez, imponiendo a los administradores las precauciones y procedimientos que permitan optimizar al máximo los beneficios legales prometido. (Modesto, 2000, p. 2). Por lo tanto, es el deber de Colombia el crear procesos especiales de contratación con las ESAL donde el Decreto

092 de 2017 cumpla con unos elementos contractuales, legales y unos mandatos de optimización aplicados como lo es el principio de eficiencia y transparencia, y todos los demás principios aplicables en los procesos de contratación, en donde se generen beneficios y no vacíos con el fin de cumplir con los fines del estado. Bajo ese entendido y cumpliendo con lo que determina la constitución y la ley, la buena administración y los esfuerzos serán el resultado de procedimientos eficientes. (Balseca Galán, 2019, p. 29).

Por todo lo anterior, el cumplimiento de los principios de eficiencia y transparencia en los procedimientos de contratación con las ESAL que se centran en el Decreto 092 y la guía de la ANCP – CCE, es una decisión ineficiente que no genera incentivo y en donde se desampara la legalidad y la seguridad jurídica de los contratos suscritos entre las entidades estatales y los particulares a través de las figuras jurídicas como los convenios de asociación y los convenios interadministrativos. (Grajales, 2022, p. 25.)

Aljure (2000) expresa frente a la materia que se ha intentado mejorar el marco normativo de los convenios asociación e interadministrativos, ya que la Constitución de 1991, el Decreto 777 de 1992, Decreto 2459 de 1993 y Decreto 092 de 2017 son normas que implementan mejorar la contratación pública con las ESAL, intentando cuidar en lo posible los dineros del erario; sin embargo, aunque estas normas no complementen estudios juiciosos, si induce a que los funcionarios públicos sean más íntegros y preparados, con el fin de que el principio de transparencia se ilustre en un mayor control público empezando por sus funcionarios, donde se cumplan todos los procesos publicados en SECOP de forma transparente y que sean visibles públicos (p. 24,).

Así las cosas, queda claro que, en reiteradas ocasiones se han violado estos principios de la contratación en especial el de eficiencia y transparencia, en aquellos eventos en donde se suscribieron contratos entre entidades públicas y fundaciones, afectando sin duda los términos del proceso así como la igualdad entre oferentes, lo que a todas luces generaría consecuencias jurídicas relevantes como la nulidad absoluta de los contratos, procesos de responsabilidad disciplinaria y contractual, indemnizaciones por los perjuicios causados, sanciones entre otras tantas pérdidas de beneficios.

III. Análisis económico del derecho a la luz del artículo 3 del Decreto 092 de 2017 bajo la Teoría de Richard Posner.

En este último capítulo surge la necesidad de analizar el artículo 3 del Decreto 092 de 2017 que menciona *“la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, la cual deberá tener en cuenta las normas de transparencia y acceso a la información”*, (artículo y guía que se encuentran suspendidos provisionalmente), bajo la teoría de la eficiencia que propone el autor Richard Posner, para poder determinar si las normas, decretos, principios hasta el momento discutidos son eficientes y óptimos.

3.1. Richard Posner y el artículo 3 del Decreto 092 de 2017.

Resulta pertinente precisar que, el análisis económico del contrato debe partir de la racionalidad del ser humano sobre las normas y la interpretación que se les da a estas luchar contra la escasez para poder brindar la satisfacción a las necesidades que generen valor social, así, la economía se vuelve un todo frente la dificultad que hay en la contratación pública con las fundaciones donde se puede concertar aspectos macroeconómicos que generen desigualdad, disminución de la condición de vida y bajos índices de desarrollo humano si no se le brinda atención.

Desde el análisis económico del derecho (AED) frente al Decreto 092 de 2017 en conjunto con la Guía de Colombia Compra eficiente se presenta una distribución desigual de renta, por cuanto que el mercado no está ofreciendo instrumentos normativos con criterios eficientes que subsanen la desigualdad, además en dicha distribución de recursos no se cumple con las necesidades que generen valor social a la sociedad. Uniendo lo anterior con la omisión en la aplicación de los principios de eficiencia y de transparencia, se evidencian consecuencias jurídicas graves que perjudican el bienestar social generando conflictos sociales.

Así las cosas, esta problemática que se presenta en la norma analizada, muestra una compleja situación entre el vacío legal y la inaplicación de los principios y normas contractuales donde no hay una conexión entre derecho y economía, por lo que, es menester su participación

para resolver las dificultades que enfrenta actualmente Colombia frente a los procedimientos de contratación especiales públicos con las fundaciones.

