

“MODIFICACIONES AL RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN DE LAS  
ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO EN COLOMBIA”

MARÍA MARGARITA MUÑOZ MENDOZA

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
BOGOTÁ DC  
2018

“MODIFICACIONES AL RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN DE LAS  
ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO EN COLOMBIA”

MARÍA MARGARITA MUÑOZ MENDOZA

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al Título de  
Especialista en Derecho Administrativo

ASESORA  
GILMA YAMILE CUBILLOS GUTIÉRREZ  
ABOGADA

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
BOGOTÁ DC  
2018

**Autoridades Académicas**

**fray JUAN UBALDO LÓPEZ SALAMANCA, O.P.**

Rector General

**fray MAURICIO ANTONIO CORTÉS GALLEGO, O.P**

Vicerrector Académico General

**Magister JULIÁN ALBERTO BECERRA GARCÍA**

Secretario de División de Ciencias Jurídicas y Políticas

**Doctor CIRO NOLBERTO GUECHÁ MEDINA**

Decano Facultad de Derecho

**Nota de Aceptación**

-----  
-----  
-----  
-----

-----

**FIRMA CIRO NOLBERTO GUECHÁ MEDINA**

Decano Facultad de Derecho

-----

**FIRMA GILMA YAMILE CUBILLOS GUTIÉRREZ**

Directora Trabajo de Grado

-----

**FIRMA**

Jurado

-----

**FIRMA**

Jura

Bogotá DC, Julio de 2018

## **Dedicatoria**

A la memoria de mi padre, mi mejor amigo y gestor de mis sueños...

## **Agradecimientos**

A mi madre, ejemplo de integridad y fortaleza en todos los momentos de mi vida.

## Tabla de contenido

|                                                                                                   |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Resumen .....</b>                                                                              | <b>8</b>  |
| <b>Abstract .....</b>                                                                             | <b>9</b>  |
| <b>Introducción.....</b>                                                                          | <b>10</b> |
| <b>Antecedentes, alcance y elementos esenciales del artículo 355 de la Constitución Política.</b> | <b>12</b> |
| <b>Reglamentación del artículo 355 de la Constitución Política.....</b>                           | <b>17</b> |
| Decreto 777 de 1992.....                                                                          | 17        |
| Decreto N° 092 de 2017.....                                                                       | 20        |
| Aspectos innovadores del Decreto N° 092 de 2017 .....                                             | 23        |
| <b>Conclusiones .....</b>                                                                         | <b>33</b> |
| <b>Bibliografía .....</b>                                                                         | <b>35</b> |

## Resumen

El Régimen especial de contratación consagrado en el artículo 355 de la Constitución Política confiere al Gobierno nacional y territorial la facultad de apoyar actividades de interés público de las entidades sin ánimo de lucro.

A partir de su reglamentación en el año 1992 y hasta el año 2017, los denominados contratos de interés público y cuya aplicación tiene carácter excepcional, se realizaron de forma directa y bajo un régimen especial.

No obstante lo anterior, en la práctica y de conformidad con los informes de los entes de control, dicha figura se ha venido aplicando de manera equivocada y extralimitada por las diferentes entidades públicas, al punto de convertirse en muchos casos, en la regla general, desbordando los reglamentos y ocasionando detrimento al erario y a los intereses generales del Estado.

Por tal razón, fue objeto de nueva reglamentación por parte del ejecutivo mediante el Decreto 092 de 2017, con el fin de mitigar los riesgos de corrupción, evidenciados ampliamente por los organismos de control y los medios de comunicación.

El presente documento aborda esta problemática desde el punto del análisis normativo y documental, a fin de determinar si los diferentes reglamentos expedidos por el gobierno nacional han contribuido a mitigar los riesgos de corrupción en la contratación con entidades sin ánimo de lucro en Colombia.

**Palabras clave:** contratos de interés público, entidades sin ánimo de lucro, contratación directa, proceso competitivo de contratación, planeación, selección objetiva.



### **Abstract**

The special hiring regime enshrined in article 355 of the Political Constitution confers on the national and territorial government the power to support activities of public interest of non-profit entities. From its regulation in the year 1992 until 2017, the so-called contracts of public interest and whose application is exceptional, were made directly and under a special regime. Notwithstanding the above, in practice and in accordance with the reports of the control entities, this figure has been applied in a wrong way and exceeded by the different public entities, to the point of becoming, in many cases, the general rule, overflowing the regulations and causing detriment to the treasury and the general interests of the State. For this reason, it was subject to new regulation by the executive through Decree 092 of 2017, in order to mitigate the risks of corruption, evidenced extensively by the media. This document addresses this problem from the point of normative and documentary analysis, in order to determine if the different regulations issued by the national government have contributed to mitigate the risks of corruption in contracting with non-profit entities in Colombia.

**Key words:** public interest contracts, non-profit entities, direct contracting, competitive hiring process, planning.

## **Introducción**

El presente trabajo de investigación busca analizar el régimen especial de contratación de las entidades sin ánimo de lucro en Colombia, abarcando los antecedentes que le dieron origen, su posterior consagración en la Constitución de 1991 y las respectivas reglamentaciones que han sido expedidas mediante los Decretos N° 777 y 1403 de 1992 y 092 de 2017.

A partir de dicho análisis, el cual es principalmente de carácter documental tanto de textos históricos para la determinación de las situaciones que antecedieron a la inclusión de esta figura en el texto constitucional, como de la normatividad expedida por el Gobierno nacional, se plantea como pregunta de investigación si dichos reglamentos han contribuido a mitigar los riesgos de corrupción en la contratación con entidades sin ánimo de lucro, o si por el contrario continúan favoreciendo los intereses de unos pocos en detrimento del bien común.

El tema de este proyecto de investigación es en la actualidad uno de los más importantes en la agenda del gobierno en la lucha contra la corrupción, por cuanto las prerrogativas de orden constitucional y legal atribuidas a las entidades del Estado para contratar con entidades sin ánimo de lucro la ejecución de proyectos y programas de interés público, constituyen una herramienta de gestión que permite llegar a las comunidades más desprotegidas.

No obstante lo anterior, la misma se ha venido aplicando de manera equivocada y extralimitada por las diferentes entidades públicas, al punto de convertirse en muchos casos, en la regla general de contratación, desbordando los reglamentos y ocasionando detrimento al erario y a los intereses generales del Estado.

