

**LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SUJETA AL
ARTÍCULO 355 CONSTITUCIONAL DE ENTIDADES
SIN ÁNIMO DE LUCRO EN EL DISTRITO CAPITAL**

José Mauricio Barragán Moreno

Universidad Santo Tomás de Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Maestría en Derecho Público

Bogotá D. C., 2015

**La contratación pública sujeta al artículo 355 constitucional de entidades sin ánimo de
lucro en el distrito capital**

José Mauricio Barragán Moreno

Trabajo de grado para optar al título de Magister en Derecho Público

Directora

Doctora en Derecho Corina Duque Ayala

Universidad Santo Tomás de Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Maestría en Derecho Público

Bogotá, D.C., 2015

A mi familia, por su apoyo espiritual y material.

Agradezco a la Universidad Santo Tomas y a la doctora Corina Duque Ayala por su orientación en mi formación como Magíster en Derecho Público.

Resumen

El presente trabajo tiene como objeto la investigación de la contratación pública en Colombia; su campo de acción es la metodología adoptada por el Distrito Capital (Bogotá D. C.) a través de los convenios de asociación y contratos de impulso, realizadas con las entidades sin ánimo de lucro u organizaciones no gubernamentales (ONG), bajo el análisis de la aplicación del Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991.

Se estudia la contratación pública del Distrito Capital a través de las doce (12) secretarías con que actualmente cuenta, y a su vez, a través de Colombia Compra Eficiente, la Personería y la Veeduría Distrital. Puntualmente, interesa la contratación de ESAL u organizaciones del tercer sector social, que tienen la finalidad de contribuir a la solución de los problemas sociales.

La investigación se caracteriza por tener un enfoque cualitativo descriptivo, abordado por la tecnología social existente, constituida por las políticas generadas desde la Constitución Nacional de 1991, la Ley 80 de 1993, la ley 489 de 1998, el Decreto 777 de 1992, el Decreto 1403 de 1992, el decreto 2459 de 1993, entre otros, respecto del sistema de técnicas desarrolladas para celebrar, ejecutar y evaluar contratos y convenios, fundamentadas desde una cultura social, política e ideológica de un buen gobierno y transparencia en torno al plan de desarrollo Bogotá Humana (2012-2016).

Palabras clave: ONG, ESAL, Contratación Pública, donaciones, convenios y contratos, organizaciones sin ánimo de lucro, transparencia y responsabilidad.

Abstract

The present document has the objective of investigation of public hiring in Colombia; its field of action is the methodology adopted by the District Capital (Bogota D. C.) through the agreements of association and contracts of impulse, realized with the non-profit entities or nongovernmental organizations (NGO), under the analysis of the application of Article 355 of the National Constitution of 1991.

Public hiring of the District Capital is studied through twelve (12) secretaries which it currently operates at present it is provided, and in turn, through "Colombia Compra Eficiente", the "Personería" and "Veeduría Distrital". At the moment, hiring of NGO or organizations of the third social sector is the interest, which have the purpose of contributing to the solution of the social problems.

The investigation is characterized by its qualitative approach tackled by the existing social technology, constituted by the policies generated from National Constitution of 1991, Law 80 of 1993, Law 489 of 1998, Decree 777 of 1992, Decree 1403 of 1992, Decree 2459 of 1993, among others, with regard to developed skills system to sign, execute and evaluate contracts and agreements, based on a social, political and ideological culture of a good government and transparency concerning the development of the "Bogota Humana" plan (2012-2016).

Keywords: NGO, ESAL, Government Procurement, grants, agreements and contracts, nonprofit organizations, transparency and accountability.

CONTENIDO

RESUMEN.....	IV
ABSTRACT	V
CONTENIDO	VI
INTRODUCCIÓN.....	9
JUSTIFICACIÓN	12
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	17
OBJETIVOS	18
GENERAL	18
ESPECÍFICOS	18
MARCO JURÍDICO.....	19
POLÍTICAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA CON ESAL.....	19
ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 355 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1991.....	21
FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA CON ESAL	26
SISTEMA DE TÉCNICAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DISTRITAL.....	33
LA CONTRATACIÓN CON ESAL FRENTE A LOS AUXILIOS PARLAMENTARIOS	33
ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 355 DE LA CONSTITUCIÓN	35
LA REGLAMENTACIÓN DE LOS CONVENIOS DE ASOCIACIÓN Y CONTRATO DE IMPULSO.	40
<i>Definición de entidades sin ánimo de lucro.</i>	<i>42</i>
<i>Naturaleza jurídica entidades sin ánimo de lucro.</i>	<i>42</i>
<i>Clasificación de las entidades sin ánimo de lucro.</i>	<i>43</i>
<i>Reconocimiento de la personería jurídica.</i>	<i>46</i>
<i>Constitución, órganos, representación legal y entes de control.</i>	<i>50</i>

DOCUMENTOS ADICIONALES QUE DEBEN SER PRESENTADOS POR LAS ESAL	50
<i>Inspección y vigilancia</i>	50
<i>Pago de seguridad social y parafiscales</i>	51
<i>RUT y RIT</i>	54
<i>Declaración juramentada de no estar incurso en causales de inhabilidad e incompatibilidad ni ser deudor moroso del Estado</i>	55
<i>Hoja de Vida de la función pública</i>	55
<i>Declaración de ingresos y patrimonio o de renta de los últimos 3 años y balance financiero de los tres últimos años</i>	56
<i>Constancia de idoneidad de la persona a contratar</i>	57
<i>Certificado de disponibilidad presupuestal y registro presupuestal</i>	57
<i>Cláusulas excepcionales</i>	59
<i>Prohibiciones</i>	60
<i>Otras prohibiciones</i>	62
LINEAMIENTOS DE LA CONTRATACIÓN SUJETA AL ARTÍCULO 355 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL	64
SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON LA CONTRATACIÓN GENERAL	66
SELECCIÓN OBJETIVA EN CONTRATOS SUJETOS AL ARTÍCULO 355 CONSTITUCIONAL	67
SUJETOS DE LA CONTRATACIÓN REGIDA BAJO EL ARTÍCULO 355 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL	74
METODOLOGÍA	77
DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	77
TIPO DE ESTUDIO	78
PERIODO Y LUGAR DE LA INVESTIGACIÓN	78
MÉTODOS.....	78
<i>Teóricos</i>	79
<i>Empírico</i>	79

ANÁLISIS DE CASO.....	80
ANÁLISIS DE RESULTADOS	90
TÉCNICA JURÍDICA PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE IMPULSO Y CONVENIOS DE ASOCIACIÓN CON LAS ESAL.	97
EL PLAN DE DESARROLLO BOGOTÁ HUMANA	100
<i>Primer eje: Una ciudad que supera la segregación y la discriminación social.</i>	<i>101</i>
<i>Segundo eje: Un territorio que enfrenta el cambio climático y se ordena alrededor del agua.....</i>	<i>102</i>
<i>Tercer eje: Bogotá en defensa y fortalecimiento de lo público</i>	<i>103</i>
ESAL EN EL CUMPLIMIENTO DEL PLAN DE DESARROLLO BOGOTÁ HUMANA	104
CONCLUSIONES.....	106
BIBLIOGRAFÍA	111

Introducción

La contratación pública se relaciona con las obligaciones que adquiere una persona natural, u organización privada con o sin ánimo de lucro frente a una entidad estatal, que puede ser la nación, regiones y departamentos, distritos capitales y especiales, áreas metropolitanas, municipios, establecimientos públicos, empresas comerciales del estado y entidades, entre otras, donde el Estado tenga participación, con el propósito de mejorar la calidad de vida de los colombianos a través de la justicia social y dignidad humana.

En Bogotá D.C., actualmente se hacen contratos y convenios de asociación con organizaciones sociales reconocidas de forma equivalente bajo los siguientes nombres: de tercer nivel, Organizaciones no gubernamentales -ONG- o entidades sin ánimo de lucro -ESAL- (en adelante se hará referencia a dichas organizaciones como ESAL). Dichos contratos están permitidos por el Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991.

Para llevar a cabo la presente investigación se tomaron como principales actividades a desarrollar: analizar las modalidades de contratación y convenios de asociación realizadas por el Distrito Capital en sus respectivas secretarías —que son en total doce (12) secretarías—; indagar sobre estas a través de una encuesta abierta conformada por diez preguntas, usando el derecho de petición como técnica para asegurar su diligenciamiento; recopilar información sobre la preferencias de contratación; analizar el porcentaje de convenios suscritos con base en el Artículo 355 y la metodología para su celebración, de acuerdo con la competencia normativa relacionada a las ESAL; y, a su vez, establecer si existen vacíos jurídicos en el momento de su elección.

En este orden e ideas, la primera parte de este producto investigativo está conformado por la justificación, planteamiento del problema y objetivos. La segunda parte aborda el marco

jurídico en torno a las políticas, cultura y sistemas de técnicas usadas en la contratación pública por el Distrito Capital con el propósito de lograr las metas del plan de desarrollo Bogotá Humana (2012-2016).

La tercera parte comprende los aspectos metodológicos tenidos en cuenta y el estudio referente a los análisis normativos relacionados con la aplicación del Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991 con relación a las organizaciones sin ánimo de lucro. Hecho esto, se arriban las conclusiones y las recomendaciones al distrito en torno a la celebración de contratos y convenios de asociación.

El Artículo 355 de la Constitución Nacional prevé la posibilidad de que el Distrito Capital celebre contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan de Desarrollo Bogotá Humana (2012-2016).

En lo que respecta a los convenios de asociación, el Consejo de Estado (2009) se pronunció frente al Artículo 96 de la Ley 489 de 1998, expresando lo siguiente: “(...) pueden suscribir las entidades estatales de todo orden, con ‘personas jurídicas particulares... de conformidad con lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución Política’ ”. En otras palabras, todas las entidades gubernamentales tienen competencia para contratar con ESAL. No obstante, hay que tener en cuenta que el hecho de que estas cumplan con el requisito de ser “reconocidas por su idoneidad” social, por su trabajo en la sociedad en cumplimiento de objeto de su creación, deja por fuera aquellas organizaciones sin ánimo de lucro recién creadas. De esta forma, se limita el derecho de participación, oportunidad y gestión como producto de la no existencia de normas que obliguen a las ESAL más reconocidas a asociarse con las organizaciones nuevas para que estas ganen experiencia e idoneidad. Por consiguiente, al finalizar el presente documento se

recoge una serie de sugerencias que gravitan en torno a la inclusión de los diferentes sectores sociales a través de la participación de la contratación pública mediante ESAL, lo que permite el logro de los objetivos del plan de desarrollo distrital, sin diferenciar la fortaleza técnica, jurídica y financiera de la ESAL.

Justificación

Los administradores del gasto público deben tener en cuenta, sobre la contratación y celebración de convenios: el presupuesto oficial, el objeto social de las partes que les permita ejecutar este tipo de convenios y los riesgos de corrupción que se puedan generar; de ahí la necesidad de reflexionar sobre cómo la entidades del Distrito Capital aplican el Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991, a las contrataciones con las ESAL, que por su naturaleza tienen un régimen especial con el Estado.

La normatividad sobre la contratación pública en Colombia relacionada a las organizaciones sin ánimo de lucro carece de herramientas jurídicas para la selección de estas últimas como contratistas. Este aspecto no ha sido evidenciado en el Estatuto Contractual ni en lo fundamentado por el Decreto 777 de 1992, el Decreto 1403 de 1992 y el decreto 2459 de 1993, que después de veintidós años de su publicación no ha presentado modificaciones que permitan definir este asunto.

El no contar con una normatividad específica sobre los mecanismos de selección de las organizaciones sin ánimo de lucro, expuesto por la (Sentencia C-372, 1994), donde participó el Contralor General, quien determina que la Ley 25 de 1977 “es lo suficientemente amplia y en la práctica autoriza cualquier tipo de gasto con ello”, lo cual también ocurre con la normatividad citada en el párrafo anterior.

La contratación con el Distrito Capital debe ser analizada con el propósito de promover herramientas jurídicas para seleccionar ESAL y definir cláusulas en los convenios de asociación y contratos de impulso, de forma tal que se promueva la transparencia y la selección objetiva, y se eviten, por un lado, ambigüedades generadas por la amplitud de la norma existente y, por otro lado, sanciones disciplinarias, fiscales, penales o investigaciones infundadas por la masiva

contratación actual que tiene Bogotá con estas organizaciones a través de sus entidades centralizadas y descentralizadas.

La revista *Semana*, en su publicación del 11 de junio de 2014 (Revista Semana, 2014), enciende la alerta del recurso comprometido con ESAL, de los cuales el 53% se han realizado con los Fondos de Desarrollo Local entre el 2012 y 2013. Además, se han celebrado convenios por \$ 176.464 millones, de los cuales el 30% de este presupuesto fue realizado con 20 organizaciones, aspecto que permite reflexionar si existen irregularidades o si las normas actuales no son herramientas suficientes para delimitar este fenómeno en la administración actual de Bogotá D. C.

La reflexión anterior, realizada por la revista *Semana* (Revista Semana, 2014), propicia el análisis del comportamiento de los funcionarios distritales con competencia para celebrar contratos para dar cuenta de si hay algún tipo de corrupción, porque, de hecho, en otras administraciones han presentado presuntas circunstancias relacionadas con dicho fenómeno, pero con organizaciones con ánimo de lucro. La contratación directa, por ser la más frecuente o predominante, no significa en sí un acto en contra de la norma, ya que está contemplado entre las metodologías de contratación por el Estado colombiano, a través de su normatividad. Por consiguiente, son los órganos de control como la Contraloría, la Personería y la Veeduría, entre otros, los que, al investigar algún tipo de proceder entre el funcionario público y la ESAL, han derivado su actuación en prevaricato o detrimento patrimonial, que se han generado por las dudas creadas por la preferencia de contratación pública en Bogotá D. C.

Frente a la Contraloría el numeral 7 del artículo 5 del Decreto 267 de 2000 “Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras

disposiciones.”, dispone: “...7. Advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prevenir graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados.”

La mencionada norma sustenta el control de advertencia ejercido dentro del control fiscal por la Contraloría para emitir funciones de advertencia para alertar sobre posibles riesgos de pérdida de recursos públicos en medio de la ejecución de un contrato, sin embargo, la Corte Constitucional lo declaro inexecutable mediante sentencia C-103 del 11 de marzo de 2015.

Por lo anterior, se evidencia que el ejercicio que estaba desarrollando la contraloría en el control y seguimiento de los recursos públicos se estaba sustentado en normas carentes de sustento constitucional, lo cual según la Corte Constitucional consistía en una afectación innecesaria de los principios constitucionales, para salvaguardar la autonomía e independencia de la Contraloría, establecen el carácter posterior del control externo y la prohibición de coadministración.

Como consecuencia de lo anterior, la Contraloría Distrital mediante Resolución reglamentaria No. 10 del 06 de mayo de 2015 elimina el procedimiento para la elaboración, comunicación y seguimiento a la función de advertencia correspondiente al proceso de Vigilancia y Control a la Gestión Fiscal.

Por otra parte, el espíritu del Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991 fue la terminación de los auxilios parlamentarios, las donaciones y el establecimiento de un régimen especial de contratación con las ESAL, según su enunciado expresa:

Ninguna de las ramas u órganos de poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El gobierno en los niveles nacionales, departamentales, distritales y municipales, 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 acorde con el plan de desarrollo y los planes de acción de Desarrollo. El gobierno nacional reglamentara la materia.

Llama la atención el hecho de que exista una reglamentación insuficiente en la materia sobre el Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991. Además, con respecto a las ESAL (por ser entidades de derecho privado) no se evidencian herramientas jurídicas que permitan realizar su proceso de selección, a pesar de que, a la fecha, se asuma que dicha selección está relacionada con los mismos procesos de contratación directa.

Así, se pueden ver críticas en todo el país, como lo muestra el periódico la Patria del 15 de marzo de 2013 (PATRIA, 2013), que concluye que en el año 2013, de los 32 billones de pesos contratados por el Gobierno Nacional y los 19,6 billones por las entidades territoriales, el 41,3% fue realizado bajo esta modalidad, lo que sembró dudas sobre el riesgo de posible corrupción. Aunque este evento no se puede categorizar violatorio, pero si se vuelve un comportamiento no adecuado o, al menos sospechoso.

Si bien existen los decretos reglamentarios del Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991, se presentan diferentes interpretaciones frente a su aplicación dado que los mencionados decretos tienen vacíos normativos, situación que no ha sido modificada por Colombia Compra Eficiente, a pesar de sus funciones y del presupuesto comprometido mediante dicha modalidad excepcional de contratación.

Se aclara que el propio Estatuto de Contratación es amplio y poco específico para contratar con las ESAL, ya que es un régimen que debe ser abordado de forma diferente en la contratación debido a su naturaleza jurídica privada, sin ánimo de lucro.

Teniendo en cuenta lo anterior, la reglamentación del proceso de selección y contratación de las ESAL es una necesidad manifiesta, en lo que concierne a la realización de actividades que

contribuyan al plan de desarrollo de las entidades territoriales; en el caso particular de la ejecución del plan de desarrollo Bogotá Humana (2012-2016), sustentado en la información reportada por doce (12) secretarías, Colombia Compra Eficiente y dos (2) entes de control.

Planteamiento del problema

La reglamentación del Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991 y la importancia de la unión de esfuerzos entre el gobierno del Distrito Capital y las ESAL para ejecutar el plan de desarrollo llamado Bogotá Humana (2012-2016), requieren establecer un procedimiento de contratación pública que promueva la transparencia en dos dimensiones: la de la actuación de los funcionarios públicos y la de las ESAL.

En primera instancia, parece que la reglamentación del mencionado artículo ha sido insuficiente, ocasionando sospechas sobre presuntos actos de corrupción o comportamientos inadecuados por quienes tienen el poder de celebrar contratos y convenios de asociación; todo esto, pudo haber surgido por la amplitud de la norma, puesto que no hay una interpretación unificada frente a la aplicación de la reglamentación del Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991, es así que las entidades contratantes, generalmente, tienen una interpretación diferente a la de los entes de control. Esta situación da vía libre, entonces, al planteamiento del problema de la investigación así: ¿Cómo se puede caracterizar de forma cualitativa y descriptiva, la aplicación del Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991, en la contratación con Entidades sin ánimo de lucro para la ejecución del plan de desarrollo Bogotá Humana (2012-2016)?

Objetivos

General

Identificar las consecuencias jurídicas de la aplicación del Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991 y su reglamentación en el sistema de contratación entre el Distrito Capital y las ESAL en la ejecución del plan de desarrollo Bogotá Humana (2012-2016).

Específicos

1. Realizar una aproximación al sistema jurídico colombiano en torno al Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991 y su reglamentación frente a la contratación pública entre entidades gubernamentales y las ESAL.
2. Detallar la técnica jurídica utilizada por el Distrito Capital para la realización de contratos y celebración de convenios de asociación con las ESAL, para adelantar el plan de desarrollo Bogotá Humana (2012-2016).
3. Identificar mediante métodos prácticos la proporción en la aplicación del Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991 y su reglamentación, respecto de las demás modalidades de contratación, dentro de la ejecución del plan de desarrollo Bogotá Humana (2012-2016).
4. Sustentar la importancia de la colaboración de las ESAL en la ejecución del plan de desarrollo Bogotá Humana (2012-2016).

Marco Jurídico

Políticas de Contratación Pública con ESAL

Mediante aspectos doctrinarios y por medio de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional se ha determinado la fundamentación de los mecanismos de colaboración y apoyo a los particulares en los sectores con mayor población vulnerable, en la que existen claras prohibiciones constitucionales respecto de la posibilidad de otorgar donaciones o auxilios a particulares.

El alcance del artículo 355 de la Constitución Nacional está definido en el Decreto 777 de 1992 (Colombia. Presidencia de la República, 1992), en el cual se expresan las condiciones de contratos, montos, procedimientos y exclusiones con ESAL. Estas últimas son entendidas a la luz de las nuevas teorías sociales sobre organizaciones del tercer sector como una oportunidad de impulsar la economía social. En este marco, Crespo (Crespo, 2013) comenta la concepción de Argudo López (2002) como sigue:

Al Tercer sector social y a la economía social les unen unas características y objetivos comunes. Ambas son organizaciones privadas que centran su actividad en trabajar para mejorar la sociedad y atender las necesidades de la persona y no las del capital; aplican criterios de gestión para optimizar su actividad y no para conseguir un mayor margen económico; buscan el beneficio de la comunidad y no el propio; focalizan su actuación en incrementar la rentabilidad y aprovechamiento de los recursos y no en dominar el mercado y priorizan los resultados sociales y no los económicos, que si los tuvieran los reinvierten en la propia organización.

El concepto de Tercer Sector, se puede encontrar en Chile, definiéndola como aquellas “...organizaciones voluntarias y sin fines de lucro orientadas a satisfacer necesidades económicas, sociales o culturales, de carácter cooperativo o comunitario. No pertenecen al tercer

sector, por consiguiente, las entidades fiscales ni tampoco las organizaciones privadas cuya finalidad sea el lucro.” (Rodríguez Mansilla & Quezada Menares, Revista Española del Tercer Sector, 2007)

Sobre el particular el profesor (Carreras, El sector de la economía social o tercer sector), determinó frente al tercer sector en España y Bélgica, lo siguiente: “...está formado por las organizaciones con personalidad jurídica e inscritas en un registro público que no tienen ánimo de lucro (y, por lo tanto, reinvierten sus beneficios en la propia actividad) y que son de titularidad privada.”