Ante esta situación, con la aplicación del AED se pueden crear reglas de comportamiento donde existan beneficios colectivos, afectando los costos por la toma de decisiones en la complementación de normas que generan premios o castigos a los individuos. Entonces tanto el Decreto 092 de 2017 como la Guía de ANCP – CCE pueden ser instrumentos ineficientes y que no son útiles frente al problema en cuestión, puesto que para el incumplimiento de estas normas no hay sanciones en la conducta humana como debería ser para que los individuos reduzcan los comportamientos contrarios en la contratación pública con las ESAL y así mismo reduzcan los casos donde las fundaciones son ineficientes de acuerdo a su objeto contractual, por lo tanto, a través del análisis económico se permite que esas conductas fomenten decisiones eficientes para que las probabilidades reduzcan esta problemática.

Según Salamá (2012), se hace necesario establecer que las normas deben tener intrínseco el principio de eficiencia con el fin de ser más justas las decisiones generando un máximo de riqueza y valor social en la sociedad provocando mayor utilidad, valor, libertad e igualdad. (Salamá, 2012, p. 14.) Dicho lo anterior, se puede observar que, a partir de este postulado, Richard Posner aplicó el principio de legalidad en conjunto con el análisis económico del derecho, logrando aproximar decisiones administrativas que generen mayor justicia y equidad, convirtiendo al análisis económico del derecho en un instrumento normativo que permite tener los resultados deseados en la sociedad. (Vellozo, 2018, p. 69).

De acuerdo con los estudios anteriormente señalados el AED bajo la teoría de Richard Posner aplicado al Decreto 092 de 2017 se desarrolla por medio de normas jurídicas centradas en maximizar la riqueza y valor social en los diferentes proyectos con las ESAL en el sistema de contratación pública por medio del principio de eficiencia en el uso adecuado de los recursos públicos. Ahora bien, el AED utiliza este principio como apreciación legal donde quiere generar un bienestar colectivo a la sociedad incorporando convenios que puedan reducir los gastos públicos y se vea reflejado en proyectos con las fundaciones que benefician el interés social del Estado, igual, en el AED aplicado en este caso intenta incentivar comportamientos eficientes y castigar actuaciones que desgasten de forma injustificada y aprovechada los recursos.

Este análisis intenta dar una opción de mejora de las relaciones entre las fundaciones y el Estado generando mayor valor social en los casos donde hay una asimetría de la información conociendo que el Estado no conoce con exactitud los costos de las ESAL y su eficiencia. Así mismo, este tipo de análisis aplicado en el Decreto 092 intenta ser un instrumento para inspeccionar los costos y rendir cuentas a los entes de control.

Entonces, el propósito del AED en el Decreto 092 de 2017 es garantizar la protección del uso de los recursos de las ESAL preocupándose en generar incentivos para la sociedad. Desde la óptica de Posner el aprovechamiento de normativas ofrece resultados *costo – beneficio*, es allí en donde el Decreto objeto de estudio intenta decrecer la productividad frente al uso de los recursos del erario. Ahora bien, desde el AED se pueden presentar varias vicisitudes en este decreto autónomo que no permiten maximizar la riqueza y generar valor social. Así las cosas, las fundaciones pueden generar costos que desconozcan el criterio de eficiencia en la normatividad por falta de información terminando en procesos que no generan beneficios sociales, también, en el AED se pueden concentrar los contratos públicos especiales para un grupo específico de fundaciones, generando dificultades en la libre concurrencia de las fundaciones; es por ello que, con el Decreto autónomo se pueden generar demoras y vacíos interpretativos en virtud de la suspensión provisional por carencia de competencia del ANCP – CCE.

Bajo ese orden de ideas, no es posible que solamente el derecho pueda crear justicia social por lo que requiere de otras ciencias como la economía para cumplir con los compromisos y dar resultados que se quieren llegar como sociedad, en otras palabras, con la unificación de disciplinas se genera un avance evolutivo en la resolución y toma de decisiones con un enfoque más amplio que permita hacer las cosas diferentes. Actualmente, se presentan los mismos problemas con las fundaciones y es porque se ha utilizado el mismo método para resolverlo, por eso, el proyecto tiene un pensamiento Posneriano ya que es consciente y necesario incluir otra disciplina para tomar decisiones diferentes obteniendo resultados diferentes.