Es por ello, que resulta de gran importancia conocer el alcance de las nuevas disposiciones expedidas por el gobierno nacional el año anterior a fin de determinar si en comparación con el anterior reglamento, éstas resultan suficientes para prevenir el despilfarro de los recursos públicos y de esta manera garantizar que los mismos se orienten exclusivamente a los grupos poblacionales más necesitados.

En este orden de ideas, el presente trabajo contiene dos capítulos, el primero denominado antecedentes que abordará la problemática presentada bajo la denominación de “auxilios parlamentarios” y un análisis del artículo 355 de la Constitución Política; el segundo, en el cual se realizará, un análisis comparativo de las disposiciones contenidas en los Decretos N° 777, 1403 de 1992 y 092 de 2017, complementado con la Guía para la contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad expedida por Colombia Compra Eficiente, algunos fallos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado y doctrina. Finalmente, las conclusiones del examen realizado en relación con la incidencia que la norma vigente tendrá en la prevención de prácticas corruptas en la celebración de este tipo de contratos.

### **Antecedentes, alcance y elementos esenciales del artículo 355 de la Constitución Política**

Al referirse a los antecedentes de la Constitución de 1991, el profesor Augusto Hernández Becerra (Hernández Becerra, 2001) manifiesta que en palabras de Manuel José Cepeda "Uno de los principales incentivos para que el pueblo se volcara a las urnas para integrar una Asamblea Constitucional fue el descontento de amplios sectores de la población con el Congreso de la República" (Introducción a la Constitución de 1991, Presidencia de la República, 1993).

Agrega el doctor Hernández Becerra que por ello buena parte de las reformas introducidas por la Constitución al Congreso conciernen al ámbito de la ética (régimen estricto de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones; supresión de la inmunidad parlamentaria; acción de pérdida de investidura; prohibición de los "auxilios parlamentarios"; supresión de la inmunidad parlamentaria). (Hernández Becerra, 2001)

Frente al caso objeto del presente trabajo, esto es, la prohibición constitucional de las ramas y órganos del poder público de decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, la Corte Constitucional realizó un análisis sobre el propósito del Constituyente de 1991 al consagrar dicha prohibición, expresando que la Constitución Política de 1886, incluyó dentro del ámbito de competencias del Congreso de la República, el fomento de "empresas útiles y benéficas, dignas de estímulo o apoyo" y, a su vez, confirió a las Asambleas departamentales la facultad de fomentar industrias, con los recursos propios de la respectiva entidad territorial. Esta norma permaneció vigente hasta el momento en que operó su derogación por la Constitución de 1991, precisando, que bajo la reforma de 1945, se condicionó la referida facultad del legislativo a la "estricta sujeción a los planos y programas correspondientes" y bajo la reforma constitucional de 1968, consolidó la posibilidad de otorgar esos auxilios y ayudas no sólo en referencia al Congreso sino también respecto de las Asambleas y de los Concejos municipales.

En opinión de la Corte, el objetivo que en este campo se pretendía realizar, se cumplió cabalmente en un comienzo, puesto que las cuotas presupuestales que cada uno de los congresistas recibían eran invertidas en sus respectivas circunscripciones electorales para el

impulso de empresas útiles o benéficas. No obstante, bien pronto, prácticas politiqueras empezaron a desvirtuar el fin para el cual fue concebida la norma comentada, generando una distorsión de tal magnitud que vino a constituirse en una de las mayores fuentes de corrupción, desprestigio y envilecimiento de la función legislativa. La perversión aludida se valió del expediente de crear un sinnúmero de corporaciones o fundaciones privadas hacia las cuales se desviaron los recursos. Proliferaron, entonces, las actividades dignas de estímulo, las consiguientes instituciones y por ende las leyes de auxilios como mecanismo apropiado para conceder favores y obtener a cambio la conservación o el aumento de clientelas políticas.

Asimismo, se favorecieron los desequilibrios regionales derivados de la proporción en que cada región estaba representada y las partidas fueron aumentando en cuantías que se terminaron orientadas al patrimonio de los congresistas o hacia la financiación de campañas electorales, ante la inexistencia de mecanismos de control sobre la inversión y destinación de dichos recursos. (Corte Constitucional, C-372 de 1994)

Ante tal situación, por demás evidente, diversos sectores de la opinión pública rechazaron explícitamente este tipo de prácticas, razón por la cual, en el proceso que condujo a la expedición de la Carta Política de 1991, se insistió en eliminar los denominados auxilios parlamentarios, no sólo a nivel del Congreso sino también a nivel de las restantes corporaciones públicas de elección popular.

En efecto, la exposición de motivos del "Proyecto de Acto Constituyente de Vigencia Inmediata", por medio del cual algunos dignatarios buscaban que la Asamblea Nacional Constituyente dictara en forma urgente medidas tendientes a controlar los abusos derivados del manejo de los denominados "auxilios parlamentarios" expresó:

*"Inicialmente todos los auxilios se destinaban para ejecución directa por los municipios, juntas de acción comunal o agencias gubernamentales. A la vuelta de pocos años, sin embargo, alguien se inventó la figura de las fundaciones o corporaciones privadas como destinatarias de los recursos y se las ingenió para, a través de ellas, manejar autónomamente fondos públicos, prácticamente sin control fiscal; lo que permitió*

*inclusive atender con ellos gastos o inversiones personales del congresista que decretaba el auxilio o el pago de activistas electorales y el directo soborno a jefes municipales o comunales”.* (Corte Constitucional, C-372 de 1994)

Para la Corte, las anteriores consideraciones demuestran y justifican la contundente prohibición que contiene el artículo 355 de la Constitución, el cual, por lo demás, responde a un propósito meritorio que busca corregir situaciones anómalas que se buscaba suprimir definitivamente. (Corte Constitucional, C-372, 1994)

El texto del citado artículo es el siguiente:

*ARTICULO 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.*

De lo anterior puede colegirse que la intención del artículo 355 fue mantener la asignación de recursos públicos para impulsar programas y actividades de interés público, a través de la celebración de contratos con personas jurídicas "privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad", de conformidad con los requisitos constitucionales y la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

En este sentido, en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado para fijar el alcance de la restricción consagrada en el citado artículo. En este trabajo se resalta la Sentencia C-254 de 1996, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, que resume los lineamientos básicos sobre el sentido y alcance de la prohibición constitucional de los auxilios, así:

(1) La prohibición de los auxilios y donaciones, es la respuesta al abuso derivado de la antigua práctica de los "auxilios parlamentarios", y en buena medida explica su alcance. (2) La prohibición de los auxilios y donaciones, no significa la extinción de la función benéfica del Estado, la cual puede cumplirse a través de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad. (3) El auxilio o donación, materia de la prohibición, se caracterizan por la existencia de una erogación fiscal en favor de un particular sin que ella tenga sustento en ninguna contraprestación a su cargo. Igualmente, corresponden a estas categorías, las transferencias a particulares, que no estén precedidas de un control sobre los recursos o que éste no pueda realizarse con posterioridad a la asignación. Finalmente, se califican de esta manera, las prácticas que por los elementos que incorporen, puedan tener la virtualidad de revivir la proscrita figura de los auxilios. (4) Por vía negativa, no se consideran auxilios o donaciones, las transferencias presupuestales que se hacen a entidades descentralizadas. (5) No se estima que se viole el artículo 355 de la C.P., cuando el Estado otorga subsidios, estímulos económicos, ayudas o incentivos, en razón del cumplimiento de deberes o principios de origen constitucional que describen actividades públicas irrenunciables. (Corte Constitucional, Sentencia C-254, 1996)

Los elementos esenciales de este régimen especial de contratación con entidades sin ánimo de lucro (Rodríguez Tamayo, 2017, pp. 2-5) son los siguientes:

(1) Entidad contratante: en virtud de lo dispuesto en el artículo 355 este tipo de contratos sólo pueden ser celebrados por las entidades pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público, en contraste con la disposición de la Constitución de 1886 en la que esta facultad se encontraba asignada exclusivamente al Congreso de la República. Sobre el particular, el autor señala el Concepto de Colombia Compra Eficiente en virtud del cual se precisa que los organismos y las entidades con régimen especial previstas en el artículo 40 de la Ley 489 de 1993 que se encuentran sometidas a un régimen de contratación de derecho privado no forman parte del Gobierno Nacional y por ende no son sujetos de aplicación del régimen de contratación del artículo 355 de la Constitución política.

(2) Contratista: se refiere exclusivamente a las personas jurídicas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, excluyendo de manera expresa a las personas naturales y las personas

jurídicas con ánimo de lucro. Son entidades sin ánimo de lucro - ESAL – aquellas personas jurídicas, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, de ser representadas judicial y extrajudicialmente, con sujeción a las disposiciones legales y a sus propios estatutos, las cuales nacen por voluntad de sus asociados o por la libertad de disposición de los bienes de los particulares, para la realización de fines altruistas, gremiales o de beneficio comunitario, las cuales, por su actividad se clasifican en: culturales, ambientales, científicas, tecnológicas, investigativas, agropecuarias, gremiales, juveniles, de profesionales, democráticas, participativas, sociales, de bienestar social, cívicas, entre otras. ((Manual de entidades sin ánimo de lucro, Secretaría Jurídica Distrital, 2013)

(3) Objeto contractual: este tipo de contratos deben tener como objeto el impulso de programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo nacional, departamental, distrital o municipal, según el nivel de la entidad contratante.



## Reglamentación del artículo 355 de la Constitución Política

### Decreto 777 de 1992

En desarrollo de la atribución conferida por el artículo 355 de la Constitución Política, el Presidente de la República expidió el Decreto 777 de 1992 “Por el cual se reglamentan la celebración de los contratos a que refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”, cuyos aspectos fundamentales se resumen en el siguiente cuadro:

**TABLA 1**

### Regulación Decreto 777 de 1992, modificado por el Decreto 1403 de 1992

| Entidades contratantes                                 | La Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|--------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Contratistas</b>                                    | Entidades sin ánimo de Lucro de <i>reconocida idoneidad</i> , entendida ésta como la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato, la cual deberá ser evaluada por la entidad contratante mediante escrito debidamente motivado.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| <b>Objeto</b>                                          | Impulsar programas y actividades de interés público cuya naturaleza corresponda con el objeto social de la entidad sin ánimo de lucro                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| <b>Requisitos</b>                                      | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Constar por escrito y sujetarse a los requisitos y formalidades legales para contratación entre particulares;</li> <li>2. Publicarse en el Diario Oficial o el instrumento que haga sus veces en la entidad territorial cuando la cuantía supera los 100 salarios mínimos mensuales;</li> <li>3. Contar con aprobación del Consejo de Ministros cuando dichos contratos tengan cuantía superior a 5000 salarios mínimos mensuales y sean celebrados la Nación, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas, cuando dichas entidades descentralizadas pertenezcan al orden nacional.</li> </ol> |
| <b>Exclusiones al ámbito de aplicación del Régimen</b> | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos</li> </ol>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |

**especial del Decreto 777/92**

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;

2. Las transferencias que se realizan con lo recurso de los Presupuestos Nacional, Departamental, Distrital y Municipal a personas de derecho privado para que, en cumplimiento de un mandato legal, desarrollen funciones públicas o suministren servicios públicos cuya prestación esté a cargo del Estado de acuerdo con la Constitución Política y las normas que la desarrollan;
3. Las apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas, como son la cooperativas públicas, o de corporaciones y fundaciones de participación mixta en cuyos órganos directivos estén representadas entidades públicas en forma proporcional a sus aportes, de acuerdo con las disposiciones estatutarias de la corporación o fundación;
4. Las transferencias que realiza el Estado a personas naturales en cumplimiento de las obligaciones de asistencia o subsidio previstas expresamente en la Constitución y especialmente de aquellas consagradas en los artículos 43, 44, 46, 51, 368, 13 transitorio y 46 transitorio de la misma;
5. Los contratos que de acuerdo con la ley celebre la entidad pública con otras personas jurídicas, con el fin de que las mismas desarrollen un proyecto específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con las precisas instrucciones que esta última les imparta.

Además de las entidades públicas previstas por la Constitución y la ley, incluyen las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas".