Igualmente señala que el tercer sector se encuentra enmarcado en la Economía Social, “...comprende las empresas que actúan en el mercado con el fin de producir, asegurar, financiar o de distribuir bienes o servicios, pero en las que la repartición de beneficios no está directamente relacionada con el capital aportado por cada miembro; y en las que las decisiones no se toman teniendo en cuenta el capital de cada socio; el peso a la hora de tomar decisiones es el mismo para todos, independientemente del capital aportado por cada uno.”

La anterior definición converge con la adoptada en Bélgica por el Consejo Central de Economía, según la cual la economía social está compuesta por actividades económicas ejercidas por sociedades, principalmente cooperativas, mutualidades y asociaciones, cuyos principios de actuación se caracterizan por la finalidad de servicio a los miembros o al entorno, la autonomía de gestión, los procesos de decisión democrática y la primacía de las personas y del trabajo sobre el capital en el reparto de los beneficios.

De la concepción en Colombia permite reflexionar acerca de nivel de conciencia de las ESAL y, por ende, sobre el respaldo de los entes gubernamentales para que aquellas concreten su objeto social a través de la unión de esfuerzos y recursos. Con esto, el Estado limita la

participación de las ESAL en contratos que impliquen una contraprestación directa a favor de entidades públicas, los cuales sí podrían realizarse con organizaciones con ánimo de lucro. No obstante, las ESAL no están limitadas para competir dentro de la libertad de empresa expresada en el Artículo 333 (Constitución Nacional de Colombia, 1991). Por lo anterior, las organizaciones del tercer sector se pueden constituir como empresa y competir en el mercado gracias a la libertad económica planteada desde la carta magna.

Para iniciar una aproximación al sistema jurídico colombiano en torno al Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991 y su reglamentación frente a la contratación pública entre entidades gubernamentales y las ESAL, se hace necesario explicitar los antecedentes del Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991, entendiendo que éste pretende poner fin a las dificultades evidenciadas con los auxilios parlamentarios a cargo de los congresistas, diputados y concejales del país. Estos auxilios parlamentarios correspondían a cupos presupuestales a cargo de los funcionarios mencionados y cuyo destino era el desarrollo de obras de beneficio para la comunidad.

Antecedentes del Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991

La jurisprudencia se ha pronunciado de manera repetida con respecto a los antecedentes que llevaron a que se eliminaran los auxilios parlamentarios como uno de los primeros objetivos de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, en el marco de la normatividad en el Estado Social de Derecho.

Dicho análisis jurisprudencial inicia su historia desde el pronunciamiento de la Corte Constitucional (Sentencia C-372, 1994), al realizar el estudio de la acción de inconstitucionalidad contra el Artículo 6o. del Decreto 130 de 1976, “Por el cual se dictan normas sobre Sociedades de Economía Mixta”. El análisis comienza al establecer la prohibición

presentada en el Artículo 355 de la Constitución Nacional, en donde se prohíbe a las ramas u órganos del poder público “decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”, para lo cual fue necesario realizar el análisis de lo expuesto en la Constitución Nacional de 1886 y los motivos que llevaron a su modificación.

Al respecto, se determina que la Constitución Nacional de 1886 incluía 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. Dicha norma se encontró vigente hasta la modificación presentada por la Constitución Nacional de 1991, a pesar de que, con la reforma constitucional de 1945, limitó la facultad legislativa a la estricta sujeción a los planos y programas correspondientes.

De igual forma, la reforma constitucional de 1968 extiende la posibilidad de otorgar auxilios y ayudas del Congreso a las Asambleas y de los Concejos municipales. El propósito de la modificación en sus primeras etapas fue cumplida, al destinar las partidas presupuestales asignadas a los congresistas en las circunscripciones electorales para el impulso de empresas útiles o benéficas. Sin embargo, con el tiempo fue cambiando, lo cual generó problemas de corrupción, desprestigio y envilecimiento de la función legislativa, fenómeno que se expandió a nivel departamental y municipal.

Por consiguiente, la Constituyente de 1991 decidió eliminar los denominados auxilios parlamentarios no solo a nivel del Congreso, sino también a nivel de las restantes corporaciones públicas de elección popular. Así, otorgó expresión jurídica a la voluntad política de los congresistas, lo cual resultó contraproducente, pues perpetuó una práctica nociva como era la de ocultar las intenciones de lucro por parte de ellos, a través de fundaciones de similar cometido, desvirtuando los principios de las organizaciones del sector.

En la exposición de motivos del “Proyecto de Acto Constituyente de Vigencia Inmediata”, 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”. Inicialmente, todos los auxilios se destinaban para ejecución directa por los municipios, juntas de acción comunal o agencias gubernamentales, con lo que surgieron otras prácticas relacionadas a la creación de fundaciones, corporaciones y asociaciones para promover el desarrollo social. No obstante, el manejo autónomo de fondos públicos, prácticamente sin control fiscal, permitió incluso atender con ellos gastos o inversiones personales del congresista que decretaba el auxilio o el pago de activistas electorales. “En otras palabras, estamos ante el hecho cierto de veintisiete mil millones de recursos nacionales sin control alguno” (Sentencia C-372, 1994)

La Constitución de 1991 eliminó los auxilios parlamentarios. El Decreto 777 de 1992, modificado por el Decreto 1403 de 1992, es producto del espíritu de la Comisión cuarta de la Asamblea Constituyente, que aprobó la total eliminación de los auxilios parlamentarios. Pero obrará hacia adelante. Mientras tanto, si no se tienen los controles adecuados que no afecten la autonomía fiscal de las ESAL, se evitarán irregularidades que suelen revivirse con otras denominaciones.

Las anteriores consideraciones demuestran y justifican la contundente prohibición que contiene el Artículo 355 de la Constitución Nacional, el cual, por lo demás, responde a un propósito loable de indudable carácter corrector de situaciones anómalas que se busca suprimir definitivamente.

Al respecto, Luis Guillermo Nieto Roa, miembro de la Asamblea Nacional Constituyente, determinó que el afán de encontrar un poder superior al Congreso para sanear el órgano

legislativo fue una de las razones que llevaron a los colombianos a aceptar la propuesta de la Asamblea Nacional Constituyente en 1990 (Sarmiento & Sarmiento, 1997). Además, señala que uno de los vicios del momento era los auxilios parlamentarios, en los cuales los congresistas habían encontrado un método para aprovechar a su favor las partidas presupuestales de la Constitución, cuya justificación se encontraba en que los mayores conocedores de las necesidades de las veredas, municipios o las providencias eran los congresistas.

Al igual que la Corte Constitucional, el profesor Nieto señala que durante años la facultad fue utilizada correctamente, mediante la ejecución de miles de obras de beneficio local, gracias a las iniciativas de los congresistas. Sin embargo, se contaba con cupos presupuestales con los que procuraban cubrir el mayor número de comunidades, lo cual condujo a que se dividieran los cupos en cifras diminutas, utilizadas para iniciar las obras que probablemente nunca serían terminadas. De esta manera, no era extraño que para los colombianos fuera misión fundamental de los constituyentes de 1991 el acabar con los auxilios parlamentarios, incluidos los decretados por diputados y concejales.

Dentro del análisis realizado por el profesor Nieto se encuentra que el proyecto presentado tenía como propósito únicamente prohibir, hacia adelante y de manera inmediata, la inclusión de auxilios parlamentarios, pero permitir que se pagaran los decretados para 1991. Sin embargo, esto fue modificado por presión del gobierno nacional.

Al evidenciar el correcto desarrollo de las actividades ejercidas por algunas organizaciones sin ánimo de lucro, se averiguó por las experiencias en otros países y se encontró que tales entidades se apoyaban con recursos que no se entregaban como donación incondicional, sino mediante una relación contractual que tenía precisas obligaciones para la persona contratada.

A pesar de lo anterior, con la redacción del Artículo 355 de la Constitución Nacional se logró aún tener dificultades como la siguiente: al tomar la decisión de limitar las actividades dentro de los planes de desarrollo y las obras de interés público o beneficio común, los gobiernos dejaban de lado algunas circunstancias como personas afectadas por desastres naturales.

De esta manera, encontramos hoy el Artículo 355 de la Constitución Nacional que determina:

Artículo 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.

La Corte Constitucional realizó un análisis jurisprudencial de la constitucionalidad de los auxilios al señalar los argumentos presentados en las sentencias C-372 de 25 de agosto de 1994, Sentencia C-506 de 24 de noviembre de 1994, Sentencia C-230 de 25 de mayo de 1995 y en la C-316 de 19 de julio de 1995, en la sentencia C-671 de 2009.

De esta forma se encuentra como el Artículo 355 de la Constitución Nacional fue una solución a problemas de corrupción y clientelismo creados como consecuencia de los auxilios parlamentarios, lo cual no conduce a la eliminación de la función benéfica del Estado, ya que esta es posible desarrollarla mediante la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad.

Fundamentación jurídica de la contratación Pública con ESAL

La cultura sobre la contratación debe establecerse, en primer lugar, por su esencia, que es conocer el plan de desarrollo, denominado en este caso “Bogotá Humana 2012-2016”, según el Acuerdo 489 (Concejo Distrital, 2012), que expresa tres ejes estratégicos:

1. Una ciudad que reduce la segregación y la discriminación: El ser Humano es el centro de las preocupaciones del desarrollo.
2. Un territorio que enfrente el cambio climático y se ordene alrededor del agua.
3. Una Bogotá que defiende y fortalece lo público.

Este modelo de planeación se enfoca en lo social, lo cual debería fortalecer y ampliar la contratación con ESAL, incentivando el trabajo en red (Ruiz de Gauna, Sole I Serra, Vidal Garcia, & Villa Uriol, 2007). Con esto se espera lograr un trabajo en equipo con miras a fortalecer la cooperación entre las organizaciones de segundo y tercer nivel, basado en una sociedad relacional y estructurado por el diálogo, la colaboración y cooperación entre los diferentes sectores, a saber: administración pública, empresa y organizaciones no lucrativas (ONG). Con esto se busca, además, generar corresponsabilidad frente a los problemas sociales, aspecto que en Colombia está limitada por confundirse o ser utilizada como auxilios parlamentarios, esencia del Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991.

El Consejo de Estado (Concepto 1626, 2005), frente a la posibilidad de ejecutar recursos públicos mediante contratos celebrados con entidades sin ánimo de lucro, a pesar de las prohibiciones del Artículo 355 de la Constitución Nacional, expuso:

Si bien el precepto prohíbe de manera general a las ramas y órganos del poder público, destinar recursos a particulares, también lo es que el mandato no es absoluto, pues el inciso segundo admite excepciones, cuando se trata de ejecutar, mediante contratos celebrados con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, actividades y programas de interés

público, que estén en consonancia con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo.

Las erogaciones que se autoricen para tales efectos, deben tener sustento en principios y derechos constitucionales y resultar indispensables para realizar los fines esenciales del Estado, sólo así se armoniza la prohibición de decretar auxilios o donaciones con el cumplimiento de los deberes propios de un estado social de derecho.

Es decir que la relación entre las entidades del Estado y las ESAL se da a través de la contratación de servicios para desarrollar el plan de desarrollo Bogotá Humana (2012-2016). Las metodologías empleadas en la contratación pública, que están definidas en el Artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 (la cual reforma la Ley 80 de 1993), modificada a su vez por la ley 1474 de 2011, en donde se definen las modalidades de contratación, a saber: la licitación, la selección abreviada, la contratación directa, de mínima cuantía y concurso de méritos, todos reglamentados por el decreto 1510 de 2013 (compilado por el Decreto 1082 de 2015) y demás normas asociadas a este aspecto.

Por otra parte, en el Distrito Capital reguló la contratación pública a través del Estatuto Orgánico de Bogotá, expedido a través del Decreto 1421 de 1993, que manifiesta la creación de los fondos locales, donde los recursos asignados podrán ser contratados con organizaciones cívicas, sociales y comunitarias, todas estas ESAL pertenecientes al tercer sector. Con esto, a su vez, se genera la posibilidad de celebrar contratos con otras entidades distritales y públicas, consideración que se da al tenor del Artículo 355 de la Constitución Nacional.

Esto quiere decir que las transferencias de recursos públicos en Bogotá a ESAL sin ánimo de lucro que tengan un fundamento constitucional expreso, no constituyen erogación prohibida por la Carta, sino el cumplimiento de los deberes sociales a cargo del Estado. Las actuaciones negativas posibles en esta modalidad de contratación que indirectamente benefician a un funcionario público, pueden interpretarse como un auxilio o donación, que está prohibido por

norma superior. Con todo, este auxilio también es aquel que se hace en beneficio de particulares por mera liberalidad, sin contraprestación alguna; en otros términos, se trata de una “transferencia injustificada de recursos del patrimonio público al particular, con el fin de favorecer a ciertos individuos o grupos de manera selectiva, así como la utilización política y electoral, y algunas veces económica, de las necesidades de personas y comunidades”, según la Corte Constitucional (Sentencia C-183, 1997), lo que equivale a revivir la práctica de los llamados “auxilios parlamentarios”, cuyo mal uso generó el mandato constitucional.

Respecto de la naturaleza de los subsidios a los particulares, la jurisprudencia, de manera reiterada y uniforme, concluye que la prohibición no implicó la extinción de la función benéfica del Estado, sino que admite otras excepciones que surgen del texto constitucional y que tienen por objeto garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, o el estímulo a actividades que la misma Carta considera dignas y merecedoras de apoyo.

Por lo tanto, el Consejo de Estado respecto a los subsidios, ayudas o estímulos económicos determinó que:

el mandato superior no desconoce el otorgamiento de subsidios, ayudas o estímulos económicos cuando obedecen al cumplimiento de deberes o principios de rango constitucional, como los recursos que, conforme a los artículos 64 y 65, se destinen a mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos, proteger la producción de alimentos e impulsar el desarrollo de las actividades del campo, así como a los incentivos económicos para el fortalecimiento de la investigación científica, y la promoción, fomento y acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, tal como lo ordenan los artículos 69 y 70. También se contempla la concesión de subsidios a las

personas de menores ingresos para el pago de las tarifas de servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas, según mandato del Artículo 368, entre otros. (Concepto 1626, 2005)

De acuerdo con lo señalado en el Artículo 355 de la Constitución Nacional, es posible suscribir contratos con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de planear, impulsar, desarrollar y ejecutar programas y actividades de interés público, lo cual conlleva a desarrollar temas netamente sociales, que logren los fines de la contratación pública y los objetivos del Estado.

Los estrictos requisitos establecidos por la norma superior hacen referencia, primero, a que el particular con el que se contrate sea una “entidad”, esto es, una persona jurídica, sin ánimo de lucro y de “reconocida idoneidad”; y, segundo, a que el objeto contractual, además de corresponder al objeto social de la entidad sin ánimo de lucro, corresponda a programas y actividades de interés público, acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo.

El mismo Artículo 355 de la Constitución Nacional habilitó al gobierno para reglamentar esta actividad contractual. Para tal efecto, expidió y se encuentra vigente el Decreto 777 de 1992, con las modificaciones introducidas por el Decreto 1403 del mismo año, de manera que, además de los requisitos constitucionales, deberán observarse los reglamentarios contenidos en los decretos señalados, así como en lo dispuesto en el decreto 2459 de 1993.

De igual manera, se creó el Artículo 96 de la Ley 489 de 1998, que determina la posibilidad de suscribir convenios de asociación con personas jurídicas particulares de conformidad con el mismo Artículo 355 de la Constitución Nacional, lo cual es manifestado por el Consejo de Estado, en uno de sus pronunciamientos, así:

Los dos primeros incisos del artículo 96 de la ley 489 de 1998 regulan los “convenios de asociación” que pueden suscribir las entidades estatales de todo orden, con “personas jurídicas particulares... de conformidad con lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución Política.” (...) Los estrictos requisitos establecidos por la norma superior (artículo 355) hacen referencia a que el particular con el que se contrate sea una “entidad”, esto es, una persona jurídica, sin ánimo de lucro y de “reconocida idoneidad”; y a que el objeto contractual, además de corresponder al objeto social de la entidad sin ánimo de lucro, corresponda a programas y actividades de interés público, acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo. El mismo artículo 355 constitucional habilitó al gobierno para reglamentar esta actividad contractual; Entre las disposiciones del decreto 777 de 1992, la Sala destaca las relativas a la disponibilidad presupuestal y al registro presupuestal, como requisitos previo y posterior a la celebración del respectivo contrato, que guardan coherencia con el texto del inciso segundo del artículo 355 constitucional en cuanto éste circunscribe el fomento de las actividades privadas a la existencia de los recursos presupuestales. (...) La Sala concluye que tanto por su ubicación en el contexto de la Carta como por la precisión en el uso de los términos, la expresión “recursos de los respectivos presupuestos” no pudo ser más explícita en cuanto a la intención del constituyente de restringir el fomento de actividades particulares a la disponibilidad de apropiaciones que sólo pueden haber sido decretadas por ley anterior y destinadas para cumplir el plan de desarrollo. En últimas se trata de que los recursos públicos que pueden comprometerse en los contratos autorizados por el artículo 355 son exclusivamente de naturaleza dineraria, pues a éstos corresponden las fuentes de ingresos relacionadas en la ley orgánica del presupuesto cuando desarrolla las normas constitucionales referentes al presupuesto de rentas. (Concepto 1957, 2009)

De esta forma, se observa el sustento jurídico tanto constitucional como legal de la suscripción de contratos de impulso y convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro.

Es así como se vuelve necesaria la descripción de los tipos de contratos que se pueden suscribir, las características de la contratación, las prohibiciones frente a esta, y aspectos relacionados con las organizaciones sin ánimo de lucro, expresados en las siguientes etapas: la planeación, la selección y el desarrollo de control ejercido por la Personería, la Contraloría y la Veeduría.

La (Procuraduría, 2012) define lo anterior de la siguiente forma:

La planeación: Implica proyectar la gestión del contrato a través de estudios previos de la necesidad, viabilidad y coherencia con respecto al presupuesto asignado y las metas establecidas en el plan de desarrollo, bajo los parámetros de ejecución en el menor plazo, la mayor calidad y costos favorables.

La selección: Hace referencia a la evaluación objetiva bajo el sistema de ponderación de costos versus calidad desde la normatividad contractual pública del cumplimiento o no de los requerimientos del contrato con respecto a las cualidades exigidas a la persona natural, empresa u ESAL para su realización.

El desarrollo: Es la ejecución del contrato bajo el seguimiento del interventor, quien velará por el correcto cumplimiento técnico, jurídico y financiero a través de informes generados al ordenador del gasto. En todo este proceso, tanto el funcionario público como los contratistas y el interventor responden por sus actuaciones civil, fiscal, penal y disciplinariamente.

El control por parte de las entidades estatales sobre las etapas anteriormente expuestas es el deber ser de la Contraloría, la Personería y la Veeduría. La primera se preocupa por el control fiscal de los recursos públicos (en este caso del Distrito Capital); la segunda, por el cumplimiento constitucional y la norma vigente, vigilando las actuaciones de los funcionarios públicos; y la tercera ejerce un control preventivo, promueve la participación y el control de la comunidad en el

desarrollo de los contratos de las entidades gubernamentales con otras entidades, con el propósito de denunciar posibles actos de incumplimiento o corrupción.

Sistema de técnicas de contratación pública distrital

La contratación con ESAL frente a los auxilios parlamentarios

El principal problema que enfrenta la contratación pública con una ESAL en el Distrito Capital es la posibilidad de generar duda, o causar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado al tenor del Artículo 355 de la Constitución Nacional de Colombia. Lo anterior se puede evitar siempre y cuando exista, por la organización de tercer nivel, no haya una contraprestación a favor de la entidad contratante y haya una asociación por parte de aquella al plan de desarrollo de la ciudad.

El gobierno bogotano o los funcionarios delegados con competencia para celebrar contratos y convenios con ESAL podrán, con recursos de los respectivos presupuestos asignados, destinar recursos financieros siempre y cuando la entidad contratada sea de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan de desarrollo Bogotá Humana (2012-2016).

Frente a los antecedentes de contratación entre el gobierno nacional, distrital y demás organismos con entidades sin ánimo de lucro, la Constitución de 1986 otorgó al Congreso la competencia de fomentar las empresas a través de estímulos económicos de apoyo e involucró a las asambleas departamentales, las cuales, a través de ordenanzas, promovían la industria local. Sin embargo, esta se vio limitada posteriormente, por el acto legislativo No. 1 de 1945, a la estricta sujeción a los planes y programas de los gobiernos locales o nacionales. Lo anterior significa que, desde esa época, Colombia viene restringiendo las actuaciones de los congresistas y diputados por voluntad del constituyente y no por la potestad legislativa del Congreso.