Igualmente, como se puede observar en el Decreto 092 de 2017 que el vacío legal crea declinaciones en sus actuaciones desconociendo los principios de eficiencia y y como bien lo expone Vellozo (2018) el Derecho y Economía comprenden la aplicación de las teorías y métodos empíricos de la economía para las instituciones centrales del sistema jurídico (p. 70), cuestión que no es aplicada en el Decreto 092 que menciona los procesos de contratación con las ESAL porque

en su artículo 3 expresa sobre la “*reconocida idoneidad*” donde deben existir mandatos de optimización derivados de principios y valores que generan credibilidad, confianza y seguridad jurídica; sin embargo, hay varios problemas que impactan negativamente en la práctica empezando por el vacío legal, la ausencia de métodos económicos intrínsecos en el sistema jurídico que permitan hacer las cosas diferentes y la suspensión provisional por ser competencia del Presidente de la República y no de la ANCP – CCE, existiendo con ello una extralimitación de funciones.

Ahora bien, cuando se expone la idea de un vacío legal en el decreto autónomo es porque el artículo 3 del Decreto 092 de 2017 queda corto y es de gran facilidad en la sociedad no ser imperativo, es decir, estas normas imperativas no son observadas con la seriedad que debería constituirse para crear un orden público, agregando que este articulado nos traslada a la guía de Colombia Compra eficiente que está suspendida provisionalmente y no incluyen el análisis económico del derecho en los contratos esto sería positivo para obtener mejores resultados, se puede observar la carencia de incentivos que permitan la correcta ejecución de los procesos contractuales especiales con las ESAL. Dicho lo anterior, resulta relevante que el sistema normativo aplique la teoría de Richard Posner que permitan mejorar las decisiones con respecto a las fundaciones y a sus procesos de contratación y con ello aplicar métodos económicos intrínsecos en el sistema normativos de forma completa, detallada, con incentivos de mejora, responsabilidad y seriedad para que sea una norma imperativa con mayor fuerza en Colombia.

De acuerdo con el análisis de la teoría económica del derecho de Richard Posner el precepto normativo anteriormente señalado **no es eficiente** porque no hay una estructura normativa completa que optimice recursos de calidad y si está el fenómeno existente de un individuo social con ausencia de valores, además, no se práctica con exactitud el principio de eficiencia vinculado con el interés general sin un equilibrio legal que permita generar resultados óptimos debido a que se visualiza que las fundaciones de reconocida idoneidad presentan un vacío en la norma y carecen de idoneidad, adecuación y apropiación dentro de la contratación pública, por lo tanto, al no cumplir con su objeto no genera valor social. En otras palabras, no se maximiza la riqueza porque el vacío de la norma genera un precepto ineficiente que no permite que las entidades de reconocida idoneidad actualmente trasladen todos sus recursos para la comunidad efectivamente, el ausentismo legal provoca un comportamiento en el ser humano maximizando sus propios intereses teniendo como efecto el extravío de recursos.

Es por todo lo anterior que, el artículo 3 del Decreto 092 de 2017 desde la óptica del análisis económico del derecho debe tener una atención especial en la innovación de normas que generen incentivos económicos necesarios para demandar las responsabilidades sobre los sujetos que controlen estos recursos, Asimismo, dentro de las leyes que estructuran este tipo de figuras jurídicas que deben incluir el análisis económico del derecho al lado de la austeridad del gasto, aclarando que no hay un seguimiento idóneo reflejado en los casos que se expusieron previamente. Por lo tanto, la norma mencionada tiene vicisitudes legales y la carencia de valores éticos en el comportamiento humano que no permiten generar beneficios eficientes con valor social, por lo tanto, para que maximice la riqueza es importante portar herramientas legales sólidas que incluyan el derecho económico intrínsecamente y resolver los casos con eficiencia.

Finalmente, esta teoría permite comprobar que los contratos públicos celebrados especialmente con las fundaciones no aplican incentivos que permitan eficientemente su propósito y por el vacío jurídico se desvía de su fin u objeto contractual, agregando que hace falta introducir una norma en contratación con las ESAL que defina sobre las clases de responsabilidades que asume los encargados que dirigen estos procesos, aplicar a procesos sancionatorios, especificar normas que se preocupe por los desempeños y el control interno para tener mayor claridad de los procesos, entre otros. Por eso mismo, el ausentismo de estas decisiones infundadas tanto de la entidad estatal como de las organizaciones no lucrativas de reconocida idoneidad no son refutables, acreditables y creíbles por la ausencia del valor social que han generado, por carencia de diseño de normas contractuales completas, por la falta de rendición de cuentas y la transparencia fundacional.