**Autorización del Representante Legal de la Nación o la entidad territorial o quien actúe como delegataria de éstas**

Cuando la entidad contratante sea un establecimiento público, una empresa industrial y comercial del Estado o una sociedad de economía mixta sujeta al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado

**Garantías**

1. El contratista constituirá garantías adecuadas de manejo y cumplimiento cuya cuantía determinará la entidad contratante (fianzas de bancos o pólizas de seguros expedidas por compañías vigiladas por la Superintendencia Bancaria);
2. Cuando el valor del contrato sea inferior a cien salarios mínimos mensuales podrán aceptarse otras garantías reales o personales, que a juicio de la entidad pública contratante garanticen el manejo adecuado de los recursos

Como se observa, esta reglamentación concibe una forma de contratación directa en la cual opera algún tipo de liberalidad que se ha convertido en la regla general de contratación en algunas entidades públicas, sumado al hecho de que en la escogencia de las entidades sin ánimo de lucro que ejecutan dichos programas, los factores de experiencia e idoneidad pasan a un segundo plano, propiciando con ello la desviación de recursos públicos con la consecuente afectación a los derechos de las poblaciones más vulnerables. (Decreto 777 de 1992 “Por el cuál se reglamentan la celebración de los contratos a que refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”, 1992)

Es el caso, por ejemplo, del cartel de enfermos mentales en Sucre, donde la Contraloría identificó cinco instituciones en las que se concentraron contratos por millonarios recursos (más de 3.000 millones de pesos en el 2016) para atender a personas con enfermedades psicológicas, las cuales no contaban con la reconocida idoneidad, pues se trataba de centros recién creados. Igualmente, en Corozal, una institución llegó a recibir pagos por cerca de 2.155 millones de pesos para la atención de pacientes psiquiátricos que en realidad no existían. Esta misma entidad cuya experiencia está relacionada con atención de drogadicción, suscribió contratos en el año 2014 con la Alcaldía de Sincelejo para el suministro y adecuación eléctrica del coliseo, objeto muy distinto a salud. Casos como los que aquí se enuncian, son innumerables y se repiten a lo largo y ancho del país. (El Tiempo, Justicia, 2017)

Al respecto, una nota del periódico El Tiempo consignó:

*La Auditoría General de la Nación determinó en un estudio que de los 97 billones de pesos contratados entre el 2014 y el 2016, al menos el 15 por ciento se hizo con entidades sin ánimo de lucro. En esas cuentas, las fundaciones se quedaron con contratos por 3,5 billones; las corporaciones, con 2,4 billones de pesos; los hospitales, con 2,1 billones de pesos, y las asociaciones y cooperativas, con 1,4 billones cada una. Los sindicatos también lograron 1 billón en contratos, lo mismo que las universidades”. (El Tiempo, Justicia, 2017)*

En definitiva, estos hallazgos se convirtieron en una valiosa herramienta que permitió al gobierno y a los organismos de control entender las trampas que algunos contratistas aplican para apoderarse de los recursos estatales. En palabras del auditor General de la Nación:

La tarea de identificación de riesgos también tuvo eco en el Gobierno Nacional, quien expidió el Decreto 092 del 23 de enero de 2017, que busca frenar los abusos en materia de contratación directa con las entidades sin ánimo de lucro al *reglamentar la forma como el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política*” . (Auditoría General de la República de Colombia, 2016)

### **Decreto N° 092 de 2017**

Tal y como se ha evidenciado en el presente trabajo, la potestad reglamentaria que la Constitución Política asignó al Gobierno Nacional para establecer el marco normativo de la contratación de interés público prevista en el artículo 355 de la Carta Fundamental se cumplió inicialmente con la expedición del Decreto 777 de 1992. Este régimen especial fue derogado por el Decreto N° 092 del 23 de enero de 2017, el cual entró en vigencia el 1° de junio del mismo año.

Como era de esperarse, esta nueva norma fue demandada mediante el control de nulidad por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado. En su orden las disposiciones demandadas son: (a) artículo 1° inciso 2° ; (b) inciso 2° y apartes del 3° del literal c) del artículo 2° ; (c) artículo 3°; (d) artículo 4°, y (e) artículo 8°. Mediante Auto N° 083 del 5 de julio de 2017, el Consejo de Estado admitió la demanda y negó la solicitud de suspensión provisional de las normas demandadas (Contratación Pública con entidades sin ánimo de Lucro, Rodríguez Tamayo, 2017, pp. 8).

A continuación, se presenta un esquema del contenido del Decreto N° 092 para posteriormente proceder a realizar el análisis de estas disposiciones a la luz de la Guía expedida por Colombia Compra Eficiente para este tipo de contratos.

**TABLA 2**

**Reglamentación Decreto N° 092 de 2017**

|                                                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Objeto</b>                                                                           | Reglamentar la forma como el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política.<br>Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúsculas inicial deben ser entendidas con el significado indicado en la <i>guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente</i> .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| <b>Condiciones para realizar contratos con ESAL en los términos del artículo 355 CP</b> | <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previstas en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, cuyo objeto sea exclusivamente promover los derechos de personas en situaciones de debilidad manifiesta o indefensión, derechos de las minorías, derecho a la educación, a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana;</li> <li>b. Que el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato; y</li> <li>c. Que no exista oferta en el mercado de los bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo.</li> <li>d. Esta modalidad requiere autorización expresa del Representante Legal de cada entidad; esta función no es delegable</li> </ul> <p><b>NOTA:</b> Dichas condiciones deberán indicarse expresamente en los Documentos del Proceso.</p> |
| <b>Reconocida idoneidad</b>                                                             | <p>La entidad sin ánimo de lucro es de reconocida idoneidad cuando es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación y cuenta con experiencia en el objeto a contratar. En consecuencia, su objeto estatutario debe estar en concordancia con el objeto del Proceso de Contratación.</p> <p>Los Documentos del Proceso deberán contener las características que debe acreditar la entidad sin ánimo de lucro, con base en las pautas y criterios establecidos en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| <b>Proceso competitivo de selección cuando existe más de</b>                            | La Entidad Estatal deberá adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista, cuando en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar es ofrecido por más de una Entidad sin ánimo de lucro.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |

|                                                                                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad</b>                                                           | <p>Dicho proceso competitivo deberá cumplir las siguientes fases: (i) definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas; (ii) definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la Entidad Estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad, y (iii) evaluación de las ofertas por parte de la Entidad Estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto.</p> <p>La entidad no está obligada a adelantar proceso competitivo cuando el objeto de la contratación corresponda a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos.</p> |
| <b>Asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir actividades propias de las Entidades Estatales</b> | <p>Los convenios de asociación que celebren entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y Entidades Estatales para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la Ley a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero propios o de cooperación internacional, para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.</p> <p>Si hay más de una entidad privada sin ánimo de lucro que ofrezca su compromiso de recursos en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección.</p>                                                                                                         |
| <b>Prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidad</b>                                                                  | <p>Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial, son aplicables a la contratación a la que hace referencia el Decreto N° 092 de 2017.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| <b>Aplicación de los principios de la contratación estatal</b>                                                          | <p>A los contratos que se celebren en virtud de esta disposición, <i>le son aplicables los principios de la contratación estatal y las normas presupuestales</i>. En consecuencia, la actividad contractual y los Documentos del Proceso de qué trata el presente decreto <i>deberán publicarse en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP)</i>. Asimismo, deberá publicarse la información de los subcontratos que suscriba para desarrollar el programa o actividad de interés público, incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató y la información de pagos.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| <b>Aplicación de normas generales del sistema de contratación pública</b>                                               | <p>La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el Decreto N° 092 de 2017.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| <b>Registro de entidades privadas sin ánimo de lucro</b>                                                                | <p>Las entidades privadas sin ánimo de lucro que contraten con las Entidades Estatales en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política, deberán estar registradas en el SECOP, el cual será el medio para acreditar los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo definidos por las Entidades</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |

### Estatales.

**Exclusión del Registro Único de Proponentes (RUP).** Las Entidades Estatales no requerirán la inscripción de las entidades privadas sin ánimo de lucro en el RUP para la contratación a la que hace referencia el presente decreto.

Fuente: elaboración propia

### Aspectos innovadores del Decreto N° 092 de 2017

De acuerdo con el contenido del Decreto N° 092 de 2017, es importante resaltar los aspectos más innovadores de este reglamento, señalando en primer término, el papel protagónico que dicha norma le otorga a la Agencia Nacional de Contratación pública -Colombia Compra Eficiente<sup>1</sup>, al facultarla para expedir la Guía para contratar con las ESAL (la cual es de obligatorio cumplimiento para las entidades estatales) y para administrar el Registro Público de las ESAL a través del Secop. (Decreto 092 de 2017 "Por el cual se reglamenta la contratación con entidades sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política", 2017)

En este sentido, la (Guía para la Contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, 2017) expedida por Colombia Compra Eficiente establece aspectos de gran importancia dentro de los cuales cabe resaltar:

(a) *Ámbito de aplicación del Decreto N° 092 de 2017:* esta norma es aplicable a los contratos entre las Entidades Estatales del gobierno nacional, departamental, distrital y municipal y entidades privadas sin ánimo de lucro de Reconocida Idoneidad para la contratación con entidades sin ánimo de lucro para impulsar programas y actividades de interés público acordes

<sup>1</sup> Creada por el Gobierno Nacional mediante Decreto N° 4170 de 2011 en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en los literales d), e) y f) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, como una entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación, con la calidad de ente rector cuyo objetivo es desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.

con los respectivos planes de desarrollo y para la contratación a la cual por expresa disposición del legislador le es aplicable este régimen, como el caso del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

(b) *Pertinencia de la aplicación de la contratación con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad*: la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad de la que trata el artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017 es excepcional y solamente procede cuando el Proceso de Contratación cumple con las condiciones señaladas en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017 así:

- ✓ Correspondencia directa entre el objeto del contrato y el programa o actividad prevista en el plan de desarrollo. De no ser así, el Proceso de Contratación debe adelantarse en el marco de las disposiciones de la Ley 80 de 1993. El programa o actividad prevista en el plan de desarrollo objeto del proceso de Contratación debe buscar exclusivamente la promoción de los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o de indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana.
- ✓ No debe existir una relación conmutativa entre las partes ni instrucciones precisas que indican la forma como el contratista debe cumplir el objeto del contrato. Los contratos suscritos en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017 no son conmutativos puesto que la Entidad Estatal no adquiere bienes y servicios y no encarga la ejecución de una obra de acuerdo a sus precisas instrucciones. En este caso la Entidad Estatal decide desarrollar un programa o actividad del plan de desarrollo en beneficio de la población en general.
- ✓ No hay oferta en el mercado distinta a la de las entidades sin ánimo de lucro o de existir, la contratación con éstas genera un mayor valor por dinero (incrementen la eficacia, eficiencia, economía y gestión del Riesgo) para obtener los resultados esperados por el respectivo plan de desarrollo. El Decreto 092 de 2017 se sustenta en que las distintas formas de organización permitidas por el ordenamiento jurídico tienen diversas posibilidades de reducir los costos de administración de un programa o actividad.



(c) *Determinación de la reconocida idoneidad de la entidad sin ánimo de lucro:* La idoneidad consiste en la cualidad de ser adecuado o apropiado para cumplir un fin y esta tiene que ser reconocida. Es decir, la Constitución Política solo autoriza a celebrar este tipo de contratos con entidades que cuenten con un reconocimiento público manifiesto. Para determinar esta condición deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

- ✓ Que exista correspondencia del objeto de la ESAL y el programa o actividad prevista en el plan de desarrollo;
- ✓ Que la ESAL cuente con el equipo misional, técnico y administrativo necesario para cumplir con el programa o actividad del plan de de adaptarse rápidamente, vinculando y entrenando nuevas personas. Esta capacidad se puede medir a través de indicadores relativos a la permanencia de los colaboradores permanentes o eventuales;
- ✓ Que la ESAL cuente con la experiencia requerida la cual debe estar asociada con el éxito en programas desarrollados por esta que sean similares o afines al programa o actividad prevista en el plan de desarrollo y proporcional al alcance, el valor y la complejidad del proyecto. Para el caso de las entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad de reciente creación es posible aportar la experiencia de sus fundadores. Así mismo aquellas que cuentan con una forma de organización de subordinada de una matriz internacional o grupo vinculado de entidades sin ánimo de lucro con subordinación funcional, pueden a su vez, aportar la documentación relacionada con la experiencia de esa matriz.

(d) *Estructura organizacional:* muestra la madurez de la organización en sus procedimientos, el manejo de la información y en general su gobierno corporativo. La Guía recomienda verificar aspectos tales como órganos de administración y dirección; estados financieros auditados por un contador público o Revisor Fiscal, política documentada de conflitos de interés, política de manejo de riesgos operativos y gestión documental.