En lo referente a los auxilios parlamentarios, González Cuervo se pronuncia:

Los conceptos de donación, auxilio, subsidio o subvención, encuentran desde el punto de vista semántico idéntico significado, lo que haría suponer que las subvenciones –subsidios y aportes- comparten las mismas características que las donaciones o auxilios a que hace alusión el artículo 355 constitucional, en tanto se trata de partidas de origen público, que se asignan sin contrapartida del beneficiario directo y, que pueden ser dirigidas a personas naturales o jurídicas. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico se advierten particularidades en relación con estos conceptos, a partir de los cuales es posible fijar estrictos linderos, las cuales radican bien en el origen y en la finalidad que persigan. (Sentencia C-324, 2009)

La dualidad generada por la prohibición de las donaciones, auxilios, subsidios o subvención enmarcados en el Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991 y sus decretos reglamentarios, se resuelve a su vez desde el momento en que se asume una concepción de beneficio a lo público, centrada en una población de interés social por sus condiciones de vulnerabilidad o no lograr los indicadores de desarrollo humano establecidos para una vida digna. Esta situación alimenta el espíritu del inciso segundo del artículo en mención, que se asocia al impulso de programas de apoyo a los planes de desarrollo nacional o distrital, reflejados en una contraprestación manifiesta en un bien o servicio para la sociedad.

Por otra parte,

La reforma constitucional de 1968 consolidó la atribución del Congreso, las asambleas y los concejos municipales para el otorgamiento de auxilios destinados al fomento de empresas útiles y benéficas merecedoras del apoyo del Estado.

Sobre el particular, ha de recordarse que si bien es verdad que el Acto Legislativo No. 1 de 1968, fijó en el Gobierno, de manera exclusiva la iniciativa para la presentación de proyectos de ley que implicaran gasto público, de un lado, de otro y como contrapartida, autorizó a los congresistas, de manera excepcional la iniciativa en proyectos de ley para

fomentar “empresas útiles o benéficas”, con “sujeción a los planes y programas correspondientes”, tal como al efecto se dispuso en el ordinal 20 del artículo 76 de la Carta.

Dada la desviación que en algunos casos se hizo de dineros oficiales aparentemente destinados a atender con ellos el fomento de entidades de derecho privado para fines altruistas o para la solución de necesidades vigentes de las pequeñas comunidades regionales, la Asamblea Constitucional que expidió la Carta Política de 1991, previo análisis de la anómala situación existente realiza un análisis del artículo 355, decidió prohibir a “las ramas u órganos del poder público” el decreto de “auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”. Al propio tiempo, la norma citada autorizó al Gobierno, así como a las autoridades departamentales, distritales y municipales la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para impulsar “programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo, contratos en cuya ejecución se utilizarán, en cada caso, “recursos de los respectivos presupuestos”, todo sujeto a la reglamentación que sobre el particular expida el Gobierno Nacional. (Sentencia C-671, 2009)

Antecedentes jurisprudenciales en relación con el Artículo 355 de la Constitución

Con a los antecedentes jurisprudenciales del Artículo 355, el documento recién citado dice:

La Corte Constitucional (Sentencia C-372, 1994), al interpretar la prohibición constitucional para el otorgamiento de auxilios a personas jurídicas de derecho privado, expresó que “la asignación de un capital público a una fundación que cuente también con aportes privados, se enmarca dentro de los criterios de donación o auxilio sancionados por el artículo 355 superior”, por lo que “esa liberalidad desconoce el espíritu del constituyente por tratarse de una facultad sin control fiscal alguno”, lo que podría conducir a que “se destinen los recursos del Estado a fines censurables que desconozcan de paso la vigencia del Estado

Social de Derecho, la prevalencia del interés general y la búsqueda constante y necesaria de un orden social justo”.

Por ello, agregó entonces la sentencia aludida que con el propósito de lograr la colaboración con los particulares para impulsar programas y actividades de interés público, el camino señalado por la Carta es el de la celebración de contratos con personas jurídicas “privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad”, los que requerirán de recursos económicos “de los respectivos presupuestos” y acorde con los planes nacional o seccionales de desarrollo. (Secretaría General Alcaldía Mayor de Bogotá D. C., 2004)

En las ESAL los aportes de privados no solamente se dan por un principio de liberalidad, es la preferencia de personas naturales, que invierten socialmente y sus excedentes son reinvertidos al objeto social de la misma, el aprovechar la condición de estas entidades de tercer nivel, para tener beneficio serían comportamientos tipificados como dolosos y por consiguiente sancionados fiscal y penalmente.

Como consecuencia, la Corte Constitucional (Sentencia C-506, 1994) determinó que los denominados “auxilios” con dineros públicos a personas privadas, ciertamente se encuentran “prohibidos por el artículo 355 de la Carta”, cuando ellos son “decretados sin fundamento en programas y actividades de interés público acorde con los planes nacional y seccional de desarrollo y por fuera de los contratos que se deben celebrar exclusivamente con dichos fines”, jurisprudencia que en ese punto se reitera, pero advirtiendo que, “de existir fundamento constitucional expreso” como ocurre con la “actividad de fomento de la investigación y de la actividad científica y tecnológica” a las cuales se refiere el artículo 71 de la Carta, razón ésta por la cual se manifestó por la Corte que “mediando así disposición concreta y específica sobre el objeto de la entidad y el régimen al cual estarán sometidas y el tipo de aporte, lo procedente es la declaratoria de constitucionalidad de la disposición que autorice la creación de las personas jurídicas”, por cuanto “se trata de una concreta modalidad de destinación de

los recursos públicos para la atención de una actividad específica de carácter público identificada en la Constitución y en la ley, con la participación de los particulares, en los términos de los artículos 69 y 71 de la Carta que prevén los fines específicos a los que pueden dedicarse” .

Más adelante, en Sentencia del Magistrado ponente doctor Antonio Barrera Carbonell (Sentencia C-230, 1995) la Corte Constitucional dejó establecido que “por no ser de creación legal las asociaciones y fundaciones de participación mixta, se las considera bajo la denominación genérica de entidades descentralizadas indirectas de segundo grado, y están sometidas al mismo régimen jurídico aplicable a las corporaciones y fundaciones privadas, esto es, a las prescripciones del Código Civil y demás normas complementarias”, es decir, con ellas se realizan actividades que “constituyen modalidades de la descentralización por servicios”, razón por la cual, -agregó la Corte-, “son entes que poseen una vinculación con el Estado en cuanto participan en el cumplimiento de actividades que constituyen objeto de los cometidos propios de éste, hasta el punto de que aquél al asociarse a ellas les entrega a título de aporte o participación bienes o recursos públicos”.

En (Sentencia C-316, 1995), la Corte reiteró la jurisprudencia anteriormente citada y agregó que en cuanto hace al desarrollo y promoción de la investigación, la ciencia y la tecnología, resultan legítimos “los incentivos y estímulos” que se encuentren “dirigidos de manera especial a las personas y entidades particulares”, lo cual encuentra legitimidad constitucional en lo dispuesto por los artículos 65, inciso segundo 69 inciso tercero, 70 aparte final del inciso dos, 71 y 67 de la Carta, por lo que, concluye la Corporación, “la destinación de recursos públicos con la participación de los particulares en las actividades relativas al desarrollo y fomento de la ciencia y la tecnología, constituye una excepción a la norma del artículo 355 de la Constitución”. (Secretaría General Alcaldía Mayor de Bogotá D. C, 2004)

Posteriormente, mediante la (Sentencia C-152, 1999), la Corte Constitucional reconoció expresamente que la Constitución Nacional facultó al Estado para conceder subvenciones, estímulos económicos o subsidios a particulares, precisando que su desarrollo era materia reservada a la libre configuración normativa del legislador, en tanto la Carta Nacional omitió determinar la forma en que podría decretarse la concesión de incentivos o estímulos.

Con la (Sentencia C-1168, 2001), Montealegre Lynett realizó el análisis de los artículos 2 y 3 de la Ley 628 de 2000, arribando la Corte Constitucional a las siguientes conclusiones: en primera medida, se prohibió la transferencia de recursos públicos sin razones constitucionales que la justifiquen. Por otra parte, se impidió que los dineros del presupuesto se utilizaran con fines desviados, aun por entidades oficiales, de manera tal que por medio de esta sentencia se limitó la independencia del Congreso y el favorecimiento a determinados grupos políticos, situación que evidentemente afecta la imparcialidad y transparencia dentro del proceso político.

Por su parte, Alvaro Tafur Galvis como Magistrado Ponente determinó (Sentencia C-712, 2001) estableció:

(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.”

En este orden de ideas, no se estaría violentando el Artículo 355 de la Constitución Nacional de Colombia en lo que respecta a la contratación realizada por los entes gubernamentales tanto nacionales como distritales con competencia de contratar con ESAL, ya que en los contratos y convenios se establece la contraprestación social afín con los planes de desarrollo.

La Corte Constitucional (Sentencia C-507, 2008), estudió la constitucionalidad del artículo 10 del Plan Nacional de Desarrollo —Ley 1151 de 2007— sentando un precedente sobre el sentido de establecer los requisitos generales para autorizar cualquier excepción al Artículo 355 de la Constitución Nacional en los siguientes términos:

1. Toda asignación de recursos públicos debe respetar el principio de legalidad del gasto.
2. Toda política pública del sector central, cuya ejecución suponga la asignación de recursos o bienes públicos, debe encontrarse reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el correspondiente Plan de Inversión.
3. Toda disposición que autorice una asignación de recursos públicos, sin contraprestación por parte del beneficiario, tiene que encontrarse fundada en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice.
4. Debe respetar el principio de igualdad.

La reglamentación de los convenios de asociación y contrato de impulso.

El Gobierno Nacional, en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 355 de la Constitución Nacional, expidió el Decreto 777 de 1992, modificado por el Decreto 1403 de 1992 y el Decreto 2459 de 1993. Con la expedición de los mencionados decretos se procedió a definir los requisitos y condiciones a partir de los cuales se pueden celebrar estos contratos de fomento, y a prohibir, en el Artículo 2º en forma expresa, un conjunto de actividades que no encajan en aquellas que son objeto de impulso, como a continuación se enuncia:

Artículo 1º. Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983.

Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a cien salarios mínimos mensuales deberán publicarse en el Diario Oficial o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial. Adicionalmente, deberán someterse a la aprobación del Consejo de Ministros aquellos contratos que celebren 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, y la cuantía del contrato sea igual o superior a cinco mil salarios mínimos mensuales.

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

realizar el objeto del contrato. La autoridad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado [...].

Artículo 2°.- Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto:

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

2. Las transferencias que se realizan con los recursos 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 las cooperativas públicas, o de corporaciones y funciones de participación mixta en cuyos órganos directivos esté representada la respectiva entidad pública, 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.

Parágrafo.- “Para efectos del presente Decreto se consideran entidades públicas, además de las otras previstas por la Constitución y la ley, a las empresas industriales y

comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas” Según Ley 777. (Colombia. Presidencia de la República, 1992)

De acuerdo con lo anterior, las entidades públicas pueden celebrar los contratos establecidos en el Artículo 355 de la Carta Política con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el único propósito de impulsar programas y actividades de interés público. La mencionada idoneidad debe entenderse como la experiencia con resultados satisfactorios que acrediten su capacidad técnica y administrativa para realizar el objeto del contrato. Así mismo, se excluyen de manera expresa las actividades enunciadas en el Artículo 2º.

Es necesario establecer las condiciones de ESAL para la suscripción de contratos, en especial su carácter de idónea.

Definición de entidades sin ánimo de lucro.

Las entidades sin ánimo de lucro son definidas por la Cámara de Comercio (Camara de Comercio, 2015) en los siguientes términos:

Las Entidades Sin Ánimo de Lucro son personas jurídicas que se constituyen por la voluntad de asociación o creación de una o más personas (naturales o jurídicas) para realizar actividades en beneficio de asociados, terceras personas o comunidad en general. Las ESALES no persiguen el reparto de utilidades entre sus miembros.

Naturaleza jurídica entidades sin ánimo de lucro.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 633 del Código Civil, una persona jurídica es un ente de creación legal, ficticio, capaz de ejercer derechos, contraer obligaciones y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

El tratadista (Valencia Zea, 2000) señala que las personas naturales son reales y las jurídicas son producto de una ficción. La ficción consiste en admitir la existencia y voluntad de

un ser que no tiene existencia ni voluntad en sí, es decir, se asimila a una persona. Tal asimilación tiene su origen en el fin al cual está destinado un conjunto de bienes o patrimonio.

Las personas jurídicas dependiendo de su origen, pueden ser de Derecho Público cuando tienen su origen directamente en un acto del Estado, sus recursos vienen del tesoro público y son administradas por órganos estatales; mientras que se consideran de Derecho Privado aquellas tienen iniciativa de creación de carácter privado, se establecen con fondos privados y son administradas por particulares. Por lo anterior, se concluye que las ESAL son personas jurídicas de Derecho Privado, es decir que tienen su origen en la voluntad de los particulares para constituirla y administrarla.

Una de las características de estas entidades es la ausencia de ánimo de lucro, es decir, que no responden al interés capitalista de utilidad de una sociedad mercantil y, por lo tanto, no hay lugar a realizar el reparto de los rendimientos obtenidos, que se denominan excedentes o beneficios en el caso de este tipo de organizaciones, a favor de una persona natural capitalista.

Es por esto que los excedentes o beneficios permanecen dentro de la entidad y hacen parte de su patrimonio, independientemente de que resulten destinados o no al objeto de beneficio común.

Al respecto, el tratadista (Tafur Galvis A. , 1990) expuso: “En tales instituciones ha de estar excluido todo mecanismo que directa o indirectamente signifique, para los partícipes en el acto de constitución o fundación la vocación de participar en los excedentes o beneficios obtenidos del desarrollo del objeto propio de la organización creada”.

Clasificación de las entidades sin ánimo de lucro.

Según el Artículo 633 del Código Civil, las personas jurídicas sin ánimo de lucro se clasifican en dos grupos, de acuerdo con su origen y características específicas, que son: las

asociaciones o corporaciones de una parte, y las fundaciones de beneficencia pública. Sin embargo, como bien lo expresa la Sentencia C-305 del 22 de agosto de 1996 (que declaró exequibles los artículos 40, 41, 42, 43, 44 y 45 del Decreto 2150 de 1995) al referirse al Título XXXVI del Código Civil:

[...] el desarrollo posterior de la legislación, merced a la expedición sucesiva de numerosas normas no incluidas en la perceptiva del Código en referencia (por ejemplo , la Ley 22 de 1987, y los decretos ... y las disposiciones sobre instituciones de utilidad común y juntas de acción comunal entre otras), modificó sustancialmente esos mandatos iniciales, derogó algunos de ellos, dio lugar a la existencia de nuevas modalidades de personas jurídicas, excediendo el primitivo criterio que las limitaba a corporaciones y fundaciones de beneficencia pública...”

Con esto se concluye que pueden existir otras denominaciones de personas jurídicas como son comités, organizaciones, colegios de abogados, que participan del carácter de corporación, asociación o fundación.

Por lo anterior, es necesario hacer énfasis en las diferencias existentes entre las corporaciones y fundaciones. Sobre el particular, ha señalado el Consejo de Estado lo siguiente:

Dentro de la multiplicidad de personas jurídicas concebidas por nuestro derecho, las hay de derecho público y de derecho privado; a la vez dentro de éstas se encuentran diversas subclasificaciones; merece una especial atención para el caso de autos, la que sobre el particular se formula en el inciso segundo del artículo 633 del C. C., según el cual las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. A renglón seguido y en el tercer inciso del mismo artículo se agrega que pueden existir personas jurídicas que participan de uno y otro carácter, vale decir, del de fundación y del de Corporación.

Las fundaciones son personas jurídicas que resultan de la afectación de un patrimonio o de una masa de bienes, a un fin de utilidad o beneficencia pública, por parte de su creador o

creadores, denominados comúnmente fundador o fundadores. Es esencial en ella, además de los elementos propios de toda persona jurídica, la existencia de un conjunto de bienes, y su afectación por el fundador a un fin de beneficencia o utilidad pública.

A diferencia de la fundación, la Corporación exige una asociación de personas, denominados corporados, simplemente asociados o impropriamente socios, que persiguen como fin la obtención de un servicio o el desarrollo de una actividad que les represente un beneficio o una expansión.

Es común a la fundación y a la corporación la ausencia de lucro. Esto equivale a decir que su actividad no puede perseguir como fin próximo, remoto o eventual, la obtención de utilidades en dinero distribuirles (sic) entre los fundadores o corporados. Ello no se opone a que la persona jurídica como tal, corporación o fundación, ejecute actos encaminados a cumplir con su finalidad, con los cuales obtenga un beneficio económico; pero este debe estar dirigido al desarrollo de la actividad básica de beneficencia pública, de servicio o simple beneficio social, o académico, etc.” (Concepto 22, 2009)

Al respecto, la oficina Jurídica Nacional de la Universidad Nacional de Colombia, mediante el Concepto No. 22 del 22 de abril de 2009 (recién citado), efectuó las siguientes precisiones: “En el caso de las fundaciones se está afectando un patrimonio para un fin común, en tanto que en la corporación existe una asociación de personas, reunidas con unos propósitos determinados”.

Con respecto a las fundaciones el tratadista Arturo Valencia Zea (Como fue citado en (Gómez, 2012)), dice:

[...] “las fundaciones son independientes de todo grupo de personas físicas en el sentido de que las personas encargadas de la dirección de una fundación no son en la mayoría de los casos las que crearon esa persona moral, no los beneficios que se obtengan van a ser repartidos entre ellas”... “la existencia de la fundación es independiente de los miembros que

la dirigen, en la mayoría de los casos ha sido fundada por una persona distinta que quiso perpetuar su memoria en obras imperecederas de caridad o beneficencia, destinado para ello un capital...”.

Respecto al patrimonio de la persona jurídica se deben realizar las siguientes distinciones: como la ausencia de lucro es una de sus semejanzas, esto significa que el reparto de utilidades o remanentes no existe, tampoco es viable el reembolso de bienes o dineros aportados a la entidad.

Nace de la voluntad de sus asociados en virtud del derecho constitucional de asociación o por la libertad de disposición de los bienes de los particulares, para la realización de fines altruistas o de beneficio comunitario.

Reconocimiento de la personería jurídica.

En cuanto al reconocimiento de personería jurídica de las entidades sin ánimo de lucro es importante realizar un recuento histórico. En primer lugar, el Decreto Nacional 576 de 1984 confería la competencia al Ministerio de Justicia para reconocer y cancelar la personería jurídica a las asociaciones, corporaciones y fundaciones.

Posteriormente se expidió la Ley 22 de 1987, que asignó la función al gobernador del departamento de Cundinamarca y al alcalde mayor del distrito especial de Bogotá, de reconocer y cancelar personería jurídica a las asociaciones, corporaciones, fundaciones e instituciones de utilidad común que tuvieran su domicilio en el departamento de Cundinamarca, y en el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá. Así mismo, se delegó la función de inspección y vigilancia que ejerce sobre las entidades de utilidad común el presidente de la república (numeral 22 del artículo 189 de la Constitución Nacional).

Por su parte, el Decreto Nacional 829 de 1984 otorgó al Ministerio de Agricultura el reconocimiento de personería jurídica de asociaciones gremiales y agropecuarias. De la misma manera, el Decreto 276 de 1988 señalaba que el Instituto de Bienestar Familiar era la entidad

encargada de conceder y suspender la personería jurídica a instituciones que presten servicio de bienestar familiar, y el Artículo 326 del Decreto 663 de 1993 facultaba a la Superintendencia Bancaria para expedir certificaciones sobre existencia y representación legal, de conformidad con el numeral 2° del Artículo 74 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “Que mediante los Decretos 1930 de 1979, 2726 de 1980 y 300 de 1987, se confirió al Ministerio de Gobierno, hoy del Interior, el reconocimiento de personería jurídica de las Juntas de Acción Comunal”.

Así, el Poder Ejecutivo se fue despojando, en el transcurso del tiempo, de la facultad de reconocimiento de este tipo de entidades y fue delegándola a diversas instituciones públicas dependiendo de la actividad u objeto social, otorgándoles estas, la personería jurídica una vez cumplieran a cabalidad con todos los requisitos legales existentes.

Posteriormente, con la expedición del Decreto Nacional 2150 de 1995 se modificó la normatividad que introdujo un procedimiento ágil en el reconocimiento de personería jurídica de las organizaciones civiles, corporaciones, fundaciones, juntas de acción comunal y demás entidades privadas sin ánimo de lucro. Se consignaron requisitos muy puntuales en el Artículo 40 como a continuación se enuncia:

1. El nombre, identificación y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes.
2. El nombre.
3. La clase de persona jurídica.
4. El objeto.
5. El patrimonio y la forma de hacer los aportes.
6. La forma de administración con indicación de las atribuciones y facultades de quien tenga a su cargo la administración y representación legal.

7. La periodicidad de las reuniones ordinarias y los casos en los cuales habrá de convocarse a reuniones extraordinarias.
8. La duración precisa de la entidad y las causales de disolución.
9. La forma de hacer la liquidación una vez disuelta la Corporación o Fundación.
10. Las facultades y obligaciones del Revisor Fiscal, si es del caso.
11. Nombre e identificación de los administradores y representantes legales.

Respecto a las funciones de las entidades de vigilancia y control, el Decreto Nacional 2150 de 1995 no introdujo modificaciones, sino que logró centralizar el registro de esta clase de personas jurídicas ante las cámaras de comercio.