Dicho lo anterior, como conclusión el estado estaría obligado a intervenir para crear una equidad social frente a las dificultades que se avecinan respecto de los procesos de contratación especial con las ESAL redistribuyendo los recursos para cumplir los objetivos de cada año.

3.2. Aproximaciones de la teoría de Richard Posner con las ESAL en Colombia.

Richard Posner acredita que dentro de la superpotencia de la norma deben sujetarse leyes y procedimientos detallados para resarcir los daños patrimoniales mitigando las malas prácticas y evitando el descuido de los recursos públicos. Así las cosas, este enunciado normativo a la luz del análisis del derecho económico con la visión de Richard Posner NO es eficiente porque las reglas de juego deben ser expresas y claras evitando lagunas legales, por lo tanto, la ausencia de estas genera problemas en la comunidad por el comportamiento intuitivo de los individuos que son el resultado de las inequidades sociales. Por eso, la estigmatización constante frente a diferentes fundaciones en todo el país.

Actualmente, el aparato normativo que regula la contratación con las fundaciones específicamente en su artículo 3 del Decreto 092 de 2017 no es clara ni sólida en la estructura normativa contractual, ni genera valor social en la comunidad. Por lo que como lo expone Craswell (2006) las ciencias económicas le han fallado al Derecho en los contratos también desde una perspectiva normativa. (p. 20). Bajo ese entendido, el artículo 3 del Decreto 092 de 2017 de acuerdo con la teoría de Posner la norma comprende un fracaso internamente sobre el análisis económico porque en la norma no se regulan incentivos económicos analizados que se preocupen de forma estricta por estos procesos especiales con la contratación estatal, reiterando que la norma anteriormente señalada y la guía de Colombia Compra Eficiente no son instrumentos normativos eficientes y competentes que involucren el análisis económico del derecho de la forma que no permiten mitigar el desvío de recursos del erario.

Como expresa Carlos Quirama sobre; *“los funcionarios que tienen la capacidad de organizar el gasto trasladan los recursos bajo su responsabilidad, lo más importante es recoger toda la información para que la fundación pueda decidir el traslado de recursos públicos”*. (Carlos Quirama, 2024, p. 28.) Se realiza una crítica frente a la oportunidad de recolectar toda la información necesaria para el proceso especial de contratación con la fundación, teniendo en cuenta que hay unos términos preclusivos y perentorios que deben ser obligatoriamente. Por otro lado,

Rangel (2017) consagra que en el estudio económico legal Posner, se emplean instrumentos económicos para dilucidar el derecho para que sea más eficiente reflejándose en las diferentes

actuaciones y/o contrataciones suscritas por entidades públicas. Para Richard Posner el sistema económico es una ciencia que conoce el tratamiento que se le debe dar al capital siendo este limitado concorde a las exigencias de la comunidad, por lo tanto, el propio pensamiento lógico sobre los costos y beneficios de interés público tienen la intención de visualizar una máxima de riqueza impactando con un valor público social, donde es la unificación entre la ley y la economía en la innovación de normas eficientes sin que afecten principios generales de su teoría moral.

Posner propone una nueva forma de construir el derecho basada en supuestos económicos, es decir, se analiza, organiza y distribuyen los recursos limitados y escasos, con intereses económicos como lo aplica el sistema jurídico estadounidense. (Rangel, 2017, p.p. 3-4). De estos postulados se puede inferir que Posner utiliza preferencias de los individuos por medio de reglas eficientes incorporando el análisis económico del derecho como medios para llegar al deseo de tener resultados que generen valor social y de riqueza en la toma decisiones; a partir de esta lógica se permite tener otros criterios de valoración con resultados distintos generando equilibrios de la intuición del ser humano yendo en contra de la teoría de Pareto. Así, los costos y beneficios eficientes incorporan valores éticos, donde la economía tiene el deber de tomar decisiones morales que reconozcan la comunidad para maximizar la riqueza donde se fundamenta sobre instrumentos legales. (Posner, 2009, p. 329).