(e) *Indicadores de eficiencia:* muestran el grado de madurez y de dedicación a proyectos misionales por parte de la ESAL y se determinan de acuerdo con la complejidad del proyecto o programa que se espera realizar. La Guía menciona los siguientes:

- ✓ Calificación de régimen tributario especial al que se refiere el artículo 356-2 del Estatuto Tributario;
- ✓ Indicadores de eficiencia que permitan establecer la eficiencia en el gasto de la ESAL, así, el porcentaje de recursos que invierte para satisfacer las necesidades de la comunidad debe ser mayor al que invierte en su propia administración;
- ✓ Indicador de eficacia del esfuerzo de la ESAL para conseguir contribuciones del sector privado a fin de que esta iniciativa no se vea desestimulada por las contribuciones del Estado.

(f) *Reputación:* para verificar la reputación de la ESAL, la Entidad Estatal debe recopilar toda la información disponible sobre las entidades sin ánimo de lucro y conocer a fondo sus actividades y desempeño en el pasado para mitigar los Riesgos en la ejecución del proyecto. Asimismo, verificar a través de instrumentos como encuestas cuál es la percepción que de la misma tiene la comunidad beneficiaria.

Igualmente, debe revisar los antecedentes fiscales, disciplinarios y penales de los administradores de la entidad privada sin ánimo de lucro, así como cerciorarse que esos individuos no estén en la categoría de personas políticamente expuestas.

A su vez, la Entidad Estatal debe revisar la trayectoria y el desempeño de las entidades sin ánimo de lucro en la ejecución de proyectos similares a los que va a financiar revisando los documentos de evaluación publicados en el SECOP en los términos del artículo 7° del Decreto N° 092 de 2017.

Otro de los aspectos incluidos por el Decreto N° 092 en sus artículos 7° y 8° fue la integración normativa para la contratación de interés público al hacer extensiva la *aplicación de los principios y las normas del sistema de contratación pública*, así, la Ley 80 de 1993 y las normas reglamentarias forman parte del régimen jurídico de dichos contratos, sin perjuicio de la aplicación preferente y especial de las disposiciones particulares que consagra el decreto reglamentario vigente sobre la materia. (Rodríguez Tamayo, 2017, pp. 11).

La Guía de contratación con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad identifica tres fases para el proceso de contratación con ESAL estas son: (i) Planeación; (ii) selección; y, (iii)

ejecución y liquidación. (Guía para la Contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, 2017)

Así, la *Fase de Planeación*, propia del régimen contenido en la Ley 80 de 1993 resulta aplicable en su totalidad a la contratación con ESAL en virtud de lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto 092 de 2017.

Para Rodríguez Tamayo, (pp. 11), la aplicación del principio de planeación supone la realización de diversas acciones a cargo de la administración, entre ellas:

(i) elaborar los estudios del caso para definir por qué, cómo y con quién se requiere adelantar la contratación de interés público para satisfacer necesidades establecidas en los planes de desarrollo; (ii) contar con las disponibilidades presupuestales necesarias; (iii) obtener las autorizaciones que se requieren, en especial la del representante legal de la entidad; (iv) realizar un buen análisis de conveniencia de la contratación; (v) definir las obligaciones que deberá asumir la ESAL; (vi) realizar un análisis de riesgos previsibles; (vii) legalizar los contratos con la aprobación de las garantías y la expedición del respectivo registro presupuestal.

En el mismo sentido, la elaboración de los estudios previos y del análisis del sector son un valioso y obligatorio instrumento de planeación de los contratos de interés público. Para ilustrar este tema, Rodríguez Tamayo trae a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado que señala:

En materia contractual las entidades estatales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación, pues resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos antes de iniciar un proceso contractual. (...) el desconocimiento de este deber legal vulnera los principios generales de la contratación, en especial el de planeación y con él los de economía, transparencia, responsabilidad, selección objetiva entre otros. (Consejo de Estado, Sentencia 2520 de 2014, 2014)

Al respecto, la Guía para contratar con ESAL de reconocida idoneidad establece: “En la etapa de planeación la Entidad Estatal debe documentar los análisis que determinaron la decisión de utilizar la contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política y la situación de

la población beneficiaria del proyecto que va a desarrollar la ESAL. En ese análisis se debe documentar la complejidad del problema social, la cantidad y fuente de los recursos que la Entidad Estatal va a emplear en apoyar a la entidad sin ánimo de lucro, las metas del proyecto, los mecanismos de seguimiento que va a utilizar la entidad estatal y los criterios de evaluación final. Asimismo, debe definir los mecanismos de mitigación de los Riesgos encontrados, las herramientas de mitigación que pueden incluir las garantías de cumplimiento consagradas en el ordenamiento jurídico, el pacto de cláusulas de renegociación de los términos del negocio jurídico o de terminación anticipada, entre otros”. (Guía para la Contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, 2017, Op. Cit., pp 17-18).

Igualmente, el Decreto 092 de 2017 y la Guía para la contratación con ESAL exigen que en la etapa de planeación se realice un estudio del sector económico<sup>2</sup> relativo al programa o la actividad de interés público que se requiere atender, a fin de sustentar la escogencia tanto del régimen de contratación que se requiere (Ley 80 de 1993 o Decreto 092 de 2017); y en este último caso, de la modalidad de selección, esto es, contratación directa o proceso de selección.

En cuanto a la *Fase de Selección* de este régimen especial, el Decreto 092 de 2017, estableció dos *modalidades de selección* para garantizar la transparencia: contratación directa y proceso competitivo. En esta última, se requiere un proceso abierto y público para garantizar la concurrencia.

Antes de comenzar con el estudio de las citadas modalidades, es preciso hacer un acercamiento al principio de transparencia, fundamento de las causales de selección de contratistas del estado, el cual resulta aplicable a la contratación de interés público en virtud de lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 092 de 2017.