De la misma manera, se estableció que los estatutos y sus reformas, los nombramientos de administradores, los libros, la disolución y la liquidación de personas jurídicas deben inscribirse en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la persona jurídica en los mismos términos, derechos y condiciones previstos para el registro de actos de las sociedades comerciales.

En cuanto a las entidades sin ánimo de lucro existentes antes del 6 de marzo de 1996, respecto a cuál es la entidad competente para aprobar las reformas de los estatutos, el registro del representante legal etc., es de anotar que éstas pasarán a las Cámaras de Comercio el 2 de enero de 1997 (artículo 7o. del Decreto 427 del 996). En consecuencia, debe entenderse que sólo a partir de tal fecha obrará la inscripción de todos los actos, libros o documentos respecto de los cuales la Ley exija tal formalidad ante las Cámaras de Comercio.

Posteriormente con la expedición del Decreto 427 de 1996 se estableció en el inciso 2° del artículo 8° que las autoridades de inspección, vigilancia y control deberán conservar los archivos y con ellos podrán, no sólo ejercer la inspección y vigilancia, sino también expedir

certificaciones históricas respecto a eventos que consten en los mismos, ocurridos con anterioridad al 2 de enero de 1997. (Ministerio de Justicia y del Derecho, 1995)

Teniendo en cuenta lo anterior, las reformas estatutarias se llevaban a cabo por parte de la Oficina Jurídica de la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá a través de un estudio formal de la solicitud, es decir, que fuera firmado por el representante legal o Presidente de la Reunión, el cual debería acompañar las actas auténticas de la reunión en que se aprobaron las reformas de los estatutos entre otros documentos.

Una vez expuesto lo anterior, es evidente que la función otorgada en el artículo 636 del Código Civil, en virtud de la cual los estatutos de las corporaciones deben ser sometidos a la aprobación del Poder Ejecutivo se fue delegando a través de las disposiciones legales a distintas entidades de la Administración Pública ya vistas, estableciendo cada una de ellas el procedimiento para el otorgamiento de las personerías jurídicas. (Ministerio de Justicia y del Derecho, 1995)

En estricta aplicación de los principios constitucionales que rigen la función administrativa y teniendo en cuenta la unificación de la normatividad enunciada anteriormente, con la expedición de los Decretos 2150 de 1995 y 427 de 1996 se unificó toda la normatividad que regía la materia, permitiendo a las Entidades Sin Ánimo de Lucro nacer a la vida jurídica previo el cumplimiento de una serie de requisitos y su registro en la Cámara de Comercio y la revisión formal que ésta efectúa de los mismos.

Es claro que este Decreto Nacional no modificó la función de inspección y vigilancia que sigue en cabeza de las entidades que venían cumpliendo esta función (artículo 12 del Decreto 427 de 1996), sino que modificó la forma de reconocimiento, conservando en consecuencia a estas entidades vigilantes la función de revisar los estatutos y todos aquellos

actos que celebren o ejecuten las fundaciones, corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro.

En cuanto a la forma de constitución de las Entidades Sin Ánimo de Lucro se estableció que basta la firma del secretario y del Presidente de la Asamblea, quienes darán fe de la aprobación y comparecencia de todos los suscriptores. (Ministerio de Justicia y del Derecho, 1995).

Constitución, órganos, representación legal y entes de control.

Como se indicó anteriormente, para la constitución de una Entidad Sin Ánimo de Lucro se requiere cumplir con los siguientes requisitos:

1. Nombre: en primera medida, se debe realizar la consulta del nombre que se pretende poner a la ESAL, con el fin de verificar que actualmente no se encuentre inscrito un nombre igual al elegido.
2. Verificar para la entidad si requiere o no inscripción en la Cámara de Comercio.
3. Domicilio: debe corresponder a la jurisdicción de la Cámara de Comercio, donde se pretende inscribir la entidad sin ánimo de lucro.
4. Una entidad puede constituirse, ya sea por acta de constitución (junto con los respectivos estatutos), por escritura pública o por documento privado.

Documentos adicionales que deben ser presentados por las ESAL

Inspección y vigilancia.

El numeral 26 del Artículo 189 de la Constitución Nacional determina, como una de las funciones del Presidente de la República, el ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores.

Dicha actividad cuenta con las siguientes características (Tafur Galvis Á. , 2011):

- a. Es una actividad estatal administrativa de intervención.
- b. La regulación de la misma compete al legislador.
- c. Es función externa a la organización vigilada y a la actividad misma sujeta a la inspección y vigilancia.
- d. Los actos que adopten las autoridades competentes de inspección y vigilancia no afectan la validez de los actos sometidos a las mismas, solo su eficacia.
- e. Es función administrativa no trasladable a los particulares.

Cada ESAL que pretenda suscribir una contratación sujeta al Artículo 355 de la Constitución Nacional, debe presentar el certificado de vigilancia y control de la Entidad respectiva, con el fin de constatar que no ha sido sancionada con suspensión o cancelación de Personería Jurídica, y para determinar el cumplimiento de los aspectos jurídicos, financieros y contables exigidos por la ley.

Entre los certificados que pueden ser expedidos, se encuentra el SIPEJ, responsabilidad de la Subdirección Distrital de Inspección, Vigilancia y Control de Personas Jurídicas sin Ánimo de Lucro - Súper Personas Jurídicas, que es la entidad encargada de vigilar a las entidades sin ánimo de lucro domiciliadas en Bogotá D. C.; igualmente, es posible obtener certificados expedidos por el ICBF, IDEPAC para Juntas de Acción Comunal, entre otros.

El mencionado documento cuenta con una vigencia de tres (03) meses en su mayoría, o con un vencimiento establecido por el mismo documento, como es el caso del vencimiento señalado por la Circular No. 26 de 2014 para el SIPEJ.

Pago de seguridad social y parafiscales.

Esta obligación surge del Artículo 50 de la Ley 789 de 2002, que establece que para

[...] la celebración, renovación o liquidación por parte de un particular, de contratos de cualquier naturaleza con Entidades del sector público, requerirá para el efecto, del cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones con los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje, cuando a ello haya lugar [...]

[...] Cuando la contratación se realice con personas jurídicas, **se deberá acreditar el pago de los aportes de sus empleados,** a los sistemas mencionados mediante certificación expedida por el revisor fiscal, cuando este exista de acuerdo con los requerimientos de ley, o por el representante legal durante un lapso equivalente al que exija el respectivo régimen de contratación para que se hubiera constituido la sociedad, el cual en todo caso **no será inferior a los seis (6) meses anteriores a la celebración del contrato.** En el evento en que la sociedad no tenga más de seis (6) meses de constituida, deberá acreditar los pagos a partir de la fecha de su constitución.

Para la presentación de ofertas por parte de personas jurídicas será indispensable acreditar el requisito señalado anteriormente. **El funcionario que no deje constancia de la verificación del cumplimiento de este requisito incurrirá en causal de mala conducta.**"

(Negrilla y subrayado fuera de texto)

En la norma transcrita, se encuentra la obligación para las partes procesales relacionada con la acreditación y constatación de que la ESAL se encuentra al día con el pago de los aportes al sistema de salud, riesgos profesionales, pensiones, entre otros. En este sentido, cuando se trata de personas jurídicas, para efectos de acreditar el pago de los aportes, el Artículo 50 de la Ley 789 de 2002 prevé que se deberá allegar certificación expedida por el revisor fiscal o el representante legal.

Ahora es necesario determinar cuáles ESAL tienen la obligación de contar con revisor fiscal, con el fin de tener la tranquilidad de que la persona idónea sea quien certifique el cumplimiento del pago al sistema de seguridad social y otros.

De conformidad con lo señalado por la Cámara de Comercio, la obligación de contar con revisor fiscal existe para todas las fundaciones. Así mismo, es obligatorio para las cooperativas que tengan un patrimonio que exceda 500 salarios mínimos. (Camara de Comercio de Villavicencio)

A pesar de lo anterior, se encuentra en la fundamentación legal una posición diferente:

El Artículo 203 del Código de Comercio establece quiénes deben tener revisor fiscal sin considerar requisitos adicionales:

- 1) Las sociedades por acciones;
- 2) Las sucursales de compañías extranjeras, y
- 3) Las sociedades en las que, por ley o por los estatutos, la administración no corresponda a todos los socios, cuando así lo disponga cualquier número de socios excluidos de la administración que representen no menos del veinte por ciento del capital.

Adicional a lo dispuesto por el Artículo 203 del Código de Comercio, están los requisitos que contempla la Ley 43 de 1990 en el Parágrafo 2 de su Artículo 13:

Será obligatorio tener revisor fiscal en todas las sociedades comerciales, de cualquier naturaleza, cuyos activos brutos a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente de cinco mil salarios mínimos y/o cuyos ingresos brutos durante el año inmediatamente anterior sean o excedan al equivalente a tres mil salarios mínimos.

De esta manera, se encuentra que las ESAL no presentan la obligación de contar con revisor fiscal, a menos que a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, hayan tenido

activos iguales o superiores a 5000 SMLMV o ingresos brutos iguales o superiores a 3000 SMLMV.

En caso de que la certificación sea emitida por el revisor fiscal de la entidad, deberá allegar fotocopia de la cédula de ciudadanía, de la tarjeta profesional de contador público y de la certificación de la Junta Central de Contadores, con fecha no mayor a 90 días calendario en que conste que no se encuentra sancionado.

RUT y RIT.

Se debe presentar copia del Registro Único Tributario actualizado, de conformidad con lo estipulado en el Artículo 2 de la Resolución DIAN 139 del 21 de noviembre de 2012, garantizando que la actividad económica inscrita sea acorde con el objeto general y con la actividad o actividades principales que pretenden realizarse con la contratación.

En caso de algún cambio en la responsabilidad tributaria, clasificación de actividad económica; o en dirección, ciudad o municipio, también se tendrá la obligación de presentar nuevamente el RUT actualizado. (Universidad Nacional de Colombia, 2013)

En el caso en el cual los contratos se ejecuten en la ciudad de Bogotá D. C., las ESAL deben presentar copia del Registro de Información Tributaria (RIT) actualizado, teniendo en cuenta el Decreto Distrital 422 del 26 de Junio de 1996, en su Artículo 35, garantizando que la actividad económica inscrita sea acorde con el objeto general y con la actividad o actividades principales que pretenden realizarse con la contratación.

En caso de algún cambio en la actividad económica, dirección, ciudad o municipio, también será necesario presentar el RIT actualizado.

Declaración juramentada de no estar incurso en causales de inhabilidad e incompatibilidad ni ser deudor moroso del Estado.

No es posible que se suscriban contratos cuando el representante legal o miembros de la junta o consejo directivo se encuentren inmersos en alguna de las causales de incompatibilidad o inhabilidad.

Hoja de Vida de la función pública.

El Formato Único de Hoja de Vida debe ser diligenciado por toda persona jurídica que vaya a suscribir un contrato para la prestación de servicios con una entidad pública, independientemente de su término de duración.

Para ser tramitada, es necesario tener en cuenta las recomendaciones presentadas por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

La Ley 190 de 1995 estableció en su artículo primero:

Todo aspirante a ocupar un cargo o empleo público, o a celebrar un contrato de prestación de servicios con la administración deberá presentar ante la unidad de personal de la correspondiente entidad, o ante la dependencia que haga sus veces, el formato único de hojas de vida debidamente diligenciado en el cual consignará la información completa que en ella se solicita:

1. Su formación académica, indicando los años de estudio cursados en los distintos niveles de educación y los títulos y certificados obtenidos.
2. Su experiencia laboral, relacionando todos y cada uno de los empleos o cargos desempeñados, tanto en el sector público como en el privado, así como la dirección, el número del teléfono o el apartado postal en los que sea posible verificar la información.

3. Inexistencia de cualquier hecho o circunstancia que implique una inhabilidad o incompatibilidad del orden constitucional o legal para ocupar el empleo o cargo al que se aspira o para celebrar contrato de prestación de servicios con la administración.
4. En caso de personas jurídicas, el correspondiente certificado que acredite la representación legal. (Colombia. Congreso de la República, 1995)

De manera adicional, en cumplimiento de lo estipulado en los Artículos 10 y 11 del Decreto 1571 de 1998, reglamentario de la Ley 443 de 1998, las entidades de todas las ramas del poder público deberán exigir la presentación del Formato Único de Hoja de Vida, con excepción de quienes ostenten la calidad de miembros de las Corporaciones Públicas, a todos los servidores públicos, y a los contratistas de prestación de servicios, en el momento previo a la posesión o de la celebración del contrato, respectivamente.

Debido a que los contratos sujetos al Artículo 355 de la Constitución Nacional implican necesariamente la prestación de servicios a favor de la Entidad contratante, se requiere que las personas jurídicas sin ánimo de lucro presenten el formato de Hoja de Vida debidamente diligenciado. Es una obligación para la Entidad el exigirla.

Declaración de ingresos y patrimonio o de renta de los últimos 3 años y balance financiero de los tres últimos años.

El Artículo 12 del Decreto 777 de 1992, determina: “Las entidades sin ánimo de lucro deben estar constituidas con seis meses de antelación a la celebración del contrato y tener vigente el reconocimiento de su personería jurídica. Aquéllas que estén obligadas por disposición legal a presentar declaración de ingresos y patrimonio o declaración de renta suministrarán además, copia de las correspondientes a los tres últimos años gravables, si es del caso.”

En conformidad con lo anterior la entidad contratante deberá analizar la idoneidad financiera de la organización sin ánimo de lucro, para lo cual, dependiendo del objeto,

presupuesto y análisis y distribución de riesgos, se deben estipular los índices financieros que permitan darle a la entidad contratante una tranquilidad financiera probatoria.

Es necesario determinar que la firma de los estados financieros y la presentación de una declaración sobre la veracidad y lealtad de los estados financieros, determinan la presunción de una verdadera situación financiera de la empresa.

Constancia de idoneidad de la persona a contratar.

Con fundamento en los requisitos anteriormente señalados, la autoridad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito con la debida motivación. Generalmente, se expedirá una certificación por parte del jefe de área técnica y el ordenador del gasto, quienes analizarán las condiciones de la ESAL y constatarán su idoneidad y experiencia.

Es necesario establecer que dicho documento corresponde a un requisito previo, indispensable para la suscripción del contrato.

Certificado de disponibilidad presupuestal y registro presupuestal.

El Consejo de Estado (2009) establece frente al presupuesto contractual lo siguiente:

[...] el Artículo 355 es el último de los artículos que conforman el Capítulo III, “Del presupuesto”, Título XII, “Del régimen económico y de la Hacienda Pública”, en la Constitución; y además, dice textualmente la parte pertinente de su inciso segundo:

“El gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro”

De lo anterior, se encuentra que se pretende establecer que las apropiaciones disponibles deben estar decretadas por ley y destinadas para cumplir el plan de desarrollo, garantizando que se cumpla con el requisito establecido en el mismo Decreto 777 de 1992, relacionado con el cumplimiento de los planes de desarrollo nacional o territorial.

Igualmente, es preciso determinar que, de manera anticipada a la celebración del respectivo contrato, es necesario contar con un certificado de disponibilidad presupuestal (CDP), dando cumplimiento al Artículo 7 del Decreto 777 de 1992. De manera adicional, al momento de la suscripción del contrato, es necesario obtener el respectivo certificado de registro presupuestal (CRP), según el Artículo 14 del mencionado Decreto. Tanto el CDP como el CRP deben estar conforme a las disposiciones del Estatuto Orgánico de Presupuesto.

Adicionalmente, el profesor (Chávez, 2008) determinó la posibilidad de que los contratos no impliquen necesariamente el aporte de recursos dinerarios por parte de la entidad pública, sino que pueden consistir en la realización de aportes en especie (bienes muebles o inmuebles entregados temporal o definitivamente a la entidad privada). En este caso, no será necesario cumplir con el requisito relacionado con la expedición del CDP y CRP.

A pesar de lo expresado por el profesor Augusto Chávez, el Consejo de Estado (Concepto 1957, 2009) determinó la imposibilidad de que la entidad contratante realice aportes diferentes a los dinerarios:

La Sala concluye que tanto por su ubicación en el contexto de la Carta como por la precisión en el uso de los términos, la expresión “recursos de los respectivos presupuestos” no pudo ser más explícita en cuanto a la intención del constituyente de restringir el fomento de actividades particulares a la disponibilidad de apropiaciones que solo pueden haber sido decretadas por ley anterior y destinadas para cumplir el plan de desarrollo. En últimas se trata de que los recursos públicos que pueden comprometerse en los contratos autorizados por el artículo 355 son exclusivamente de naturaleza dineraria, pues a estos corresponden las fuentes de ingresos relacionadas en la ley orgánica del presupuesto cuando desarrolla las normas constitucionales referentes al presupuesto de rentas. Para el nivel nacional dice el decreto 111 de 1996:

“Artículo 11: El presupuesto general de la Nación se compone de las siguientes partes:

“a) El presupuesto de rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto, de los fondos especiales, los recursos de capital y los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional”.

Es así como el Consejo de Estado no prevé la posibilidad de realizar aportes de carácter diferente al dinerario, esto es, en especie por medio de bienes muebles o inmuebles. El mencionado concepto concluye que:

[...] La restricción constitucional a “recursos de los presupuestos” comporta un efecto adicional, que responde a una de las preguntas que se han formulado a la Sala y que hace referencia a la posibilidad de reglamentación de la norma superior, pues si bien esta habilita directamente al Gobierno Nacional para el efecto, la competencia de este queda claramente enmarcada en las expresiones incorporadas en el precepto habilitante y entonces en ejercicio de su competencia el gobierno nacional solo puede referirse a los recursos presupuestales y no a otros recursos como los bienes inmuebles. (Concepto 1957, 2009)

Tal como lo determina el Consejo de Estado, este es uno de los temas más álgidos que deben ser objeto de reglamentación, con el fin de aclarar que los recursos presupuestales a ser utilizados en la contratación sometida en el Artículo 355 de la Constitución Nacional se limitan exclusivamente al uso de recursos dinerarios de las entidades contratantes.

Cláusulas excepcionales.

El Decreto 777 de 1993 establece en el Artículo 1 que a los contratos, en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del Artículo 355 de la Constitución Nacional, se le pueden incluir las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el régimen general de la contratación se encuentra regulado por la Ley 80 de 1993, las cláusulas exorbitantes a ser aplicadas corresponden a las señaladas en la mencionada Ley 80 de 1993.

Prohibiciones.

Contraprestación directa:

Ello ocurre cuando la entidad recibe un bien o se ve liberada de una obligación (por ejemplo, cuando compra un bien, o cuando la entidad pública debe hacer un examen a una determinada persona y contrata a un particular para que lo haga) (Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora Del Rosario, 1994)

Se deberá, en primer, lugar verificar la finalidad de la contratación con este tipo de entidades, a efecto de determinar la procedencia del reglamento a aplicar, siendo procedente el allí señalado, solo cuando se trate de la finalidad establecida en el Artículo 355 de la Constitución Nacional. Aplicar el procedimiento señalado en el Acuerdo 31, para una contratación regida por la Ley 80, sería claramente ilegal.

Esta contratación no se puede utilizar para obtener beneficios a favor de la Entidad, ni la realización de prestaciones que satisfagan intereses propios y exclusivos de las mismas. Lo que se pretende es la ejecución de actividades de interés público. Las actividades a ser desarrolladas deben apuntar, más que a satisfacer las necesidades de la institución contratante, a buscar proyectarse sobre la sociedad en general o sobre un sector de la misma. En caso de no ser así, sería preciso realizar la contratación por medio de una modalidad de contratación sujeta a la Ley 80 de 1993. (Chávez, 2008)

Es necesario resaltar que, como conclusión, el mencionado autor señala que “[...] la línea que identifica y diferencia en este tipo de situaciones una de otra clase de acuerdo, parece débil,

sutil, pero bien estableció el reglamento que no se tipifican los convenios que se comentan cuando se trata de obtener una contraprestación directa a favor de la entidad contratante, y esto debe entenderse así aun cuando la contraprestación correspondiente, la cual se identifica con el objeto mismo del compromiso, signifique un beneficio de interés colectivo.” (Chávez, 2008, pág. 384)

Por su parte, la Secretaría Distrital de Gobierno, por intermedio de su Oficina Asesora Jurídica (Concepto 1723, 2010), ha establecido que:

“[...] los contratos y/o convenios de apoyo así como los de asociación, tienen la finalidad de impulsar programas y actividades de interés público, con la especial característica que dicho interés, no puede reflejarse en una contraprestación directa a favor de la entidad pública, e implica que el objeto contractual determine claramente la prevalencia del interés general.

Dado lo anterior, es claro que los contratos estatales previstos en el Decreto 777 y 1403 de 1992, orientados a satisfacer los interés de la comunidad bajo los principios integrantes del régimen jurídico, no pueden ser la regla general de la contratación pública, sino la excepción a los procesos de selección previstos en la Ley 1150 de 2007, debido a que el interés público como sustento jurídico-social de los mismos, es una especialidad que debe ser verificada de manera íntegra en sus requisitos.”