3.3. La teoría de Pareto y Kaldor Hicks sobre el principio de eficiencia.

Es importante resaltar que en la teoría de Pareto se intenta aumentar el bienestar general de la sociedad al lado de la percepción individual subjetiva de mejora social donde se mide el nivel de privilegios de cada individuo, en otras palabras, es un sistema que intenta ordenar las preferencias de una forma subjetiva satisfaciendo las necesidades de algunos individuos y otros dejándolos igual, verbi gracia, mejorando el bienestar general de un individuo sin que la de los demás disminuya o empeore su situación. Sin embargo, si se revisa la medida, este método Por lo será insostenible y desgastante en el sistema económico, volviéndose ineficiente. (Copetti Neto, 2011, p. 10).

Una de las críticas a la teoría de Pareto tiene que ver con la imposibilidad de la información coherente respecto de la percepción individual subjetiva que no genera bienestar social, sino solo a algunos privilegiados, igualmente, sobre la negación del derecho individual donde es una opción eficiente - óptimo de Pareto -. (Copetti Neto, 2011, p. 13) Por ejemplo, una ciudad que acumula todos los recursos públicos en cierto grupo preferencial.

Por otro lado, la teoría de Kaldor – Hicks sobre el principio de eficiencia donde se aprecia ganancias sociales que perdidas individuales globales por medio de un sistema de compensación social, en el análisis económico del derecho el autor se centra en la maximización del bienestar general en fundamentos normativos, es decir, construir una compensación social buscando un modelo colectivo que genere los mejores resultados, los más eficientes y efectivos, siempre que otros individuos en mejores situaciones compensen la pérdida de los demás.

Aunque existe la crítica de Kaldor-Hicks en cuanto a que en la toma de decisiones se empeora el bienestar de otro individuo, se discute la compensación total teniendo en cuenta las preferencias individuales por medio de la económica voluntaria, enfocándose en la distribución social de las pérdidas compensadas (Martins Botelho, 2016, p. 11). También, reconociendo que la unión del derecho con la economía como principal motor de cambio en la razonabilidad de la toma de decisiones que permite tener resultados mejores en las diferentes teorías como pasa con Richard Poner y Kaldor Hicks. en resumen, la eficiencia no puede entenderse simplemente como la maximización del beneficio, sino como un mejor ejercicio de las misiones de interés colectivo que incumben al Estado (Santos de Arago, 1977, p. 3). O en palabras de Da Rocha (2018) la eficiencia administrativa deba alcanzar de modo lícito la finalidad legal, finalidad pública, establecida en la ley. (Wunder Hachem, 2018, p. 11).

En virtud de lo planteado previamente a la luz del análisis económico del derecho, se puede concluir que las normas establecidas en el Decreto 092 de 2017 el cual regula lo señalado en el artículo 355 de la constitución política, no responde a criterios de eficiencia por cuanto que sus normas no generan un incentivo necesario para garantizar la contratación de estas entidades en los términos de eficiencia y de transparencia propios del recurso público, en ese orden de ideas, si bien es cierto que, en principio se podría asumir que contratar con las ESAL genera ciertos beneficios, lo que también es cierto es que lo que generan las normas al no tener criterios claros de control es

que se esté utilizando este tipo de asociaciones para evadir la contratación ordinaria a costas del erario público.

Bajo ese entendido, y utilizando los términos de Kaldor Hicks, son mayores los perjuicios que los beneficios, con lo cual no existe un ejercicio de compensación y en virtud de lo planteado por toda la teoría del análisis económico del derecho es una norma que, lejos de ser eficiente desde la perspectiva económica también lo es desde la perspectiva jurídica.

IV. Conclusiones.

- El estudio constató que el escenario jurídico que encamina la contratación pública especial con las Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL) exterioriza deficiencias en el Decreto 092 de 2017 que perjudican la efectividad del artículo 355 de la Carta Magna de 1991. Por lo tanto, la suspensión provisional del Decreto 092 de 2017 en conjunto con la falta de cuidado de la guía emitida por Colombia Compra Eficiente, señala que en el reglamento no existe claridad jurídica, ni unos procedimientos detallados frente al proceso de contratación, vulnerando así no sólo los principios de transparencia y eficiencia sino todos los principios rectores que están estipulados en la constitución y la ley. Adicionalmente, Como quedo demostrado ese vacío en la norma y omisión en el cumplimiento de principios rectores genera no sólo inseguridad jurídica, sino que además impacta negativamente la la gestión de la administración.
- Del análisis efectuado respecto de las ESAL, no cabe duda que el ordenamiento jurídico colombiano dispone de lineamientos generales para su innovación y operatividad, pero, estos son insuficientes para garantizar la idoneidad en la ejecución de recursos públicos, propiciado prácticas como la multiplicidad de organizaciones particulares - fundaciones que no cumplen con los requisitos mínimos, lo que coarta el derecho a la igualdad en los oferentes para escoger la mejor propuesta.
- En lo que respecta a la aplicación y cumplimiento de los principios de eficiencia y transparencia queda claro que, en procesos contractuales entre las entidades públicas y las fundaciones éstos se desconocen, por lo que se producen una serie de consecuencias