Mediante Sentencia del 3 de diciembre de 2007<sup>3</sup>, el Consejo de Estado expresó sobre el principio de transparencia:

---

<sup>2</sup> De conformidad con el Decreto 1082 de 2015- aplicable a la contratación de interés público en virtud del artículo 8° del Decreto 092 de 2017- el Análisis del sector contempla tres aspectos esenciales del mercado a saber: (i) aspectos generales; (ii) estudio de demanda, y (iii) estudio de oferta.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sentencia 24.715 del 3 de diciembre de 2007, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

(...) excluye una actividad oculta, secreta, oscura y arbitraria en la actividad contractual y, al contrario, propende por una selección objetiva de la propuesta y del contratista de el Estado para el logro de los fines de la contratación y la satisfacción de los intereses colectivos, en los términos del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, en forma clara, limpia, sana, ajena a consideraciones subjetivas, libre de presiones indebidas y en especial de cualquier sospecha de corrupción por parte de los administradores y de los particulares que participan en los procesos de selección contractual del Estado”. (Rodríguez Tamayo, 2017, pp. 21).

Ahora bien, del principio de transparencia se deriva el principio de selección objetiva, en virtud del cual en los procesos de selección se debe tener como oferta más favorable para la entidad aquella que se ajuste a los requisitos y las condiciones objetivas de evaluación indicadas en los documentos del proceso; que se escoja la mejor propuesta con base en criterios objetivos y mediante los procedimientos de selección consagrados por el ordenamiento jurídico. (Rodríguez Tamayo, 2017, pp. 22).

Al tenor de lo dispuesto en el Decreto 092 de 2017 se establece que habrá *Proceso Competitivo* cuando haya pluralidad de entidades sin ánimo de lucro para escoger aquella que demuestre las mejores condiciones de idoneidad para desarrollar el objeto de la contratación. El inciso 2º del artículo 4º del decreto 092 de 2017 prevé unos pasos para el trámite de este proceso:

(i) definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y manejo del riesgo y los criterios de ponderación; (ii) definición del plazo razonable para que las ESAL presenten sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad ante la entidad estatal; y, (iii) evaluación de las ofertas por parte de la entidad estatal.

Sobre el particular, la Guía para la contratación con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad establece que no corresponde a las entidades públicas adelantar un proceso de licitación pública para celebrar este tipo de contratos y precisa que existe autonomía para definir los términos y condiciones de estos procesos (Colombia Compra Eficiente, Mitos y Verdades de la aplicación del Decreto 092 de 2017), no obstante lo cual sí define cuáles son los documentos obligatorios de esta modalidad para las fases de planeación y selección:

(i) estudios y documentos de la fase de planeación; (ii) documentos que establecen términos y condiciones para escoger la ESAL; (iii) explicación que contenga correspondencia entre la entidad estatal y la ESAL; (iv) ofertas presentadas, y (v) informes de evaluación. (Guía para la Contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, 2017)

En cuanto a la modalidad de *Contratación Directa* esta resulta procedente cuando como resultado de la fase de planeación resulta demostrado que no existe pluralidad de ESAL con la idoneidad suficiente para ejecutar el contrato en razón al tipo de actividad que la misma realiza. De acuerdo con lo establecido en el inciso final del artículo 4° del Decreto 092 de 2017 tampoco hay lugar a adelantar proceso competitivo cuando el objeto del contrato de interés público corresponde a la ejecución de actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana que sólo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, condición que debe quedar plenamente justificada en los documentos previos del proceso. La clave es conectar y acreditar el tipo de actividad que se contratará con las condiciones excepcionales de la ESAL para ejecutarlas hasta el punto que solo a esta última se le pueda encomendar dicha actividad. (Rodríguez Tamayo, 2017, pp. 25).

En su obra, Rodríguez Tamayo identifica una evidente contradicción entre el citado artículo 4° y la disposición constitucional contenida en el artículo 355, en la cual la celebración de contratos de interés público se limita a entidades sin ánimo de lucro y no se extiende a personas naturales como de manera desafortunada lo establece el reglamento. En el mismo sentido, se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado al manifestar:

(...) sobre el ámbito de aplicación del régimen de los contratos del artículo 355 de la constitución, para personas jurídicas sin ánimo de lucro, y por ende, no sería aplicable, ni por acción, ni por exclusión, a las personas naturales, a que se refiere el inciso tercero de la norma transcrita. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio civil, CP: Edgar González Díaz, 2018)

Una última modalidad de contratación directa es la consagrada en el inciso 1° del artículo 5° del Decreto 092 de 2017, esto es, aquellos casos en los que se celebran convenios de asociación a los

que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y la ESAL realiza aportes en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.

Sobre la diferencia entre los contratos de interés público del artículo 355 de la Constitución y los Convenios de Asociación de la Ley 489 de 1998 se pronunció la Sala de consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en los siguientes términos:

Existen diferencias entre los contratos de apoyo a programas y actividades de interés público, reglamentados por el Decreto 777 de 1992 , y a partir del 1º de junio de 2017, por el Decreto 92 de 2017, y los convenios de asociación previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, como son las siguientes:

- (a) Los contratos de apoyo se celebran con personas jurídicas sin ánimo de lucro. Los contratos de asociación se celebran con personas jurídicas privadas con o sin ánimo de lucro.
- (b) Los contratos de apoyo se celebran Los contratos de apoyo se celebran para impulsar programas y actividades de interés público, acordes con los planes de desarrollo. Los contratos de asociación se pueden celebrar con esa finalidad, pero también para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones asignadas legalmente a las entidades estatales y además, para la creación de personas jurídicas.
- (c) Los contratos de apoyo se celebran con cargo al respectivo presupuesto de la entidad pública. En los contratos de asociación se deben determinar, como señala el inciso 2º del citado artículo 96, los “aportes” tanto de la entidad pública como de la persona jurídica particular. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio civil, CP: Edgar González Díaz, 2018)

Finalmente, para *la Fase de ejecución y liquidación*, la Guía para la contratación con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad estableció en la página 20 que el diseño del contrato debe permitir evaluar durante la ejecución que la entidad privada sin ánimo de lucro continúa siendo idónea para desarrollar programas y actividades previstas en el plan de desarrollo, para lo cual podrá incluir las herramientas que requiera para hacer un seguimiento adecuado a la ejecución del programa o actividad, así como establecer metas, criterios mínimos de nivel de

servicio o calidad y mecanismos de verificación. (Guía para la Contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, 2017)

En el mismo sentido, la Entidad Estatal debe evaluar la efectividad de la entidad privada sin ánimo de lucro en la ejecución, evaluación que debe estimar los resultados de la intervención y las dificultades encontradas en el desarrollo del contrato, así como el desempeño de los mecanismos de verificación empleados. Igualmente, debe contener un elemento participativo de la comunidad en la que la entidad sin ánimo de lucro desarrolló el proyecto para garantizar que los beneficiarios de la actividad de la ESAL financiada con recursos públicos expresen su opinión sobre el desarrollo del proyecto, para lo cual deberá aplicar la encuesta sugerida para identificar la reputación de la ESAL en la sección IV.F de esta guía. La evaluación es un documento del proceso, debe ser publicada y debe ser considerada por las demás Entidades Estatales cuando contraten entidades sin ánimo de lucro.