Se debe indicar que son dos los elementos que establece el Decreto 777 de 1992, para excluir su aplicación. Estos son la contraprestación directa a favor de la entidad contratante y la posibilidad de que estos contratos puedan celebrarse con personas jurídicas con ánimo de lucro. (Art. 2, Decreto 777 de 1992)

El Doctor Juan Pablo Cárdenas Mejía, en su obra “Comentarios al Nuevo Régimen de Contratación Administrativa”, citado por el Consejo de Estado en el concepto referido, señala

que “la contraprestación directa para la entidad pública ocurre cuando la entidad recibe un bien o se ve liberado de una obligación. Así por ejemplo, cuando compra un bien, o cuando la entidad pública debe hacer un examen a una determinada persona y contrata a un particular para que lo haga”.

Dentro de esta categoría de contratos, necesariamente se ven inmersos los contratos cuyo objeto es la construcción de obras de infraestructura, pues en estos casos el municipio paga un precio determinado y en cambio recibe un bien inmueble que entra a formar parte de sus activos. Tal es el caso de la construcción de edificios Municipales.

De esta manera, es necesario que, para la suscripción de contratos sujetos al Artículo 355 de la Constitución Nacional, se analice el objeto y las obligaciones de la contratación, respecto de la misión de la entidad contratante. También se debe estudiar el objeto social de la ESAL y si se encuentra en frente de una contraprestación directa a favor del contratante. Esto último es un requisito muy difícil de determinar, debido a la línea delgada que existe entre la contratación sujeta al Artículo 355 de la Constitución Nacional y la que se encuentra sujeta a la Ley 80 de 1993, que conlleva a evidenciar diferentes criterios entre las partes intervinientes en la contratación pública.

Otras prohibiciones.

Las demás prohibiciones señaladas en el Decreto 777 de 1992 son:

- 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 Nacional y las normas que la desarrollan.

- Las apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas, como son las cooperativas públicas, o de corporaciones y funciones de participación mixta en cuyos órganos directivos esté representada la respectiva entidad pública, de acuerdo con las disposiciones estatutarias de la corporación o fundación. Modificado Decreto Nacional 1403 de 1992
- 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.

Lineamientos de la contratación sujeta al artículo 355 de la constitución nacional

Doctrinariamente, se identifica que los contratos o convenios de asociación regulados por el Artículo 355 de la Constitución Nacional se pueden denominar “convenios administrativo de interés público”, teniendo en cuenta que tratan de impulsar el desarrollo de actividades de este tipo de interés. Es una expresión de identificación, ya que toda la contratación pública tiene el propósito de buscar el interés público.

De lo anterior, procede presentar como concepto el siguiente: “son convenios administrativos de interés público aquellos acuerdos de voluntades celebrados por la Nación, los Departamentos, los Distritos, los Municipios o algunas de sus entidades descentralizadas, con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, con el objeto de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo, sometidos a la reglamentación especial expedida por el gobierno nacional.” (Chávez, 2008, pág. 373)

De esta forma, se encuentra que los contratos y convenios sujetos al Artículo 355 de la Constitución Nacional presentan un sustento legal y constitucional, y poseen características específicas y especiales, que deben tenerse en cuenta al momento de realizarse, con el fin de no vulnerar los principios de la contratación pública señalados en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007.

Es necesario traer a colación lo expuesto por el Consejo de Estado (Concepto 1957, 2009), que determina que los contratos de impulso y los convenios de asociación cuentan con la regulación determinada por el mismo Artículo 355 de la Constitución Nacional y por el Decreto 777 de 1992, con las modificaciones introducidas por el Decreto 1403 del mismo año. Así pues,

además de los requisitos constitucionales, deberán observarse los reglamentarios contenidos en los decretos en mención.

El Artículo primero del Decreto 777 de 1992, modificado parcialmente por el Artículo primero del Decreto 1403 de 1992, establece:

Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del Artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983.

[...] Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a cien salarios mínimos mensuales deberán publicarse en el Diario Oficial o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial. Adicionalmente, deberán someterse a la aprobación del Consejo de Ministros aquellos contratos que celebren 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, y la cuantía del contrato sea igual o superior a cinco mil salarios mínimos mensuales.

Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado. (Ministerio de hacienda y crédito público, 1992)

Tras haber quedado totalmente demostrada la legalidad de los convenios interadministrativos de interés público, se requiere analizar las características de un correcto desarrollo de la contratación sujeta al artículo 355 de la Constitución Nacional, respecto a relacionadas con los sujetos de la contratación, concepto de idoneidad, objeto de la contratación, prohibiciones legales para contratar, capacidad jurídica para contratar; vigilancia y control de las ESAL, obligación de inscribirse en la Cámara de Comercio, obligación legal de contar con revisor fiscal; certificado de disponibilidad presupuestal, garantías contractuales y cláusulas exorbitantes; entre otros temas, que tienen relevancia jurídica para sustentar un correcto proceso en la contratación bajo estudio.

Semejanzas y diferencias con la contratación general.

Es de gran relevancia realizar una comparación entre la contratación sujeta al Artículo 355 de la Constitución Nacional y aquella que se encuentra vinculada a la Ley 80 de 1993, con el fin de determinar el alcance, las características y los usos de cada una de ellas.

Dentro de lo expuesto por (Sarmiento & Sarmiento, 1997), se encuentran algunas diferencias entre la contratación a que se refiere el Artículo 355 de la Constitución Nacional, y la que regula la Ley 80 de 1993. Entre tales contrastes, están los siguientes:

- Los contratos a los que se refiere el Artículo 355 de la Constitución Nacional deben celebrarse por escrito, lo cual no ocurre en la totalidad de las negociaciones sujetas a la Ley 80 de 1993.
- El Artículo 355 de la Constitución Nacional determina que los contratos que regula solo deben realizarse con entidades de reconocida idoneidad, lo cual debe ser verificado por la Entidad y certificado por escrito. En el caso del sector de la salud, la inscripción en el registro correspondiente acredita la idoneidad requerida.

- Los contratos sujetos a la Ley 80 de 1993 pueden celebrarse con cualquier persona que reúna los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones y se encuentre inscrita en el registro de contratistas (hoy, registro de proponentes).
- La celebración de los contratos a los que se refiere el Artículo 355 de la Constitución Nacional no se rige bajo ningún proceso de selección, sino bajo la normatividad del derecho privado. Por el contrario, los que se encuentran sujetos a la Ley 80 de 1993 cuentan con una regla general para la realización de procesos contractuales.
- Los contratos a los que se refiere el Artículo 355 de la Constitución Nacional, cuando el valor del contrato es inferior a cien salarios mínimos mensuales, pueden disponer de garantías reales o personales, si garantizan, a juicio de la entidad, el correcto manejo de los recursos. Por el contrario, en la Ley 80 de 1993, las garantías pueden ser bancarias o de compañías de seguros.
- También se puede contratar directamente la interventoría con personas de reconocida idoneidad, en los contratos a los que se refiere el Artículo 355 de la Constitución Nacional. Por el contrario, en los contratos regulados por la Ley 80 de 1993, no siempre se requiere interventoría. Y en caso de ser requerida, se contratará por medio de proceso público.

Selección objetiva en contratos sujetos al artículo 355 constitucional

La contratación directa no se encuentra extraída de la obligación legal de dar cumplimiento al principio de selección objetiva de la contratación pública.

A la lectura del Artículo 29 de la Ley 80 de 1993 observamos que, a diferencia de la licitación o concursos públicos, en la contratación directa no se determinan previamente los criterios de selección del contratista. Lo que no quiere decir que la selección sea caprichosa.

Tanto el artículo como el principio de motivación de las decisiones contractuales (Num. 7 del Art. 24 de la Ley 80) obligan a la entidad a justificar su escogencia para asegurar que sea objetiva. El artículo prescribe que la entidad contratante debe hacer un “análisis previo a la suscripción del contrato”, en el que debe “tener en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y a ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos”, operación que justamente permite determinar el “ofrecimiento más favorable”. (Benavides, 2004, pág. 314)

En su momento, el Artículo 29 de la Ley 80 de 1993, aportó una definición de la selección objetiva al manifestar que corresponde a aquel proceso, en el cual “la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”

Dicho artículo fue derogado por el Artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, dejando vigente el Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que a su vez fue modificado parcialmente por la Ley 1474 de 2011 en su numeral 2. El artículo quedó así:

Artículo 5°. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

[...] 2. [Modificado por el Art. 88, Ley 1474 de 2011] La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de

obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

- a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o
- b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad [...].

La jurisprudencia constitucional ha resaltado la necesidad de realizar una adecuada selección del contratista, la cual es fundamental para el buen desarrollo de los cometidos involucrados en la contratación estatal.

Por ello, es fundamental que la selección de los colaboradores de la administración responda a criterios objetivos, en concordancia con los principios que rigen la función administrativa. Estos razonamientos fueron inicialmente recogidos en el Artículo 29 de la Ley 80, en el que se precisaba que la selección del contratistas debía responder a la oferta más favorable a la entidad, tanto desde el punto de vista económico como de los fines a los que sirve el contrato, lo que excluye la posibilidad de acudir a factores subjetivos para la selección. En ese momento, el legislador consideró que la ponderación de diversos criterios definidos en los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia, como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo y precio (no un precio menor al definido en los pliegos), era la mejor forma de seleccionar objetivamente al contratista. Luego, el Artículo 30 señaló la licitación pública como el mecanismo de selección de los contratistas del Estado por

excelencia, sin perjuicio de otros mecanismos que para circunstancias especiales o según el tipo de negocio previera el legislador. (Sentencia C-300, 2012)

En concepto de la Dirección Jurídica Distrital se puede evidenciar el criterio del Distrito Capital frente al principio de la selección objetiva, al establecer:

La licitación o concurso es el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. La contratación directa, de otra parte, constituye la segunda opción jurídica de los entes estatales en la selección de sus contratistas. Su consagración legal constituye un régimen exceptivo por expresa autorización legal. Esta calidad jurídica hace procedente su aplicación estrictamente en los casos permitidos por la ley que la contempla.

Son varias las razones que imponen la necesidad legislativa de autorizar al Estado al régimen exceptivo de selección de contratistas, de forma directa, como las de imposibilidad legal, o concernientes a la naturaleza misma de la prestación requerida, o bien razones de hecho o simplemente razones de Estado. Todas esas excepciones surgen en forma evidente en los eventos para los que, taxativamente, el legislador autoriza al ente a acudir a la excepción, y dentro de las cuales se encuentran los contratos interadministrativos.

La finalidad esencial de la contratación administrativa, que traduce el supuesto constitucional de realización del interés público, impone, como principio de ineludible observancia: la objetividad de la selección de los contratistas de los entes estatales, que garantice, como lo consagra el Artículo 3 de la Ley 80 de 1993, "el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la obtención de dichos fines".

El mismo legislador define como selección objetiva, aquella en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. Y entiende la ley por ofrecimiento más favorable, aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, solo algunos de ellos, el más bajo precio, o el plazo ofrecido.

Constituye entonces la selección objetiva del contratista, imperativa obligación de orden constitucional y legal a cuyo cumplimiento no puede sustraerse el ente estatal contratante, cualquiera que sea el procedimiento de selección al que acude para la escogencia del proveedor o prestador del bien o servicio requerido. (Concepto 140, 1998)

Así se encuentra que la contratación directa, también está sujeta al cumplimiento de requisitos y procedimientos específicos, garantizando el cumplimiento de los principios de economía, transparencia y en especial del deber de selección objetiva, los cuales están establecidos en el régimen general de la contratación.

Adicionalmente, se impone a la administración la obligación de actuar de buena fe en la elaboración de los estudios que sustentan la necesidad de la contratación, por cuanto estos salvan de la improvisación, la ejecución misma del objeto contractual. En consecuencia, el principio de buena fe se encuentra estrechamente relacionado con el principio de planeación, que, como pilar de la actividad negocial, exige que la decisión de contratar responda a necesidades identificadas, estudiadas, evaluadas, planeadas y presupuestadas previamente a la contratación por parte de la

administración. (Sentencia 15324, 2007). El principio se ve reflejado en elementos importantes antes de dar inicio al proceso contractual.

“Este principio, entonces, tiene importantes implicaciones desde mucho antes de la convocatoria a proponer, pues en esta etapa preliminar resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.; (iv) los costos, proyecciones, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deben satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar”. (Sentencia 15324, 2007)

Los anteriores elementos, cuya inclusión se realiza en la fase de estudios previos, se encuentran más detallados en el requisito que establece el Decreto 1510 de 2013 (compilado por el decreto 1082 de 2015), denominado “estudio del sector”. Esta disposición enuncia:

“Artículo 15. Deber de análisis de las Entidades Estatales. La Entidad Estatal debe hacer durante la etapa de planeación el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso.”

De esta forma, puede soportarse la selección objetiva dentro de la contratación sujeta al Artículo 355 de la Constitución Nacional, teniendo en cuenta que se debe realizar un análisis de la oferta y la demanda de los bienes o servicios a ser adquiridos.

Colombia Compra Eficiente determina la importancia de realizar un análisis de la oferta y la demanda, realizando cotizaciones, acercamientos con los posibles oferentes, o, en el caso de la contratación sujeta al Artículo 355 de la Constitución Nacional, con los asociados.

La Entidad Estatal debe identificar los proveedores en el mercado del bien, obra o servicio, así como sus principales características como tamaño empresarial, ubicación, esquemas de producción y comportamiento financiero. Esta identificación permite determinar posibles riesgos de colusión y también establecer el poder de negociación de los proveedores, el cual está relacionado con el número de competidores presentes en el mercado y las participaciones de cada uno en el mercado. Mientras menos proveedores hay, mayor es el poder de negociación de cada uno de ellos. Esto puede traducirse en precios más altos o condiciones menos favorables para la Entidad Estatal

Para identificar los posibles proveedores es recomendable utilizar bases de datos e información del Sistema de Información y Reporte Empresarial (SIREM); las bases de datos de las Cámaras de Comercio y de los gremios; y cualquier otro sistema de información empresarial o sectorial disponible en el mercado. Estas bases de datos permiten conocer la información financiera del sector y de algunos de sus miembros en particular, para que la Entidad Estatal pueda establecer los requisitos habilitantes y demás condiciones del Proceso de Contratación, teniendo en cuenta las condiciones generales del sector (Colombia Compra Eficiente, 2014, pág. 6)

Por medio del estudio de la oferta se puede obtener la información relacionada con la mejor oferta para la Entidad, lo cual garantiza la selección objetiva y el cumplimiento de los principios de la contratación pública.

Sujetos de la contratación regida bajo el Artículo 355 de la Constitución Nacional

La Corte Constitucional, en referencia a la modalidad de contratación sujeta al artículo 355 de la Constitución Nacional expuso lo siguiente:

“[...] el ámbito propio del Artículo 355, en sus dos incisos, el primero en cuanto prohíbe explícitamente las donaciones y auxilios, y el segundo, que permite la celebración de contratos para el cumplimiento de actividades de interés público, acordes con los planes de desarrollo, con personas jurídicas privadas, sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, es el de la acción benéfica del Estado, de las actividades de fomento que dentro de un Estado Social de Derecho corresponden como función propia, insoslayable, a la organización estatal. Se trata de apoyar la acción de organizaciones de origen privado, que en ejercicio de la autonomía de iniciativa para el desarrollo de las más variadas actividades que las personas realizan en sociedad (Constitución Política, Art. 38), buscan la satisfacción de finalidades no simplemente lucrativas”. (Sentencia C-543, 2001)

Es necesario determinar que los Decretos 777 y 1403 de 1992 no conceptúan frente a que son entidades sin ánimo de lucro, así como tampoco se encuentran legalmente definidas en otras normas vigentes.

La denominación “sin ánimo de lucro” puede ser entendida en el sentido “de que el objeto principal de la entidad excluye la realización de actividades comerciales o mercantiles en cuanto a su realización conlleve el reparto de utilidades entre las personas que se vinculan al nacimiento de la persona jurídica correspondiente o el acrecentamiento puramente comercial y patrimonial de la Entidad, sin mirar su proyección al servicio de intereses generales o de utilidad común.” (Chávez, 2008)

Frente a las Entidades Sin Ánimo de Lucro, (Sarmiento & Sarmiento, 1997) determinan que la finalidad del régimen constitucional y legal colombiano, al establecer las instituciones de utilidad común fue darles a esta protección para que las rentas de tales entidades se salvaguarden y se inviertan correctamente y, además, para que pueda cumplirse cabalmente la voluntad de los fundadores. Este derecho (a la vez obligación) que tiene el presidente, de inspección y vigilancia, se lo otorga la propia Constitución Política, en el Artículo 189 numeral 26.

Se debe aclarar que la ausencia de finalidad esencialmente lucrativa no significa que las personas jurídicas consuman, de manera indefectible, su patrimonio. Por el contrario, la consecución y satisfacción cabales de las finalidades asignadas a la persona jurídica deben imponer una conducta de conservación, mejora e incremento de los bienes y rentas en cuyo desarrollo bien pueden ejecutarse actividades *per se* lucrativas, como las puramente mercantiles. (Tafur Galvis Á. , 2011)

Es importante determinar que, sin importar la denominación o clasificación que se utilice para la Entidad, con el hecho de tratarse de una Entidad Sin Ánimo de Lucro se cumple con el requisito establecido en el Artículo 355 de la Constitución Nacional y en el Decreto 777 de 1992.

A pesar de lo anterior, como requisito *sine qua non* para la contratación, se encuentra la capacidad jurídica de la ESAL, la cual es variable. Dicha variabilidad se encuentra dada por el principio de especialidad, que consiste en que las personas jurídicas solo tienen capacidad de gozar de los derechos necesarios o convenientes a la realización de sus fines. (Tafur Galvis Á. , 2011)

Metodología

El enfoque de la investigación referente a la aplicación del Artículo 355 de la Constitución Política de Colombia en el sistema de contratación de doce (12) secretarías, Colombia Compra Eficiente y dos entes de control del Distrito Capital es de orden cualitativo, esencialmente en el aspecto descriptivo. Este enfoque, según (Hernandez Sampieri, 2010), es aquel que “[...] estudia la realidad en su contexto natural, tal y como sucede, intentando sacar sentido de, o interpretar los fenómenos de acuerdo con los significados que tienen para las personas implicadas”. Al tener un alcance descriptivo, esta investigación busca lograr una visión general de la fundamentación de la contratación pública con ESAL, con base en la información obtenida a través de las siguientes fuentes:

- a. Legislación
- b. Doctrina
- c. Bibliografía especializada
- d. Jurisprudencia
- e. Fallos, decisiones o informes de entes de control

Diseño de la investigación

La investigación en torno de la aplicación del Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991 en la contratación pública del Distrito Capital es de orden cualitativo, esencialmente en el aspecto descriptivo. Su propósito es analizar las consecuencias de la aplicación del Artículo 355 en la celebración de contratos de impulso y convenios de asociación con las ESAL, en el marco de la ejecución del Plan de Desarrollo Bogotá Humana (2012-2016), a través de los conceptos de los órganos de control sobre este fenómeno jurídico presente en la administración pública de las entidades que la conforman.

Tipo de estudio

La investigación del presente proyecto de grado se basa en un estudio cualitativo denominado *fenomenológico*, el cual se fundamenta en la actualidad contractual de la contratación pública del Distrito Capital. La información se recolecta a través de documentos y cartas emitidas por los órganos de control, acerca de la celebración de contratos y convenios de asociación entre las entidades distritales y las ESAL, en el proceso de ejecución del Plan de Desarrollo Bogotá Humana (2012-2016).

La investigación se enfoca en la cultura actual de gobierno Distrital, con respecto a la contratación pública. Se centra, además, en un caso instrumental, porque pretende analizar la preferencia de doce secretarías y dos entes de control en contratar ESAL, así como por Colombia Compra Eficiente, al tenor de los casos asociados al Artículo 355 de la Constitución Nacional de Colombia.

Periodo y lugar de la investigación

El periodo objeto de estudio está comprendido entre el 2012, 2013 y el 30 de julio de 2014. Durante este periodo, se estudia las contrataciones de entidades sin ánimo de lucro realizadas por el Distrito Capital en doce secretarías y dos entes de control.

Métodos

Los métodos permiten establecer acciones alrededor de la búsqueda de información. Entre estos se pueden encontrar los métodos teóricos (con los cuales se construye el marco teórico o jurídico) y los métodos empíricos (que permiten recopilar e interpretar los resultados a la luz de la teoría). Se emplearon los siguientes:

Teóricos

Análisis-síntesis: hace referencia al método donde se identifica los componentes del objeto de estudio en documentos y cartas. Permite reflexionar sobre la práctica de contratación pública en Bogotá desde la normatividad vigente y el Artículo 355 de la Constitución Nacional de Colombia de 1991.

Inductivo-deductivo: haber realizado análisis tanto de los documentos y cartas de los órganos de control sobre la contratación pública de las ESAL por parte de las entidades del Distrito Capital, como de la tecnología jurídica sobre el asunto en mención, permite arribar a posibles interpretaciones jurídicas desde los principios de transparencia y objetividad en la selección de las entidades gubernamentales de Bogotá, con respecto al Artículo 355 de la Constitución Nacional de Colombia de 1991.