jurídicas relevantes como: la nulidad de los contratos celebrados, indemnizaciones frente al incumplimiento contractual, pérdida de derechos como de acciones y sanciones, en virtud que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Ahora bien, las constantes fallas en la planeación, la carencia de libertad de concurrencia, los costos no justificados y las dificultades en la publicación de los procesos perjudican los procedimientos contractuales, puesto que no sólo se están incumpliendo postulados constitucionales sino legales.

- Respecto al Análisis Económico del Derecho (AED) y la teoría de la eficiencia de Richard Posner que se utilizó como herramienta de solución frente a esta problemática, se pudo constatar que, el Decreto 092 de 2017 no cumple con las necesidades y los criterios exigibles y por lo tanto se refuta una norma ineficiente. Según esta perspectiva, las normas deben tener comportamientos socialmente deseables, disminuir los costos de transacción y aumentar el bienestar social; sin embargo, el Decreto 092 carece de incentivos adecuados, mecanismos sancionatorios sólidos e instrumentos económicos capaces de subsanar fallas del mercado como la asimetría informativa, distribución desigual de renta, competencia imperfecta, la concentración de interesados o la inequidad en la distribución de recursos. Estas deficiencias no permiten que la ley contribuya a resultados eficientes y exponen a las entidades públicas a situaciones de ineficacia y pérdida de valor público. En concreto, el Decreto autónomo estudiado no obedece a los principios de eficiencia y transparencia.
- Del estudio efectuado se puede indicar con toda certeza que, se requiere de manera urgente robustecer el régimen que rige la contratación pública con las ESAL, mediante la inclusión de enfoques interdisciplinarios en los que confluyan la economía y el derecho, para que sea más completo, claro y técnico, así como la integración de instrumentos de control interno más exigentes, a fin de obtener procesos que obedezcan a criterios transparentes y eficientes.

V. Referencias Bibliográficas

- Aljure. A, (2016). *Normatividad y jurisprudencia sobre el principio de transparencia en la contratación pública. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/14281>.*
 - Barrientos. P, (2015). *Los actos preparatorios y principio de eficiencia de la contratación pública. Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga. Facultad de derecho y ciencia política. Escuela de formación profesional de Derecho. [file:///C:/Users/Alejandro/Downloads/Tesis%20D54 Bar%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Alejandro/Downloads/Tesis%20D54%20Bar%20(2).pdf)*
 - Barrera. A, Jiménez. N, González. L, Suarez. M, (2013) *Tensiones y Contradicciones de instituciones sin ánimo de lucro (ESAL). Universidad Piloto de Colombia. Facultad de Ciencias Humanas. Humanas. <http://polux.unipiloto.edu.co:8080/00001285.pdf>*
 - Bonet. J, (2013). *¿Por qué es necesaria una gestión fiscal? Banco Interamericano de desarrollo. Sector de capacidad institucional y finanzas. [file:///C:/Users/Alejandro/Downloads/%C2%BFPor-qu%C3%A9-es-necesaria-una-gesti%C3%B3n-fiscal-local%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Alejandro/Downloads/%C2%BFPor-qu%C3%A9-es-necesaria-una-gesti%C3%B3n-fiscal-local%20(1).pdf).*
 - Baldassa. C, (2007). *El principio de eficiencia en la administración pública brasileña. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 6, p. 85-100, 2007.*
 - Cabra. M, (2001). *Propuesta de equilibrio social para fundaciones. Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa. <https://www.redalyc.org/pdf/174/17403904.pdf>*
 - Copetti. A, (2011). *EL SEGUNDO MOVIMIENTO: DERECHO Y ECONOMÍA, LA EFICIENCIA Y EL CONSENSO DEL MODELO NEOCLÁSICO ORDENALISTA SUBJETIVISTA A PARTIR DE RICHARD POSNER: RUPTURA O (RE) ACERCAMIENTO AL DERECHO CONTEMPORÁNEO. Revista de la Academia Brasileña de Derecho Constitucional. Curitiba, 2011, vol. 3, n.º 4, enero-junio, p. 56 <https://www.abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/28/25>.*
 - Camargo. F, (2013). *EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA EN LA GESTIÓN PÚBLICA. Revista CEPPG - CESUC - Centro de Ensino Superior de Catalão, Ano XVI nº 28, 1º Semestre/2013.*
 - Craswell. R, (2006). *En ese caso, ¿cuál es la pregunta?: economía y exigencias de la teoría contractual. IUS ET VERITAS, (32), 57-72. <file:///C:/Users/Alejandro/Downloads/udea,+12378-49237-1-CE.pdf>*
-