En cuanto a la *liquidación del contrato de interés público*, el Decreto 092 de 2017 no estableció pautas para ello, como tampoco exigió la evacuación obligatoria de dicha etapa. Por su parte, la Guía para la contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad indicó que la liquidación es una etapa opcional y que su procedencia depende de la necesidad de realizar un balance final de la ejecución contractual. (Guía para la Contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, 2017)

Para Rodríguez Tamayo, es recomendable agotar esta etapa porque en la mayoría de los casos estos contratos supone prestaciones de ejecución periódica y la liquidación facilita un balance definitivo del cumplimiento de las obligaciones de las partes. (Rodríguez Tamayo, 2017)

En consecuencia, por expresa remisión del artículo 8° del Decreto 092 de 2017 las normas que regirán el trámite liquidatorio será el dispuesto en el sistema de compras públicas y de contratación estatal, esto es, el previsto en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007.



## Conclusiones

Del análisis realizado se encuentra que la reforma al régimen de contratación con entidades sin ánimo de lucro efectuada por el Decreto 092 de 2017, genera un impacto importante en la lucha contra la corrupción por cuanto:

1. Establece pautas para que los requisitos e indicadores para demostrar la idoneidad de las ESAL, tales como, experiencia, eficacia, eficiencia, economía, manejo del riesgo y reputación, ejecución de los contratos e imposición de sanciones sean administrados por el ente rector del sistema de compras colombiano – Colombia Compra Eficiente, a través del Registro público de ESAL, impidiendo la contratación con fundaciones fachada y con fundaciones multipropósito.
2. La expedición de la Guía para contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad es una herramienta de gran importancia para el apoyo a las entidades al establecer las pautas y criterios de carácter obligatorio que deben seguir las entidades estatales al momento de realizar este tipo de contrataciones.
3. Incluye un elemento adicional de publicidad al exigir que se publiquen en el SECOP tanto los procesos de selección que adelanten las entidades estatales con las ESAL, como también los subcontratos que éstas últimas celebren para el desarrollo de los contratos de interés público.
4. A través de los artículos 7º y 8º la nueva norma hizo una importante integración normativa para la contratación de interés público, al incluir dentro de este régimen los principios y las normas generales del Sistema de contratación Pública. A partir de su entrada en vigencia, la Ley 80 de 1993 y las demás normas reglamentarias forman parte del marco jurídico de estos contratos, sin perjuicio de la aplicación preferente y especial de las disposiciones particulares que el Decreto 092 consagra, cubriendo los vacíos que esta pueda presentar.

5. El régimen de contratación con entidades sin ánimo de lucro pasó de ser un procedimiento de escogencia directa a uno de carácter competitivo en el que habrá pluralidad de oferentes en el que las condiciones de experiencia, personal y otros indicadores serán decisivos para la selección de la ESAL.

## Bibliografía

- Rodríguez Tamayo, M. (2017). *Contratación Pública con entidades sin ánimo de lucro, Decreto 092 de 2017*, Bogotá DC, Colombia
- Auditoría General de la República de Colombia. (2016). *Informe de Gestión y Resultados 2015-2016*. Bogotá DC: Auditoría General de la República.
- Guía para la Contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. (2017). [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documents/cce\\_guia\\_esal.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf). (C. C. Eficiente, Ed.) Recuperado el 19 de junio de 2018, de
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio civil, CP: Edgar González DíazGonzáles Díaz, Edgar. (2018). Concepto 2319 de 30 de mayo de 2017 . *Jurisprudencia y Doctrina* (555), 595.
- Hernández Becerra, A. (2001). El Congreso de Colombia. *Credencial* (145).
- Manual de entidades sin ánimo de lucro, Secretaría Jurídica Distrital. (2013). <http://www.alcaldiabogota.gov.co>. Recuperado el 18 de Junio de 2018, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/SPJ/manual/ManualESAL2013.pdf>:
- El Tiempo, Justicia. (24 de enero de 2017). Decreto que pone lupa a contratación de ONJ tapa atajos de corrupción. *El Tiempo* .
- Mitos y verdades del Decreto 092 de 2017, Colombia Compra Eficiente. (2017). <https://www.colombiacompra.gov.co/content/mitos-y-verdades-de-la-aplicacion-del-decreto-092-de-2017>. Recuperado el 22 de junio de 2018, de
- <https://www.colombiacompra.gov.co/content/mitos-y-verdades-de-la-aplicacion-del-decreto-092-de-2017>: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/mitos-y-verdades-de-la-aplicacion-del-decreto-092-de-2017>
- Corte Constitucional, C-372 de 1994. (1994). <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Recuperado el 15 de mayo de 2018, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-372-94.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-254 de 1996. (6 de Junio de 1996). <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Recuperado el 12 de Mayo de 2018, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-254-96.htm>
- Decreto 777 de 1992 “Por el cuál se reglamentan la celebración de los contratos a que refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”. (16 de mayo de 1992). <http://www.alcaldiabogota.gov.co>. Recuperado el 15 de mayo de 2018, de

[http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1454:](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1454)  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1454>

Decreto 092 de 2017 "Por el cual se reglamenta la contratación con entidades sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política". (23 de enero de 2017). <http://www.alcaldiabogota.gov.co>. Recuperado el 7 de junio de 2018, de [http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=67988:](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=67988)  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=67988>

Consejo de Estado, Sentencia 2520 de 2014. (20 de octubre de 2014). [http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol\\_0942299a4eff01d8e0530a01015101d8](http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_0942299a4eff01d8e0530a01015101d8). Recuperado el 12 de junio de 2018, de [http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol\\_0942299a4eff01d8e0530a01015101d8:](http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_0942299a4eff01d8e0530a01015101d8)  
[http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol\\_0942299a4eff01d8e0530a01015101d8](http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_0942299a4eff01d8e0530a01015101d8)