Empírico

Solicitud de conceptos: esta técnica se usa para establecer cómo los expertos u entidades conceptualizan sobre una práctica en particular. En este caso, la práctica en cuestión se refiere a la constitucionalidad o cumplimiento en el sistema contractual del Distrito Capital en contratos de impulso y convenios de asociación celebrados con ESAL. El trabajo de consulta se realiza con respecto a doce (12) secretarías, dos (2) órganos de control del Distrito Capital, y con Colombia Compra Eficiente.

Análisis de caso

Para Identificar mediante métodos prácticos la proporción en la aplicación del Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991 y su reglamentación, respecto de las demás modalidades de contratación, dentro de la ejecución del plan de desarrollo Bogotá Humana (2012-2016), durante el periodo de las vigencias 2012, 2013 hasta el 30 de julio de 2014 se adelantó una consulta en: las 12 secretarías del Distrito Capital, dos entes de control (la personería y la veeduría) del distrito y en Colombia Compra Eficiente, con el fin de obtener información relacionada con el presupuesto asignado y establecer la cuantía otorgada para el periodo comprendido entre 2012, 2013 y julio 30 de 2014 para celebrar convenios o contratos relacionados con el Artículo 355 de la Constitución Nacional de Colombia.

La información se solicitó a través de las siguientes preguntas:

1. ¿Cuál es el presupuesto anual asignado para la entidad en las vigencias 2012, 2013 y 2014, tanto de nivel central como descentralizado?
2. ¿Cuál es el presupuesto anual de las vigencias 2012, 2013 y 2014, comprometido mediante diferentes modalidades de selección, hasta el 31 de julio de 2014 a saber?
3. ¿Cómo define la entidad el término “reconocida idoneidad” de las ESAL al momento de planear la contratación sujeta al Artículo 355 de la Constitución Nacional?
4. ¿Qué criterio objetivo de experiencia estableció la entidad para comprobar la idoneidad de una ESAL, respecto al cumplimiento de los resultados satisfactorios exigidos por el Decreto 777 de 1992, y mediante qué acto administrativo fue definido?
5. ¿Cuáles son los métodos que utiliza la entidad para no vulnerar los principios de transparencia y selección objetiva, al momento de elegir al contratista en la contratación

sujeta al Artículo 355 de la Constitución Nacional? ¿Existe una reglamentación interna sobre el tema?

6. ¿Cuáles son las falencias que han sido detectadas, dentro de la reglamentación del Artículo 355 de la Constitución Nacional, esto es, Decreto 777 y 1403 de 1992 y en el Artículo 96 de la Ley 489 de 1998, así como las demás normas concordantes?
7. ¿La reglamentación de la contratación sujeta al Artículo 355 de la Constitución Nacional requiere ser modificada? En caso afirmativo, ¿cuáles son los aspectos que requieren dichas modificaciones reglamentarias?
8. ¿Los entes de control interno o externo han realizado observaciones o presentado hallazgos con respecto a la contratación adelantada por la entidad, mediante la modalidad sujeta al Artículo 355 de la Constitución Nacional? En caso afirmativo, se solicita señalar los motivos que la originaron, durante la vigencia 2013 y 2014.
9. Defina cuáles son los diez contratos con mayor presupuesto comprometido mediante la modalidad contratación sujeta Artículo 355 de la Constitución Nacional, diligenciado en una tabla, que contenga: número de contrato, objeto, valor, plazo y contratista.
10. ¿Cuál es o cuál debería ser el porcentaje de cofinanciación exigido al asociado al momento de planear un convenio de asociación, para darle cumplimiento a los principios de la contratación pública?

La anterior información se solicitó a las siguientes entidades distritales:

1. Secretaría Distrital de Desarrollo Económico
2. Secretaría Distrital de Educación
3. Secretaría Distrital de Ambiente
4. Secretaría Distrital de Cultura, Recreación Y Deporte

5. Secretaría Distrital de Gobierno
6. Secretaría Distrital de Hacienda
7. Secretaría Distrital de integración Social
8. Secretaría Distrital de la Mujer
9. Secretaría Distrital de Movilidad
10. Secretaría Distrital de planeación
11. Secretaría Distrital de Salud
12. Secretaría Distrital de Habitad
13. Secretaría General
14. Veeduría Distrital
15. Contraloría Distrital
16. Personería Distrital
17. Procuraduría General de la nación
18. Colombia Compra Eficiente
19. Secretaria de Transparencia - Presidencia de la República

De las 13 secretarías distritales planeadas, se recibió información de 12. De las 6 entidades de control y administrativas, se obtuvo respuesta de la Veeduría Distrital, Personería Distrital y Colombia Compra Eficiente, la cual no reporta datos relacionados con su presupuesto ni frente a la contratación realizada, es de anotar, que la Secretaria de Transparencia de la Presidencia de la República por no tener competencia, dio traslado a Colombia Compra Eficiente.

La recopilación de los datos, permitió organizar la información presupuestal en la Tabla 1. De la Tabla 1 se puede extraer que los mayores porcentajes del presupuesto asignado a cada entidad respecto al total del presupuesto asignado a las entidades en conjunto, en la vigencia

2012-2014 correspondieron a la Secretaría de Educación con un 32,35%, a la Secretaría de Hacienda con un 25,78%, Secretaría de Salud con un 22,55%; las tres seguidas de lejos por la Secretaría de Integración Social ya que esta tuvo un porcentaje de asignación del 8,86%. Entre las demás secretarías se distribuye el 10,45% restante.

De la Tabla 1, también se puede extrapolar que la Secretaría de Gobierno fue la que tuvo el mayor incremento presupuestal asignado de 2012 a 2013 pues este le significó un aumento del 126,99% en 2013 respecto al presupuesto de 2012, mientras que la Secretaría General tuvo el menor de los incrementos en el presupuesto anual asignado para el mencionado periodo, teniendo un incremento en 2013 del 44,59% del presupuesto de 2012. Cabe anotar que para esta distribución no se tuvo en cuenta a la Secretaría de la Mujer en vista de que no tiene valor presupuestal para 2012.

En este orden de ideas, el mayor aumento en el presupuesto asignado anual de 2013 a 2014 se dio en la Secretaría de Desarrollo Económico con un 162,75% por encima de lo asignado en 2013 (de 2012 a 2013 esta misma Secretaría tuvo la segunda posición en los mayores incrementos porcentuales en el presupuesto con un 117,83%). En esta oportunidad, la Secretaría de Ambiente fue la que obtuvo el menor de los incrementos, notándose que en 2014 obtuvo el 67,76% más sobre el presupuesto asignado para 2013.

Tabla 1. Presupuestos anuales asignados durante las vigencias 2012, 2013 y 2014 a las entidades consultadas.

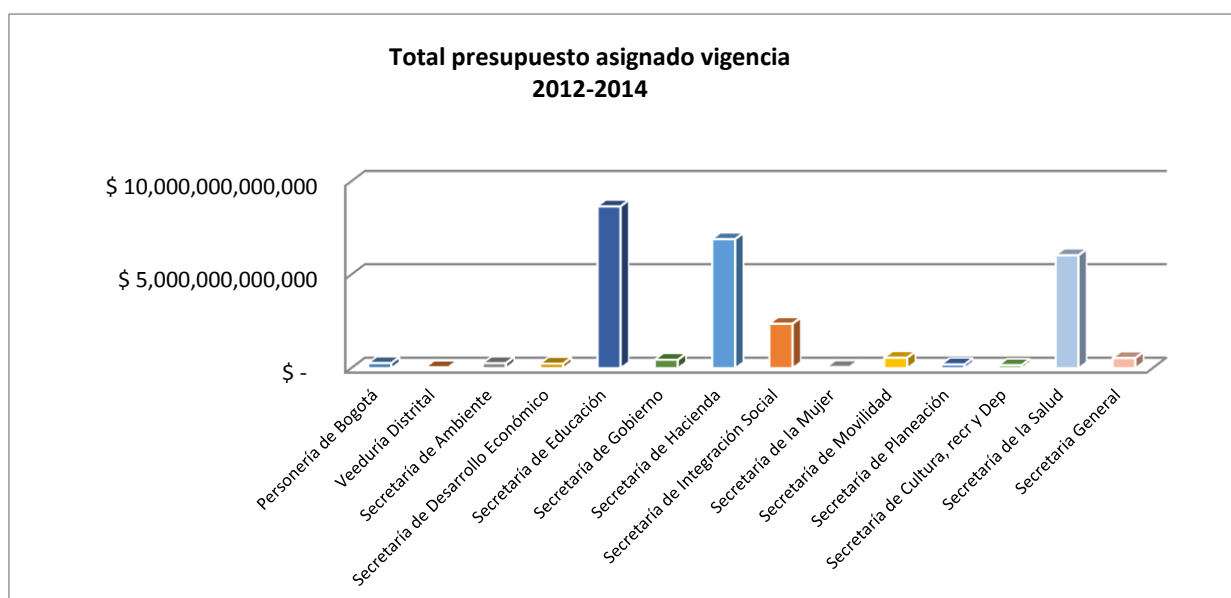
ENTIDAD	2012	2013	2014	Total presupuesto asignado vigencia 2012-2014
Personería de Bogotá	\$79.221.611.683	\$93.044.184.000	\$99.441.232.000	\$271.707.027.683
Veeduría Distrital	\$11.933.963.000	\$17.140.000.000	\$17.019.654.000	\$46.093.617.000
Secretaría de Ambiente	\$63.274.606.227	\$83.062.706.212	\$122.584.446.001	\$268.921.758.440
Secretaría de Desarrollo Económico	\$103.028.201.000	\$87.435.974.000	\$53.722.781.000	\$244.186.956.000
Secretaría de Educación	\$2.555.908.259.000	\$3.189.375.847.000	\$2.918.213.613.000	\$8.663.497.719.000
Secretaría de Gobierno	\$168.262.260.885	\$132.504.556.000	\$147.396.243.000	\$448.163.059.885
Secretaría de Hacienda	\$1.760.380.431.000	\$2.330.948.567.000	\$2.813.871.234.000	\$6.905.200.232.000

Secretaría de Integración Social	\$627.628.825.000	\$929.860.747.000	\$815.852.612.000	\$2.373.342.184.000
Secretaría de la Mujer	\$ -	\$25.266.621.000	\$34.661.473.000	\$59.928.094.000
Secretaría de Movilidad	\$190.264.084.820	\$191.850.754.000	\$174.556.131.000	\$556.670.969.820
Secretaría de Planeación	\$70.638.119.946	\$63.894.872.500	\$65.969.395.000	\$200.502.387.446
Secretaría de Recreación y Deporte	\$33.785.000.000	\$60.303.000.000	\$65.951.000.000	\$160.039.000.000
Secretaría de Salud	\$1.524.715.150.000	\$2.213.424.743.000	\$2.302.033.526.000	\$6.040.173.419.000
Secretaria General	\$107.383.645.000	\$240.849.784.000	\$193.576.878.000	\$541.810.307.000

Fuente: Elaboración propia con base en las respuestas a los derechos de petición.

Para ilustrar los valores obtenidos y presentar una vista panorámica del presupuesto asignado en las vigencias de 2012, 2013 y 2014, se incluye la Gráfica 1. Esta gráfica se realizó con base en la información reportada por cada una de las entidades consultadas.

Gráfica 1. Total del presupuesto asignado en las vigencias 2012-2014 (hasta 30 de julio de 2014).



Fuente: Elaboración propia con base en las respuestas a los derechos de petición.

En la Tabla 2 se resume el recurso comprometido mediante la modalidad de selección de contratación directa en las entidades consultadas. Esta Tabla 2 muestra que los porcentajes del Presupuesto comprometido mediante contratación directa 2012-2014 respecto al total presupuesto asignado vigencia 2012-2014 (que se encuentra en la Tabla 1) varían entre el 0,97% y el 43,71%, siendo el menor porcentaje asignado a la contratación directa el de la Secretaría de Hacienda y el mayor porcentaje, el de la Secretaría de Integración Social. Es importante resaltar

que la Secretaría de Movilidad tiene un porcentaje igual al 40,85% y el de la Secretaría de Ambiente del 38,63%.

En promedio las doce Secretarías comprometieron mediante contratación directa \$268.058.396.733 para la vigencia 2012-2014, sin embargo la mayoría de los presupuestos comprometidos por las Secretarías en la contratación directa es menor que el promedio; el presupuesto mediano de \$ 85.587.834.511 refleja mejor el centro de los presupuestos destinados a la contratación directa por las doce secretarías consultadas (González, 2013, págs. 47-60).

El porcentaje total del presupuesto asignado a contratación con las ESAL es un resultado parcial considerando que la Personería de Bogotá, la Secretaría de Desarrollo Económico, la Secretaría de Hacienda no reportaron información al respecto; sin embargo, con los datos obtenidos de las demás entidades se observa que el 3,97% del presupuesto total asignado a todas las entidades en conjunto, se asigna a las ESAL.

Si bien el promedio de los presupuestos asignados a la contratación con las ESAL es de \$96.589.198.446 este no representa con fidelidad el centro de los datos pues ocurre lo mismo que en el caso anterior (contratación directa) la mayoría de los presupuestos son menores. Al calcular el presupuesto mediano asignado a la contratación con ESAL se obtuvo un valor de \$5.938.886.691 que representa mejor el centro de los presupuestos.

Tanto en los presupuestos asignados a la contratación directa como en los asignados a la contratación con ESAL se observa que el presupuesto promedio es mayor que el presupuesto mediano así la distribución de los presupuestos es segada a derecha, en ambos casos, indicando que existe una pequeña porción de presupuestos más grande que la mayoría de los datos.

Tabla 2. Recurso comprometido mediante la modalidad de selección de contratación directa en las entidades consultadas.

ENTIDAD	Presupuesto comprometido mediante contratación directa 2012-2014	Porcentaje asignado a contratación directa 2012-2014 respecto al presupuesto asignado en la vigencia 2012-2014 a la entidad respectiva	Modalidad de contratación predominante	Presupuesto comprometido mediante contratación con las ESAL	Porcentaje asignado a contratación con ESAL respecto al presupuesto asignado en la vigencia 2012-2014 a la entidad respectiva
Personería de Bogotá	\$ 31.244.323.365	11,50%	Directa	NO REPORTA	NO REPORTA
Veeduría Distrital	\$ 15.975.437.271	34,66%	Directa	\$ 75.244.160	0,16%
Secretaría de Ambiente	\$ 103.882.020.331	38,63%	Directa	\$ 5.204.883.715	1,94%
Secretaría de Desarrollo Económico	\$ 41.761.070.058	17,10%	Directa	NO REPORTA	NO REPORTA
Secretaría de Educación	\$ 977.354.186.424	11,28%	Directa	\$ 476.068.934.036	5,50%
Secretaría de Gobierno	\$ 112.381.540.809	25,08%	Directa	\$ 5.938.886.691	1,33%
Secretaría de Hacienda	\$ 67.293.648.691	0,97%	Directa	NO REPORTA	NO REPORTA
Secretaría de Integración Social	\$ 1.037.424.604.569	43,71%	Directa	\$ 476.068.934.036	20,06%
Secretaría de la Mujer	\$ 17.446.707.195	29,11%	Directa	\$ 4.715.353.845	7,87%
Secretaría de Movilidad	\$ 227.393.910.884	40,85%	Directa	\$ 3.131.624.000	0,56%
Secretaría de Planeación	\$ 35.028.773.395	17,47%	Directa	\$ 882.400.000	0,44%
Secretaría de Recreación y Deporte	\$ 38.242.628.927	23,90%	Directa	\$ 12.882.438.355	8,05%
Secretaría de Salud	\$ 908.837.250.604	15,05%	Directa	\$ 17.260.089.378	0,29%
Secretaría General	\$ 138.551.451.741	25,57%	Directa	\$ 60.252.394.695	11,12%

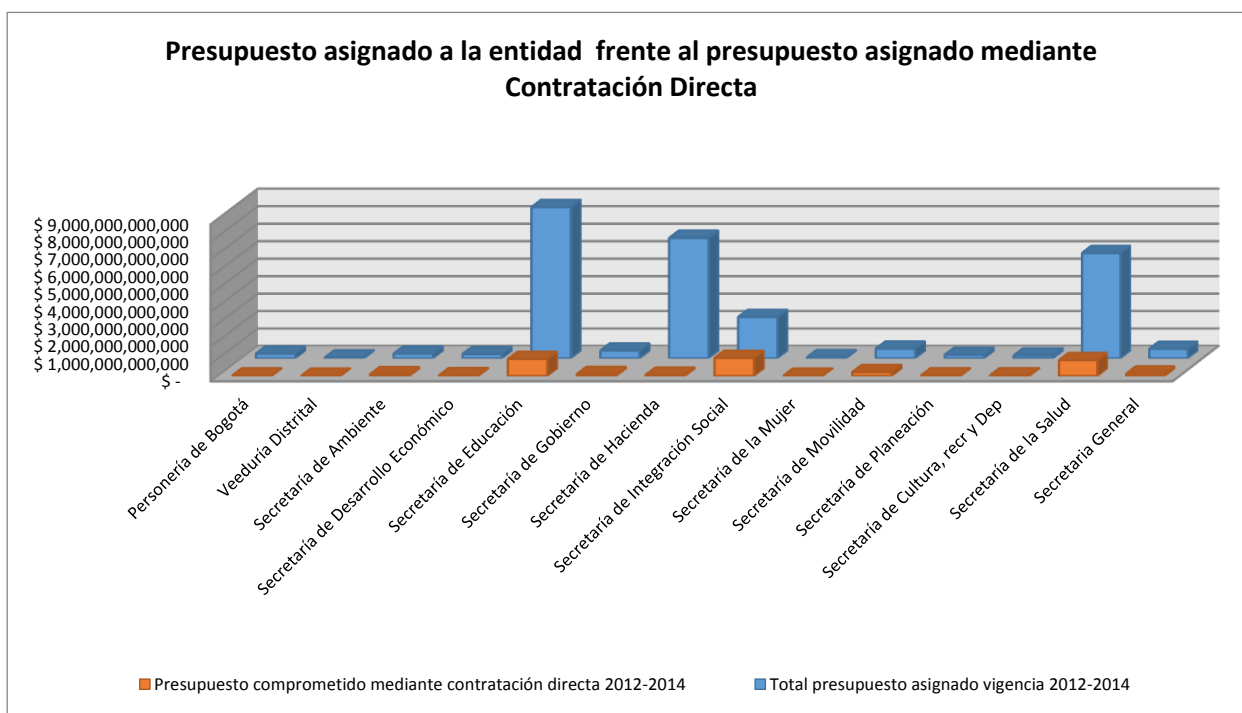
Fuente: Elaboración propia con base en las respuestas a los derechos de petición.

En la

Gráfica 2 se compara el presupuesto asignado a las entidades consultadas con el presupuesto comprometido mediante la modalidad de contratación directa en las vigencias 2012, 2013 y 2014 hasta el 30 de julio de este año. Aquí se ratifica que las cuatro entidades distritales que porcentualmente comprometen mayor presupuesto mediante contratación directa sobre el

presupuesto total asignado en la vigencia 2012-2014 son en su orden: La Secretaría de Integración social, la Secretaría de Movilidad, la Secretaría de ambiente y la Veeduría Distrital.

Gráfica 2. Comparativo entre el presupuesto asignado y el comprometido.



Fuente: Elaboración propia con base en las respuestas a los derechos de petición.

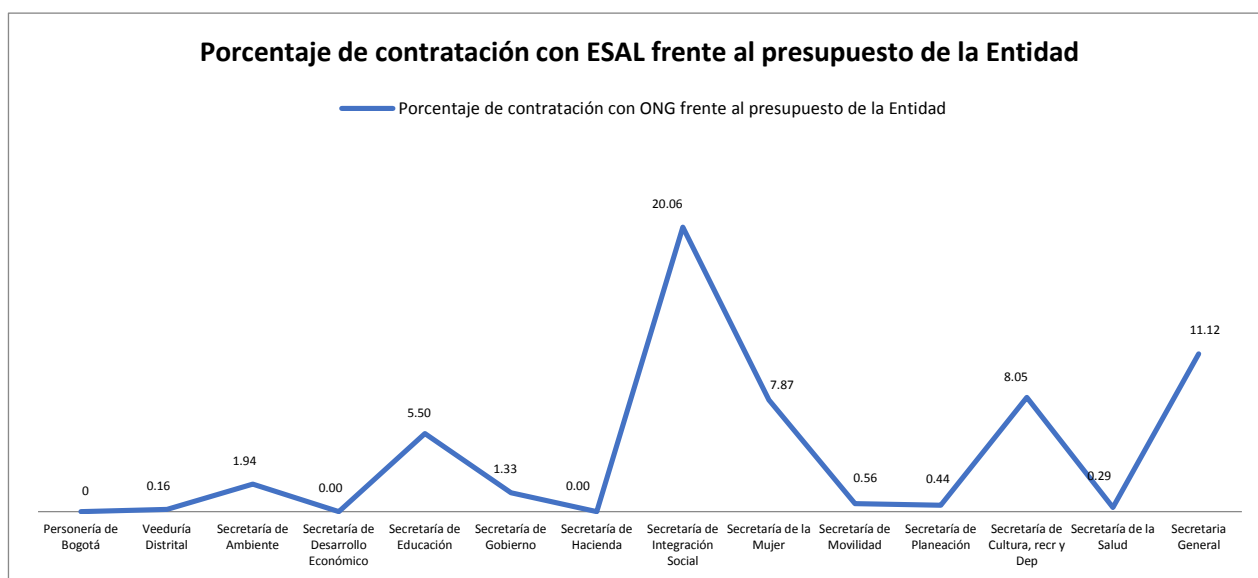
Es posible que este fenómeno se deba a una mayor participación en la inclusión social del Distrito y a un aumento de la prestación de servicios que estas brindan, el cual genera un mejoramiento en los estándares de calidad de vida, propiciado por el Plan de Desarrollo que actualmente corresponde al de Bogotá Humana. Estos datos son soportados con la observación de que gran parte de estas Entidades ha aumentado su número de personal vinculado directamente a la entidad, con el fin de abastecer el aumento considerado de oferta del servicio y

a la realización de contratos y convenios interadministrativos con el fin de aunar esfuerzos entre entidades públicas para obtener mejores resultados.