- Constitución Política de Colombia, (1991). Colombia; Archivo General de la Nación. <https://normativa.archivogeneral.gov.co/constitucion-politica-1991/>.
 - Congreso de la República de Colombia, (1998). *Ley 489 de 1998: Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=186>.
 - Corte Constitucional, 25 de agosto de 1994 M.P. V. Vladimiro Naranjo Mesa. SC372/94 (Colombia). https://www.redjurista.com/Documents/corte_constitucional_sentencia_de_control_de_constitucionalidad_no.372_de_94.aspx#/.
 - Congreso de la República de Colombia, (1993). *Ley 80: Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304>.
 - Da Silva, GR, y Staack, AL, (2017). *Análisis económico del derecho por Richard Posner y los derechos sociales: un enfoque interdisciplinario*. Revista de Derecho, Economía y Desarrollo Sostenible.
 - Departamentos Administrativo Función Pública. (2016), *Creación de una entidad sin ánimo de lucro con fundamento en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998*. [Concepto 167881 de 2016](#) [Departamento Administrativo de la Función Pública - Gestor Normativo - Función Pública](#)
 - Galán. B, (2023). El principio de eficiencia en el procedimiento administrativo de adopción en el Ecuador. Universidad Nacional de Chimborazo. Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas. Carrera de Derecho. <http://dspace.unach.edu.ec/handle/51000/11286>
 - Grajales. C, E, (2022). *Análisis al decreto 092 de 2017, por medio del cual se reglamentan los contratos estatales en modalidad convenio de asociación con las entidades sin ánimo de lucro-ESAL*. Universidad de Antioquia Medellín. <http://hdl.handle.net/10495/28770>
 - Masson. J. y Zambrano. E, (2005). *violación del principio de transparencia en el Contratación estatal para el trato especial de entidades sin intención de ganancias en Colombia*, Universidad de Medellín, Maestría en Contratación estado.
 - Mandeville, B. (2015). Los Fallos del Mercado.
-

- Martins. M, (2016). *La eficiencia y el efecto Kaldor-Hicks: la cuestión de la compensación social*. Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável. <https://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2019-tesis-felipe->
 - Martínez. C, (2009). *Maximización de la riqueza y la asignación de derechos en Richard posner*. Universidad de Navarra. Persona y Derecho. <https://dadun.unav.edu/server/api/core/bitstreams/64e389eb-bb60-4da5-bf42->
 - Modesto. P, (2000). *Notas para un debate sobre el princípio de eficiência*. Revista Jurídica Virtual - Brasília, vol. 2, n. 18, nov. 2000. <file:///C:/Users/Alejandro/Downloads/admin,+Gerente+da+revista,+Rev18-Artigo->
 - Masson Lezama, J., & Zambrano Almansa, E. T. (2022). Vulneración del principio de transparencia en la contratación estatal por el tratamiento especial a las entidades sin ánimo de lucro en Colombia. https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/7639/T_MCE_583.pdf?sequence=1&isAllowed=y
 - Olmos. S, (2024). *La ineficacia de la ESAL en Colombia: un análisis teórico y práctico De la Ley 1819 de 2016*, Universidad Externado de Colombia.
 - Rangel. G, André. L, (2024). *La constitucionalización de la Contratación con entidades con entidades privadas sin ánimo de lucro de idoneidad reconocida en Colombia*, Institución Universitaria de Envigado, Especialización en Contratación del Estado. <https://bibliotecadigital.iue.edu.co/server/api/core/bitstreams/a1881408-d19f-455e-a546-0c3c62107458/content>
 - Presidencia de la República de Colombia, (2017). *Decreto 092 de 2017: Por el cual regula la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro basado en el artículo 355*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=78935>.
 - Presidencia de la República (2013). *Decreto 1510: Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=53776>.
-