Como se observa de la información suministrada por las doce Secretarías Distritales (ver Tabla 2) estas realizan una cifra considerable de contrataciones directas, aspecto criticado por los entes de control, que paradójicamente también tienen esta modalidad de contratación pública como predominante.

La Gráfica 3 ilustra los porcentajes de recursos comprometidos mediante los contratos sujetos al Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991.

Gráfica 3. Porcentaje de contratación con ESAL frente al presupuesto de las entidades consultadas.



Fuente: Elaboración propia con base en las respuestas a los derechos de petición.

La Gráfica 3 permite afirmar que la Secretaría de Integración Social es la entidad que compromete un mayor porcentaje de recursos asignados mediante la contratación con ESAL, con un 20,06%, seguida por la Secretaría General con un 11,12%. En el tercer lugar está la Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte con un 8,05%. En cuarto puesto, se encuentra la Secretaría de la mujer con un 7,87%. En el quinto lugar se ubica la Secretaría de Educación con un 5,50%. Las demás entidades analizadas cuentan con porcentajes que no superan el 2% del presupuesto

asignado a cada una; representando entre todas, el 4,72% del total del presupuesto asignado en la vigencia 2012-2014 destinado a la contratación con ESAL.

Esta proporción de contratación de ESAL por parte de las Secretarías entre el periodo 2012, 2013 y 2014 hasta el 30 de julio, es baja frente a la contratación directa declarada por las entidades distritales. Es de notar que las primeras cinco Secretarías que asignan presupuestos con respecto al Artículo 355 de la Constitución Nacional son de un alto contenido social, porque de estas Secretarías es demostrable la contraprestación de las ESAL a la sociedad. Se hace entonces de vital importancia establecer las limitaciones de contratación por las ESAL, ya que las normas vigentes les impide participar en otros tipos de contratos con el Estado, limitando la libertad de empresa de las organizaciones del tercer sector en Colombia, la política que promueve la contratación con ESAL y el principio liberal de la economía.

Análisis de resultados

A continuación se analizarán las respuestas de las diez (10) preguntas realizadas a las Secretarías Distritales y dos entes de control con respecto a la contratación asociada al artículo 355 de la Constitución Nacional con respecto a su asignación presupuestal, metodología y control.

Las preguntas formuladas y sus respuestas se recopilan a continuación:

1. ¿Cuál es el presupuesto anual asignado para la entidad en las vigencias 2012, 2013 y 2014, tanto de nivel central como descentralizado?

Respuestas: La Respuesta fue presentada en la Tabla 1.

La información suministrada por las secretarías Distritales y los dos entes de control se basó a partir del presupuesto acumulado a las vigencias 2012, 2013 y julio 30 de 2014, calculado los valores a partir de los gastos de funcionamiento e inversión de cada entidad.

2. ¿Cuál es el presupuesto anual de las vigencias 2012, 2013 y 2014, comprometido mediante diferentes modalidades de selección, hasta el 31 de julio de 2014?

Respuestas: La respuesta a esta pregunta se encuentra en la Tabla 2. La modalidad de contratación mediante el Artículo 355 de la Constitución Nacional durante las vigencia 2012-2014, se encuentra presentada en la Tabla 3 del presente documento.

Tabla 3. Comparativo de presupuesto asignado entre cada vigencia en las entidades consultadas con el recurso comprometido por las diferentes modalidades de contratación.

MODALIDAD	CONTRATACIÓN	CONCURSO DE	MÍNIMA	SELECCIÓN	LICITACIÓN	ACUERDO MARCOS DE	TOTAL
ENTIDAD DISTRITAL	DIRECTA	MÉRITOS	CUANTÍA	ABREVIADA	PÚBLICA	PRECIO O SUBASTA INVERSA	VIGENCIA
PERSONERIA 2012	4.581.131.272	0	1.227.344.082	0	261.104.882	221.852.439	6.291.432.675
PERSONERIA 2013	15.494.497.342	0	83.000.000	0	1.921.141.721	0	17.498.639.063
PERSONERIA 2014	11.168.694.751	0	0	0	2.529.771.701	300.674.293	13999.140.745.
SECRETARIA DE AMBIENTE 2012	31.448.414.729	125.494.080	424.129.169	4.663.809.314	3.664.638.056	0	40.326.485.348
	CONVENIOS DE ASOCIACIÓN						1.568.400.000
SECRETARIA DE AMBIENTE 2013	54.497.243.255	2.555.626.348	389.849.777	5.634.294.633	6.271.379.143	0	69.348.393.156
	CONVENIO DE ASOCIACIÓN						5.189.199.715
SECRETARIA DE AMBIENTE 2014	17.936.362.347	508.000.397	71.269.443	396.195.415	2.608.858.660	0	21.520.686.262
	CONVENIO DE ASOCIACIÓN						0
SECRETARÍA DE DESARROLLO ECONÓMICO 2012	16.318.384.673	0	202.110.412	1.645.848.185	2.759.768.838	0	20.926.112.108
SECRETARÍA DE DESARROLLO ECONÓMICO 2013	20.593.468.229	0	266.595.349	1.917.460.703	721.285.590	0	23.498.809.871
SECRETARÍA DE DESARROLLO ECONÓMICO 2014	4.849.217.156	0	76.150.504	809.143.853	982.102.993	0	6.716.614.506
SECRETARÍA DE HACIENDA 2012	20.351.857.830	203.692.138	959.358.710	14.098.061.400	5.354.790.242	0	40.967.760.320
SECRETARÍA DE HACIENDA 2013	28.776.390.966	0	1.057.403.296	20.945.074.795	9.257.764.684	0	60.036.633.741
SECRETARÍA DE HACIENDA 2014	18.165.399.895	908.341.597	621.092.592	4.954.091.053	0	0	24.648.925.137

Fuente: Elaboración propia con base en las respuestas a los derechos de petición.

El observar los presupuestos que aparecen resumidos en la Tabla 3, se nota una preferencia por la contratación directa y una baja participación en la celebración de contratos con ESAL, producto de la limitación de estas en participar en contratos que generan lucro por la normatividad establecida, las secretarías con mayor presupuesto relacionado con el artículo 355 de CN son las secretarías de Integración Social, Salud, Educación y la Mujer.

3. ¿Cómo define la entidad el término “reconocida idoneidad” de las ESAL al momento de planear la contratación sujeta al Artículo 355 de la Constitución Nacional?

Respuestas: En las respuestas se puede ver que:

- La personería no responde la pregunta tres por no haber realizado ningún convenio acorde al artículo 355 de la C.N.
- La secretaría de ambiente se fundamenta en el decreto 777 de 1992 y la circular 017 de 2007 de la Alcaldía de Bogotá.
- La secretaría de Desarrollo Económico se fundamenta en la definición del artículo 1 del decreto 777 de 1992 modificado por el decreto 1403 de 1992, que establece por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivada.
- Lo anterior es compartido por las secretarías de: Educación, Gobierno, Hacienda que no realizan contratación relacionada al artículo 355 de la C.N., Integración Social que hace una verificación de la experiencia de la ESAL sin ánimo de lucro, a esta misma

concepción se acogen la Secretaría de la Mujer, Secretaría de Movilidad, Secretaría de Recreación y Deporte y Veeduría Distrital.

4. ¿Qué criterio objetivo de experiencia estableció la entidad para comprobar la idoneidad de una ESAL, respecto al cumplimiento de los resultados satisfactorios exigidos por el decreto 777 de 1992, y mediante qué acto administrativo fue definido?

Respuestas:

La Personería no dio respuesta a la pregunta justificada por la no realización de convenios o contratos afines al artículo 355 de C.N.

La secretaría de ambiente declara que los criterios objetivos para seleccionar una ESAL sin ánimo de lucro no están contemplados por el decreto ley 1150 de 2007, por consiguiente se expide certificado de experiencia e idoneidad conforme a criterios establecidos por cada Entidad. Esta posición es manifiesta por la Secretaría de Educación, Secretaría de Gobierno, Secretaría de Hacienda, Secretaría de Integración Social, Secretaría de la Mujer, Secretaria de Cultura, Recreación y Deporte y veeduría distrital.

La Secretaría de Desarrollo Económico plantea los siguientes criterios:

- 1) Idoneidad con relación al objeto de contratación.
- 2) Tiempo y especificidad de la experiencia.
- 3) Constitución y naturaleza jurídica.
- 4) Estado Financiero.
- 5) Ubicación Geográfica.
- 6) Capacidad organizativa.

La secretaría de movilidad expone los siguientes aspectos a tener en cuenta en el proceso de selección de una ESAL sin ánimo de lucro referente al criterio objetivo de la experiencia:

- 1) Trayectoria y experiencia exitosa.
- 2) Invitación a presentar propuesta técnica, administrativa y operativa.
- 3) Estudio de las hojas de vidas del personal a participar en la ejecución.
- 4) Revisión de antecedentes fiscales, disciplinarios de las personas involucradas en el proceso de contratación.

La Secretaría de Planeación se fundamenta en la Directiva 21 de 2011 de la Alcaldía Mayor de Bogotá, que expresa:

- 1) Que sea un contrato con una entidad privada sin ánimo de lucro.
- 2) Que dicha entidad sea de reconocida idoneidad.
- 3) Que impulsen programas y actividades de interés público.
- 4) Que los planes y programas sean acordes con el Plan Nacional y los Planes sectoriales de desarrollo.

Con relación a esta pregunta se observa que la mayoría de entidades distritales consultadas se fundamentan por la normatividad para establecer los criterios objetivos de idoneidad, diferencia de las Secretarías de Desarrollo Económico, Movilidad y Planeación, que delimitan los aspectos a tener en cuenta en el proceso de selección objetiva de la ESAL, que da fe de este proceso.

La pregunta cuatro se encuentra asociada con la pregunta cinco hasta la diez:

5. ¿Cuáles son los métodos que utiliza la entidad para no vulnerar los principios de transparencia y selección objetiva, al momento de elegir al contratista en la contratación sujeta al Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991? ¿Existe una reglamentación interna sobre el tema?

Respuestas:

La Personería no dio respuesta a la pregunta justificada por la no realización de convenios o contratos afines al Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991.

La Secretaría de Ambiente adopto una metodología manifiesta en la resolución 85 de enero de 2014, donde el procedimiento de celebración de convenios de asociación.

La Secretaria de Desarrollo Económico establece las funciones del director o subdirector técnico en diligenciar el formato FT-30-PR-COT-12 donde se verifica la experiencia, capacidad técnica, administrativa y financiera implementada en el sistema integrado de gestión.

La Secretaría de Educación explica que para cada caso de contratación el área responsable establecerá el procedimiento y justificará desde los fines del Estado, el impulsar programas y actividades de interés público.

La secretaría de Gobierno fundamenta su metodología en lo señalado en el artículo 355 de C.N. y decreto 777 de 1992, decreto 1403 de 1992, ley 489 de 1998, la circular 017 de 2007 expedida por la Alcaldía Mayor de Bogotá. Esta posición es compartida por la Secretaría de la Mujer, la Secretaría de Movilidad que adiciona la circular 60 de 2004 de la Alcaldía Mayor de Bogotá, el concepto No. 32 de 2004 emitido por la misma entidad y la circular 012 de la

Veeduría Distrital e igualmente sucede lo mismo con las Secretarías de Planeación basada en la directiva 23 del 2011, la Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte y la Veeduría Distrital.

La Secretaría de Hacienda por no haber realizado algún tipo de contrataciones relacionadas con el artículo 355 de C.N., no da respuesta a esta pregunta.

La Secretaría de Integración Social señala en su metodología ajustada a la norma, la diferencia entre contrato y convenio, determinantes para el proceso de aunar esfuerzos o recibir retribuciones.

Solamente una entidad tiene definida su metodología a través de resolución como es el caso de la Secretaría de Ambiente, evidenciando la falta de reflexión en los procesos de selección, contratación y control a partir de las funciones determinantes de cada ente público consultado.

Frente a las demás respuestas obtenidas dentro de las consultas realizadas, se encontró que existe una tendencia a contar con organizaciones sin ánimo de lucro que pueden conducir a una concentración de recursos en algunas organizaciones.

Sobre el porcentaje de cofinanciación se evidenció que no existe una delimitación legal, ni un criterio unificado frente a su aplicación, que permita tener un criterio objetivo. Tal como lo expone la Secretaría General, “Principalmente no es una obligación o camisa de fuerza determinar de tajo, para todos los convenios de asociación un mismo porcentaje de participación, toda vez que ella dependerá de los objetivos y metas del programa, el aporte de conocimientos y experiencias a un propósito común de la colectividad y de las actividades y acciones a desarrollar conjuntamente en desarrollo del objeto de contratación.”

Técnica jurídica para la celebración de contratos de impulso y convenios de asociación con las Esal.

Con el ánimo de detallar la técnica jurídica utilizada por el Distrito Capital para la realización de contratos y celebración de convenios de asociación con las ESAL, para adelantar el plan de desarrollo Bogotá Humana (2012-2016), en este apartado se hace una descripción detallada de los requisitos exigidos de conformidad con los decretos 777 de 1992, modificado por el decreto 1403 de la misma vigencia, para garantizar de esta manera, la aplicación de los principios de la contratación pública.

Teniendo en cuenta la especialidad de la ESAL, se puede iniciar a precisar su idoneidad para la suscripción de un contrato regulado por el Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991, debido a que uno de los primeros requisitos que hay que analizar al momento de planear la suscripción de un contrato será que el objeto social de la ESAL permita el desarrollo del objeto contractual, lo cual establece la Entidad como una necesidad.

Al respecto y frente a los requisitos que debe tener la ESAL para suscribir un contrato sujeto al Artículo 355 de la Constitución Nacional, el Consejo de Estado (2009), hace referencia a que el particular con el que se contrate sea una “entidad”, esto es, una persona jurídica, sin ánimo de lucro y de “reconocida idoneidad”. También refiere a que el objeto contractual, además de corresponder al objeto social de la entidad sin ánimo de lucro, debe corresponder a programas y actividades de interés público, acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo.

Se encuentra entonces que entre los requisitos que se deben cumplir respecto a la ESAL para la suscripción del contrato aparecen:

- a. Reconocida idoneidad de la entidad sin ánimo de lucro contratista, la cual debe cumplir criterios objetivos y los principios de la función administrativa, tales como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad regulado por el Artículo 209 de la Constitución Nacional.

La idoneidad, según el inciso 3 del Artículo 1 del Decreto 777 de 1992, se conceptúa como la experiencia con resultados satisfactorios que acrediten la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. Es un requisito mediante el cual la entidad contratante debe realizar una evaluación de la reconocida idoneidad de las entidades particulares sin ánimo de lucro para adelantar el objeto contractual, dejando constancia escrita de ello. Para esto, es procedente que el área técnica determine si la ESAL demuestra experiencia técnica y administrativa para cumplir con el objeto de la contratación, por medio de la presentación de certificaciones o contratos con sus respectivas liquidaciones, que evidencian experiencia específica en el desarrollo de objetos iguales o similares al de la contratación.

Este es uno de los principales requisitos que debe analizarse al momento de planear la contratación por medio de la modalidad sujeta al Artículo 355 de la Constitución Nacional, teniendo en cuenta que el criterio objetivo en el decreto reglamentario no es lo suficientemente amplio, lo cual permite que existan criterios subjetivos frente al cumplimiento o no del requerimiento legal.

Sin embargo, se puede evidenciar que la experiencia requerida no puede ser inferior a seis (06) meses, al ser tenido en cuenta el requisito establecido en el Artículo 12 del Decreto 777 de 1992, el cual determina que las entidades sin ánimo de lucro deben estar constituidas

con seis meses de antelación a la celebración del contrato y tener vigente el reconocimiento de su personería jurídica.

- b. La finalidad de la ESAL debe ser el impulsar programas y actividades de interés público que sean concordantes con los fines esenciales del Estado. Esto implica que la contratación debe estar en la misma línea con la misión de la Entidad Pública contratante.

(Sarmiento & Sarmiento, 1997) explican el requisito como que “los contratos a que se refiere el Artículo 355 de la constitución tienen por objeto la entrega de unos recursos o bienes del Estado a una entidad sin ánimo de lucro para apoyar un programa de esta última. Lo anterior indica que en un principio corresponde a la entidad sin ánimo de lucro dirigir el programa aunque existan algunos criterios en el contrato de apoyo. En estos se marca una radical diferencia con los contratos que tienen por objeto ejecutar un proyecto gubernamental de acuerdo con los parámetros fijados por el ente público y de conformidad con sus instrucciones”.

Para la revisión por parte de la contratante de este requisito, es indispensable estudiar los estatutos y las reformas estatutarias presentadas por la ESAL, con el fin de determinar su objeto social y los fines para los cuales fue creada. Entonces, es pertinente establecer si el objeto contractual desarrolla proyectos o programas de la ESAL, que estén en sintonía con el Plan de Desarrollo Nacional y Plan de Desarrollo sectorial.

- c. El contrato a ser suscrito debe encontrarse planificado con el plan de desarrollo nacional y los planes seccionales de desarrollo, lo cual lleva a la necesidad de una proyección de la ejecución presupuestal en la contratación de la Entidad con este tipo de entidades.
- d. La entidad sin ánimo de lucro debe estar constituida con seis meses de antelación a la celebración del contrato o convenio, tener vigente el reconocimiento de su personería

jurídica, y su duración debe ser por el término del contrato o convenio y un año más, según lo determinado por el Artículo 12 del Decreto 777 de 1992.

- e. La demostración de existencia y representación legal se prueba inicialmente por medio del certificado de existencia y representación legal de las Cámaras de Comercio. Sin embargo, algunas de estas organizaciones no se encuentran obligadas a realizar dicha inscripción, tal como lo establece el Artículo 45 del Decreto 2150 de 1995. Estas deberán presentar los certificados de existencia y representación legal expedidos por la autoridad respectiva.

Se exceptúan de la inscripción en la Cámaras de Comercio, las siguientes: “las instituciones de educación superior, las instituciones de educación formal y no formal a que se refiere la Ley 115 de 1994, las personas jurídicas que prestan servicios de vigilancia privada; las iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones, y asociaciones de ministros; las instituciones reguladas por la Ley 100 de Seguridad Social, los sindicatos y las asociaciones de trabajadores y empleadores, los partidos y movimientos políticos; las Cámaras de Comercio y las demás personas jurídicas respecto de las cuales la Ley expresamente regule en forma específica su creación y funcionamiento, todas las cuales se registrarán por sus normas especiales.”

El plan de desarrollo Bogotá Humana

Salomon, Hems y Chinnock (2000) plantea con detalle y profundidad cuales son los principales roles que la literatura atribuye a las organizaciones del tercer sector. Según estos autores, estas organizaciones tienen cinco roles básicos: servicio, innovación, advocacy o compromiso, liderazgo para el desarrollo y construcción de la comunidad y democratización. (Odriozola)

El plan de desarrollo es un instrumento de gestión cuyo objetivo es alcanzar a través de proyectos y metas, el desarrollo social de un territorio específico. (IDPAC, 2012), para lo cual se presenta el significado de los tres ejes fundamentales del “PLAN DE DESARROLLO BOGOTÁ HUMANA 2012-2016”, los cuales son:

- Una ciudad que supera la segregación y la discriminación social
- Un territorio que enfrenta el cambio climático y se ordena alrededor del agua
- Bogotá en defensa y fortalecimiento de lo público

Primer eje: Una ciudad que supera la segregación y la discriminación social.

La segregación es el acto de separar y generar divisiones, en el contexto social se da dentro de los grupos que conforman una comunidad. Esta se basa en el concepto que los individuos son diferentes en sentido despectivo, de esta manera, algunos con buenas condiciones económicas, políticas, sociales, culturales y ambientales se separan o separan mediante exclusión a las personas que no gozan de condiciones iguales o similares.

El Plan de Desarrollo Bogotá Humana 2012-2016; busca que esta separación y discriminación sea reducida, que todas y todos sin distinción étnica, cultural, identidad de género, orientación sexual, discapacidad o creencia religiosa, entre otras diferencias dadas. De esta manera, la ciudad sería de todos y no de unos o de pocos, podamos acceder a ella de una manera equitativa, es decir, se pretende garantizar para todos y todas, el derecho a la ciudad.

La segregación socio-espacial se reduce de dos maneras: Primero, disminuyendo la brecha entre ricos y pobres y segundo, favoreciendo la mezcla socio-económica y el acceso universal a los servicios y equipamientos.

Para que esto sea posible, el Plan de Desarrollo Bogotá Humana 2012-2016, busca incrementar la capacidad financiera de los más pobres, y ampliar las capacidades que permitan a

la ciudadanía la apropiación de saberes, en el entendido que la participación ciudadana, es indispensable para hacer posible el Plan de Desarrollo Bogotá Humana.

Segundo eje: Un territorio que enfrenta el cambio climático y se ordena alrededor del agua.

Esto quiere decir, que el curso del agua se tiene que respetar, que no podemos pavimentar sin respeto algunos el cauce natural de las cuencas hídricas, más cuando ella son garantía de vida. Como se lee al inicio del Plan de Desarrollo Bogotá Humana 2012-2016, el río Bogotá no puede ser más un desperdicio de desechos.

Así se lee en el plan “Concebimos al Río como un tubo, como estorbo, como una cloaca y no reconocemos su carácter de sistema complejo que incluye sus humedales, áreas de descarga, páramos generadores y bosques protectores.”

Debemos tener conciencia que de manera permanente afectamos el cambio del clima, es decir, debemos modificar algunos hábitos cotidianos, en la manera de consumir, de urbanizar y de ordenar el territorio. Es necesario, adoptar estilos de vida, ambientalmente sanos y planificar las infraestructuras que hacen posible la ciudad.

Al enfocarse en el ser humano, el Plan de Desarrollo Bogotá Humana, busca el goce de un lugar apto para vivir, para que esto sea posible, se hace necesario crear una conciencia armónica y de respeto con el medio ambiente, pues somos parte, y no ajena a él. Nuestras acciones repercuten de manera positiva o negativa e inciden en el futuro sostenible de nuestra ciudad de nuestro país y del mundo en general.

Es importante crear significados comunes, al decir, “Hay que liberar los espacios del agua”, es permitirle a las fuentes hídricas y al río Bogotá, como eje ordenador de toda la estructura ecológica urbana de la ciudad, manejar su dinámica natural, de inundaciones, respetar

sus humedales y bosques anexos. Hay que controlar los asentamientos humanos para que no sigan atropellando a la naturaleza, ni la modifiquen a su antojo, pues ella como ser vivo tiene memoria y que requiere una solidaridad inter-generacional. Cuando ignoramos esto, suceden inundaciones, deslizamiento y tragedias en algunas zonas, que son consecuencia de las acciones humanas.

Tercer eje: Bogotá en defensa y fortalecimiento de lo público

Esto significa luchar contra la corrupción y el compromiso de recuperar la confianza de la ciudadanía con las instituciones públicas. Se entiende por corrupción el mal uso del poder encomendado para obtener beneficios privados.

La corrupción viola los derechos políticos y civiles al distorsionar o invalidar las instituciones y procesos políticos y debilitar el papel del poder judicial y de los agentes del orden. La corrupción infringe los derechos económicos y sociales al impedir el acceso equitativo a servicios públicos como la salud y la educación, y distorsiona los procesos de toma de decisiones sobre la adjudicación de recursos.

El Plan de Desarrollo Bogotá Humana nos llama a ejercer un control ciudadano como una manera de participación en los asuntos públicos.

Hacer vigilancia, seguimiento, evaluación, deliberación y sanción social sobre las Instituciones Públicas, debe ser un ejercicio ciudadano.

La corrupción coge fuerza con la ignorancia y apatía de los ciudadanos, el plan conjuga a la democracia representativa con la democracia participativa, por lo tanto, conocer el Plan de Desarrollo Bogotá Humana nos posibilita la participación de manera acertada, nos permiten estar alerta de los proyectos y metas señalados en esta carta de navegación y aprobada por el Concejo de Bogotá.

Esal en el cumplimiento del plan de desarrollo Bogotá Humana

Dentro de la ejecución del Plan de Desarrollo Bogotá Humana, se han diseñado estrategias con el fin de dar cumplimiento a los ejes 1 y 3 principalmente, en temas de inclusión social y actividades anti corrupción.

Es necesario resaltar que en Bogotá, D.C. los altos índices de pobreza, segregación (económica, espacial y cultural) y discriminación que aún persisten, constituyéndose como un impedimento importante para el logro del objetivo general y misional del Plan de Desarrollo “Bogotá Humana” que le apuesta a mejorar el desarrollo de sus habitantes.

Igualmente, se encuentra que Bogotá como capital del país, es presentada como la principal ciudad receptora de población desplazada, que para el año 2013 se calculó en 25.506 personas según datos de la Consultaría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento – CODHES- (Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, 2013). Si a esta población no se le atiende de manera diferencial y prioritaria, tiende a invisibilizarse dentro de los pobres de la ciudad, haciendo mucho más difícil la tarea de resarcimiento de sus derechos.

Es así como el Gobierno actual, realiza busca por medio de la formulación de los proyectos de inversión que se materialicen los objetivos y metas del Plan de Desarrollo Distrital Bogotá Humana 2012 – 2016, es de esta forma que existe mayor justificación para aunar esfuerzos o impulsar proyectos por medio de organizaciones sin ánimo de lucro, teniendo en cuenta los propósitos sociales que de manera prioritaria tiene el plan de desarrollo “Bogotá Humana”, lo cual ha llevado a incrementar proporcionalmente la contratación con ESAL frente al aumento de cobertura de la población que ha tenido el Distrito Capital.

Respecto del Tercer eje, identificado como “Bogotá en defensa y fortalecimiento de lo público”, el distrito capital viene adelantando gestiones relacionadas con combatir a la

corrupción y control social, realizar acompañamiento técnico y operativo a las organizaciones sociales, comunitarias y otras formas organizativas de la ciudadanía, contar con un presupuesto participativo vinculante, entre otros.

Lo anterior, ligado a la apuesta del gobierno distrital de promover un cambio cultural de rechazo a la corrupción y de corresponsabilidad en la construcción de probidad y defensa de lo público, donde el Gobierno Distrital, las localidades, los entes de control, los servidores públicos, los contratistas, los interventores, el sector privado, las organizaciones sociales, los medios de comunicación y la ciudadanía, apliquen normas y comportamientos que favorezcan la probidad y la cultura de la legalidad. (Concejo Distrital, 2012).

Dicha finalidad se viene adelantando igualmente con la contratación con ESAL, debido a que se está garantizando que los recursos públicos lleguen directamente a la Comunidad vulnerable, mediante el fortalecimiento de los elementos de control, la participación del control ciudadano y el cambio de la cultura en las Entidades. Se resalta que la contratación de las ESAL a pesar de ser directa implica el cumplimiento de los principios de la contratación pública, en especial, el de transparencia y selección objetiva.

Conclusiones

La contratación con entidades sin ánimo de lucro se encuentra sustentada en el Artículo 355 de la Constitución Nacional, en la Ley 489 de 1998 y en los Decretos 777 y 1403 de 1992, los cuales, desde hace más de 22 años, no han sido modificados, a pesar de la evolución normativa que ha sufrido el régimen contractual colombiano, con la aparición de la Ley 1150 de 2007 que modifica parcialmente la Ley 80 de 1993, y los múltiples decretos reglamentarios que han sido expedidos.

Los contratos de impulso y convenios de asociación no se encuentran inmersos dentro de la causal de contratación directa, la cual está regulada por el numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007. Sin embargo, su suscripción debe garantizar el cumplimiento de los principios de la contratación pública, en especial el de transparencia y selección objetiva.

Es así, como la Entidad contratante debe realizar un análisis previo a la suscripción del contrato, lo cual ha logrado cubrir y mejorar por medio de los estudios de sector, que establece el artículo 15 del Decreto 1510 de 2013 compilado por el artículo 2.2.1.1.1.6.1. del Decreto 1082 de 2015, el cual busca establecer el deber de las Entidades Estatales de analizar el sector, es decir, el mercado relativo al objeto del Proceso de Contratación, desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica y de análisis de riesgo.

La ausencia de reglamentación sobre la materia contractual está generando una problemática importante, debido a que el manejo, control y seguimiento realizado tanto por las Entidades Públicas contratantes como por los Entes de Control, no puede dejarse a la discrecionalidad de cada parte.

Por consiguiente, si se complementa la reglamentación del artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991, se deben precisar los siguientes aspectos:

- a. El control fiscal de las ESAL, para promover la sana competencia de estas entidades privadas bajo el principio de libertad económica plasmada en toda la legislación contractual vigente en Colombia.
- b. Los mecanismos de selección, seguimiento y control de los contratos y convenios a celebrar con entidades sin ánimo de lucro al tenor de la normatividad actual.
- c. Cuál debe ser porcentaje de cofinanciación necesario y suficiente dentro de los convenios de asociación, con el fin de establecer criterios objetivos que permitan obtener la mejor propuesta para la Entidad dentro de la selección objetiva.
- d. Se debe precisar cuál es la conceptualización de la prohibición de realizar una “contraprestación directa” a favor del Estado.

Durante el tiempo en el cual se expide una regulación más detallada de la aplicación del artículo 355 constitucional, las Entidades públicas deberían expedir una reglamentación interna que permita garantizar de manera más eficaz los principios de la contratación pública.

El plan de desarrollo Bogotá Humana 2012 – 2016 encuentra diferencias entre otros planes de desarrollo nacional y territorial, debido a que el de Bogotá Humana busca reducir la segregación social, económica y cultural por medio del goce efectivo de los derechos de los ciudadanos residentes en el Distrito Capital, requiriendo en una mayor proporción el manejo de contratos de impulso y convenios de asociación que logre que el Estado tenga un acceso inmediato a la población y a sus necesidades.

Las secretarías distritales de Integración Social, Salud, Educación y Cultura, Recreación y Deporte son las entidades con mayor número de contratos o convenios asociados con la Contratación de ESAL, y con ello las que han comprometido la mayor proporción de su

presupuesto en las tres vigencias analizadas, lo cual se puede justificar en el desarrollo del Plan de Desarrollo Bogotá Humana.

Es así como las Entidades Distritales han logrado impulsar programas y proyectos de las organizaciones y aunar recursos, capital social y responsabilidades para garantizar el acceso de la población vulnerable a los servicios que presta el Estado dentro de la ejecución del Plan de Desarrollo Bogotá Humana 2012-2016.

Las ESAL deben cumplir con el requisito de ser “reconocidas por su idoneidad” social, por su trabajo en la sociedad en cumplimiento de objeto de su creación, lo cual conduce a que dejar por fuera aquellas organizaciones sin ánimo de lucro recién creadas al momento de realizar una selección objetiva de los operadores. De esta forma, se limita el derecho de participación, oportunidad y gestión como producto de la no existencia de normas que obliguen a las ESAL más reconocidas a asociarse con las organizaciones nuevas para que estas ganen experiencia e idoneidad.

La normatividad actual referente al sistema de contratación en Colombia, no tiene un enfoque de Economía Social, su concepción dominante gira al servicio del capital y mayor margen económico reflejadas en lucro de la actividad contratada por la entidad estatal con la empresa mercantil, solamente deja participar a las organizaciones del tercer sector cuando no se genera excedentes, lo cual requiere de una reflexión profunda en el congreso, para generar criterios de participación equitativos bajo el principio de libertad económico, que favorezca a los sectores privados de la sociedad colombiana participar con criterios de actividad económica, valores y ética, orientados hacia la objetividad y transparencia de proceso contractual celebrado entre el sector público y privado con criterios de honestidad, responsabilidad social y democracia participativa, desde una concepción económica entorno a la solución de los problemas sociales.

Los resultados de la investigación deben ser contrastados con los Fondos Locales de Desarrollo y entidades descentralizadas, para establecer en el Distrito Capital la proporción global de contratos relacionados con el Artículo 355 de la Constitución Nacional. A su vez, se debe estudiar la contratación directa predominante en el sector público, que es un comportamiento legal, pero cuestionado por las garantías de transparencia y objetividad en su realización.

Dentro de los mecanismos que pueden ser utilizados para el apoyo de las ESAL con poca experiencia, es el uso del mecanismo denominado sombrilla, por medio del cual las ESAL con una idoneidad y experiencia considerable pueden respaldar con su experiencia y capacidad financiera, a ESAL recién creadas, con el fin que juntas logren desarrollar programas y proyectos.

Por medio de este mecanismo, las dos tipos de organizaciones obtienen resultados satisfactorios en términos sociales, con un incentivo adicional para las pequeñas relacionado con obtener certificaciones de experiencia y a su vez crear experticia en el manejo de recursos públicos, que de manera separada no sería posible asumir.

Contractualmente la anterior idea, se podría realizar mediante la suscripción de contratos de impulso o convenios de asociación directamente con la organización base, para que esta realice el manejo integral de los recursos, con apoyo de las pequeñas, o en su defecto con la vinculación de las organizaciones pequeñas por medio de uniones temporales o consorcios.

Este método permitiría garantizar la coordinación de diferentes servicios sociales a cargo de las entidades distritales, avanzando en el objetivo principal del Plan correspondiente no solo en el fortalecimiento de las pequeñas ESAL, sino de manera adicional en cumplir los fines del Estado, mediante la economía social, dejando de lado algunas organizaciones que por su manejos

no se encuentran lejos de convertirse en entidades con ánimo de lucro y así eliminar posibles manejos mediante monopolios creados por la falta de ofertas dentro del mercado, aumentando a su vez la calidad de los servicios teniendo en cuenta la existencia de una pluralidad de oferentes y una libre competencia.

El ejercicio del control fiscal que adelantaba la Contraloría mediante su control de advertencia fue declarado inconstitucional, debido a que va en contra del artículo 267 de la Constitución Nacional, por tratarse de una modalidad de control previo, otorgándole a las contralorías un poder de coadministración, por cuanto a pesar que no tenían fuerza obligatoria, la función de advertencia si lograba tener incidencia en actuaciones en ejecución.

Bajo la carencia del control de advertencia por parte de la Contraloría, las Entidades públicas deberán fortalecer sus sistemas de control interno, estableciendo métodos de control previo que conlleven a un mejoramiento continuo de su forma de actuar.

Licitación Pública no es la norma general en la contratación de algunas Entidades, lo cual no implica una vulneración del régimen general de contratación pública.

Es necesario concluir estableciendo que la utilización de la contratación que realiza las Entidades públicas del distrito Capital se encuentra ajustada a derecho, siempre que se respeten los principios de la contratación pública, los requisitos establecidos en la normatividad vigente, que se trate del impuso de programas y proyectos con Entidades sin ánimo de lucro y que no el objeto contractual no se encuentre inmerso dentro de las prohibiciones establecidas en el artículo 2 del decreto 777 de 1992.

Bibliografía

Arboleda Perdomo, E. (2008, septiembre 25).

www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/doct/ce_1911_08.doc. (C. d. Estado, Producer)

Retrieved septiembre 25, 2014 from

www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/doct/ce_1911_08.doc

Benavides, J. (2004). *Entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Camara de Comercio. (2015, 02 22). *CAMARA DE COMERCIO*. From CAMARA DE COMERCIO: <http://www.ccbarranca.org.co/ccb/entidades-sin-animo-de-lucro.html>

Camara de Comercio de Bogotá. (n.d.). *Preguntas Frecuentes*. Retrieved Agosto 10, 2014 from Camara de Comercio de Bogotá:

http://camara.ccb.org.co/contenido/contenido_imprimir.aspx?conID=2090&catID=73#30

Camara de Comercio de Villavicencio. (n.d.). *PREGUNTAS FRECUENTES*. From http://ccv.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=67&Itemid=155

Carreras, L. (n.d.). *El sector de la economía social o tercer sector*. Tarragona, España: Universitat Rovira i Virgili.

Chávez, A. (2008). *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Colombia Compra Eficiente. (2014). *Guía para la elaboración de los estudios de Sector. Guía para la elaboración de los estudios de Sector*.

Colombia. Congreso de la República. (1995, junio 6). *Ley 190: Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones*

- con el fin de erradicar la corrupción administrativa.* From
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=321>
- Colombia. Presidencia de la República. (1992, Mayo 16). *Decreto 777: Por el cuál se reglamentan la celebración de los contratos a que refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política.* (D. 777, Producer) Retrieved Septiembre 16, 2014 from
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1454>
- concejo de Bogotá. (2012, junio 12).
http://www.idep.edu.co/pdf/informes/Plan_Desarrollo_Bogota_Humana_2012-2016.pdf.
Retrieved 09 25, 2014 from
http://www.idep.edu.co/pdf/informes/Plan_Desarrollo_Bogota_Humana_2012-2016.pdf
- Concejo Distrital. (2012, 06 12). Acuerdo número 489 del 12 de junio de 2012. *Plan de Desarrollo "Bogotá Humana".* Bogota, Colombia.
- Concepto 140 (Dirección Jurídica Distrital 1998).
- Concepto 1626 (Consejo de Estado, Sala de Consulta y servicio civil 2005).
- Concepto 1723 (Secretaria de Gobierno, Oficina Asesora Jurídica 2010).
- Concepto 1957, 11001-03-06-000-2009-00039-00(1957) (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil Septiembre 03, 2009).
- Concepto 22 (Universidad Nacional de Colombia 2009).
- Constitución Nacional de Colombia. (1991).
- Consultoria para los Derechos Humanos y el Desplazamiento. (2013). *El Desplazamiento Forzado y la imperiosa Necesidad de Paz.* Retrieved 02 22, 2015 from
http://www.codhes.org/index.php?option=com_si&type=4

- Crespo, j. (2013). Una nueva relación del tercer sector y la economía social. *Cuadernos de trabajo social*, 26(1), 65-74.
- GACETA CONSTITUCIONAL. (1991, Mayo 20). Ramas u organos de Poder Público. (77), p. 11.
- Gómez, O. J. (2012). LOS CONVENIOS DE ASOCIACIÓN - UNA MIRADA DESDE EL ESTATUTO CONTRACTUAL Y EL DISTRITO CAPITAL. 2012. BOGOTA, COLOMBIA.
- González, L. (2013). *Estadística descriptiva y probabilidad*. Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.
- Hernandez Sampieri, R. (2010). Metodología de la investigación. México: MC GRAW HILL.
- IDPAC, I. D. (2012, 10 13). *Instituto Distrital de la Participación y Acción Comunal - IDPAC*. Retrieved 02 17, 2015 from <http://www.participacionbogota.gov.co/index.php/inicio/113-noticias/3225-ique-significan-los-tres-ejes-del-plan-de-desarrollo-bogota-humana-2012-2016.html>
- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. (1992, Mayo 18). <http://www.mintic.gov.co>. From http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3634_documento.pdf
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2014, septiembre 20). <http://www.mintic.gov.co>. From http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3634_documento.pdf
- Odriozola, C. R. (n.d.). *Tercer Sector y Co-gestion de políticas públicas en españa y Uruguay*.
- PATRIA, L. (2013, Marzo 15). *LA PATRIA*. From LA PATRIA: <http://www.lapatria.com/nacional/crece-la-contratacion-directa-aumenta-el-riesgo-de-corrupcion-28773>

- Procuraduría. (2012). *www.procuraduria.gov.co*. Retrieved 09 27, 2012 from www.procuraduria.gov.co/portal/.../controlalacontratacionestatal2012.pp..
- Revista Semana. (2014, Junio 24). *Revista Semana-Nación* . Retrieved Febrero 15, 2015 from <http://www.semana.com/nacion/articulo/contraloria-revisa-contratacion-en-localidades-de-bogota/391332-3>
- Rodriguez Mansilla, D., & Quezada Menares, S. (2007). *Revista Española del Tercer Sector*. *Dialnet*, 121 - 151.
- Ruiz de Gauna, R., Sole I Serra, A., Vidal Garcia, P., & Villa Uriol, A. (2007). La formación en el tercer sector: un elemento clave para el desarrollo de sus equipos. *Tercer sector*, 52.
- Sarmiento, E., & Sarmiento, M. (1997). *Contratación de las entidades privadas sin ánimo de lucro*. Bogotá D.C.: Editorial Jurídica Gustavo Ibanez Ltda.
- Sentencia 15324 (Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección tercera; C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez Agosto 29, 2007).
- Sentencia C-1168, C-1168-2001 (Corte Constitucional 2001).
- Sentencia C-152 (Corte Constitucional 1999).
- Sentencia C-183 (Corte Constitucional 1997).
- Sentencia C-230 (Mayo 25, 1995).
- Sentencia C-300 (Corte Constitucional 2012).
- Sentencia C-316 (Corte Constitucional 1995).
- Sentencia C-324 (Corte Constitucional 2009).
- Sentencia C-372 (Corte Constitucional 1994).
- Sentencia C-372 (Corte Constitucional agosto 25, 1994).

Sentencia C-506 (Noviembre 24, 1994).

Sentencia C-507 (Corte Constitucion 2008).

Sentencia C-543 (Corte Constitucional 2001).

Sentencia C-671 (Corte Constitucional 2009).

Sentencia C-712 (Corte Constitucional 2001).

Tafur Galvis, A. (1990). *Las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro y el Estado*. Bogotá: Temis.

Tafur Galvis, Á. (2011). *Las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro y el Estado*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora Del Rosario. (1994). *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.

Universidad Nacional de Colombia. (2013). Circular 03. Bogotá, Colombia.

Valencia Zea, A. (2000). *Derecho Civil tomo I, Parte general y personas*. Bogotá: Temis.