- Quimara. C. (2024). Transparencia financiera y su relación con la eficiencia del gasto público en los funcionarios de la Municipalidad Provincial de San Román.
<https://repositorio.uancv.edu.pe/items/24c96d74-f130-4c32-91ba-5e5f0f8f3b68>
 - Rodríguez. A, (2005). *El análisis económico-financiero de las Entidades No Institucionales Rentable, indicadores de gestión*. Universidad de Zaragoza.
 - Ruiz. G, (2021). La dimensión constitucional del principio de transparencia y el derecho de información activa. UNED. Revista de derecho político.
<https://doi.org/10.5944/rdp.110.2021.30328>
 - Rodríguez. F, (2019). *Kaldor-Hicks aplicado a la compensación por clientela en virtud del artículo 1497 del Código Civil y Comercial de la nación argentina*, Tesis de maestría, Universidad donde Buenos Aires.
<https://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2019-tesis->
 - Rueda. N, (2020) *Manual básico sobre las entidades sin ánimo de lucro – ESAL*. Cámara de Comercio.<https://bibliotecadigital.ccb.org.co/server/api/core/bitstreams/56eea61411b5->
 - Ruiz. G. R. R, (2021). La dimensión constitucional del principio de transparencia y el derecho de información activa. *Revista de Derecho Político*, (110), 47-78.
<https://doi.org/10.5944/rdp.110.2021.30328>
 - Santofinio. J, (1977). *El principio de eficiencia*. nuevo estudio de la teoría de los derechos, Edizioni di Comunità, Milán, 1977
 - Suárez. N. Guarnizo. M, (2019). *Acuerdos de asociación con entidades sin Afán de lucro: deficiencias en su aplicación y perspectivas hacia la eficiencia de la la inversión social* Universidad Santo Tomás. Revista Virtual Via Inveniendi Iudicandi.
<https://www.redalyc.org/journal/5602/560268191009/560268191009.pdf>
 - Sentencia C-372 de 1994, (1994). Corte Constitucional Colombiana. Expediente N° D-520 Magistrado Ponente: Vladimiro Naranja Mesa. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20023402>.
 - Suarez. N. Guarnizo. M, (2019). *Convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro del beneficio y su inclusión como modalidad en el Estatuto General de Contratación estado*. Universidad Santo Tomás de Aquino.
-

- Salamá, B, (2012). *La historia de la decadencia y caída del eficientismo en la obra de Richard Posner*. Revista del Instituto Brasileño de Derecho, Lisboa, 1 (1), 435-483.
https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/01/2012_01_0435_0483.pdf
 - Tamayo. M, (2022). Los contratos estatales en Colombia. Tirant to blanch esfera todo el derecho.
 - Uribe. N, (2020). Manual básico sobre Entidades sin Ánimo de Lucro – ESAL.
<https://bibliotecadigital.ccb.org.co/server/api/core/bitstreams/56eea614-11b5-49ad-a103-656fab70bb7/content>.
 - Valor. C. y Cuesta. M, (2006). *Estructura y gestión financiera de entidades sin ánimo de lucro afán de lucro. Especial atención a la financiación privada*, Revista Española del Tercer Sector. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo>
 - Vélez. D, (2019). *Contratación estatal con entidades sin fines de lucro en Colombia frente a contratos públicos abusivos*, Pontificia Universidad Bolivariana, Programa de Derecho de Medellín. <https://repository.upb.edu.co/handle/20.500.11912/9434>
 - Vélez. L, (2020). *Obstáculos Administrativos de las Organizaciones Sociales (ESAL) en Colombia*. Universidad Eafit, Maestría en Administración en Medellín.
<https://repository.eafit.edu.co/server/api/core/bitstreams/46a7833f-35ff-4aef->
 - Vellozo. L, (2020). “*HÁ MUITO TRABALHO A SER FEITO, COM DISCRICÃO E EFICIÊNCIA*”. https://editorajc.com.br/wp-content/uploads/2022/08/REVISTA-265_DIGITAL.pdf
 - Wunder. D, (2018). *El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
<https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405->
 - Zuleta. C, (2017). *La actividad de la auditoría fiscal, un riesgo para la profesión contable – a desde el ámbito de la corrupción de ESAL*. Universidad Militar Nuevo Granada. Programa de Especialización en Auditoría Tributaria y Auditoría Bogotá Internacional 11 de octubre de 2017.
-