

**“Procedimientos y Presupuestos para celebrar contratos con Entidades Sin Ánimo de
Lucro y de Reconocida Idoneidad establecidos en el Decreto 092 de 2017.”**

Danyel Ebrain Silva Espitia

Universidad Santo Tomas

DIPLOMADO DE DERECHO PÚBLICO

Tunja

2021

RESUMEN

Los estados requieren contratar bienes y servicios, pero para ello requieren de un marco legal de acción, el cual le permita actuar en unas condiciones dentro del marco jurídico para que ello sea viable en unas condiciones de transparencia, es por ello que este artículo versa sobre el análisis de la regla de contratación conocida como régimen o modalidad especial de contratación pública que se fundamenta en el artículo N° 355 de la Constitución Política de Colombia, el cual le da la facultad al gobierno en nombre del soberano de poder desarrollar labores en asocio o por contratación con entidades sin ánimo de lucro.

Desde la promulgación de la carta constitucional en 1991, y la posterior reglamentación de esta actividad en 1992 con el decreto 777 de 16 de mayo y solo hasta 25 años después en el 2017 con la expedición del Decreto 092 de enero 23, los llamados contratos o convenios de público interés bajo un carácter excepcional tenían la característica de ser asignados de manera directa y bajo unas condiciones diferenciales en la contratación estatal.

Esta condición de excepcionalidad y carácter especial de contratación se ha prestado para diversas dificultades, como la contratación a dedo de muchas de estas entidades sin ánimo de lucro, lo cual para antes de control como la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, Personerías municipales y Veedurías, esta cuestión atenta con preceptos básicos de la administración pública, extralimitando las atribuciones que se le han endilgado a dicha figura, prestándose para que muchas entidades públicas lo hagan parte de sus procesos comunes de contratación sin mediar procesos de licitación.

Esta situación ha llevado a que en muchos casos se causen procesos por detrimento patrimonial al tesoro público, así como para los intereses del Estado, es por ello que se formula el contenido normativo por parte del Gobierno Nacional y adoptado por el Departamento Nacional de Planeación a través del decreto 092 del 2017, con el fin de lograr involucrar preceptos básicos de contratación pública, involucrando la equidad y la transparencia para evitar en el futuro que se puedan llegar a presentar actos o delitos contra la administración pública través de actos de corrupción, que han salido a la luz pública como parte de las relaciones entre los intereses particulares y el saqueo de los recursos públicos.

De ahí que en este artículo se busque presentar los principales elementos que han hecho parte de esta problemática, analizando las normas que se han establecido para su control, así como las posturas del gobierno nacional al respecto con fines de lograr que los recursos públicos no se pongan en riesgo con la ejecución de este tipo de contratos suscritos a través de esta modalidad especial con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.

Palabras clave: Contratación directa, Contratación pública, Debido proceso, Entidades sin ánimo de lucro, Licitación pública.

INTRODUCCIÓN

Este artículo hace un análisis de la modalidad de contratación especial, a través de la cual se contrata con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad mediante actos contractuales públicos con el fin de impulsar programas y actividades de interés público en nuestro régimen colombiano, para ello se comenzará haciendo una indagación de los antecedentes que originaron un marco jurídico acorde a los tiempos de la modernidad, empezando por la aparición en la Constitución política (1991), así como en los reglamentos y marcos jurídicos utilizados para tal fin; los Decretos N° 777 y 1403 de 1992 y 092 de 2017.

Dentro de este análisis se quiere demostrar que hay una serie de falencias en el uso de la normatividad y sus aplicación práctica en el contexto de contratación, para ello se utilizaron documentos que van desde el contexto histórico, que llevaron a que se pensará en algún momento en tener un régimen especial de contratación pasando por los procesos normativos del Estado, es por ello que se plantea como pregunta orientadora la de sí, a pesar de qué el Decreto 092 de 2017 reglamenta la contratación con Entidades Sin Ánimo de Lucro y de reconocida Idoneidad, preexisten falencias en la actual reglamentación.

Intrínsecamente este análisis aborda las falencias que se presentan en cuanto al desarrollo de la contratación estatal con las Entidades Sin Ánimo de Lucro, (ESAL), reglamentadas en el Decreto 092 de 2017, por ello al abordar el tema de estudio de investigación del presente escrito se pretende responder a la pregunta si con la expedición de esta norma se ha disminuido la posibilidad de que exista corrupción en la asignación de estos recursos, o si aún se pueden presentar situaciones en las cuales los intereses privados se imponga al interés público.

En la actualidad la lucha en contra de la corrupción ha cobrado fuerza en las entidades públicas, tanto en las agendas de los gobiernos locales y regionales, así como del gobierno nacional, esto debido a la cantidad de elementos constitucionales y legales que han permitido que las entidades públicas puedan celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro, para poder ejecutar programas y actividades de interés público que beneficien a cierto tipo de poblaciones

vulnerables, esta se constituye como una herramienta de trabajo fundamental para poder ejercer mayor influencia por parte del Estado en sectores claves como la salud la educación y la atención del Bienestar Social.

Cabe decir que muchas iniciativas celebradas a través de entidades sin ánimo de lucro son bastante loables y ha permitido que muchas poblaciones en condición de desprotección pueden acceder a servicios de parte del Estado, pero también es cierto que muchas de estas entidades han abusado de esta situación para poder usurparle recursos a las comunidades en beneficio propio o directores en particular.

Asimismo muchas entidades del Estado con el ánimo de agilizar los trámites de entrega de presupuestos y de servicios decidieron contratar con estas de sal sin mediar de por medio contratos de licitación sino haciéndolo prácticamente a dedo y sin reunir los requisitos legales correspondientes, lo cual ha llevado aquí los recursos del Estado se despilfaren y se convierten en botines políticos especialmente en regiones de la costa Caribe del Pacífico y el sur del país tanto para las administraciones departamentales como municipales.

Es por eso por lo que resulta muy importante hacer los análisis correspondientes a la gestión de los recursos del Estado que van directamente hacia estas entidades sin ánimo de lucro para poder entender cómo en la transición que hay desde el decreto anterior hacia el Decreto 092 de 2017 en donde se busca una mayor transparencia y planificación en el gasto del Estado así como la búsqueda de que estos recursos puedan llegar a las poblaciones para las cuales fueron objeto de asignación.

De esta manera el artículo presente contiene dos capítulos en uno se abordará problemática que se presentaba relacionado con los auxilios parlamentarios, se hace un análisis del artículo 355 de la Constitución Política (1991), la comparación entre el Decreto 777 (1992) y el actual Decreto 092 de 2017 y terminado con la identificación de vacíos normativos, falencias en la actual reglamentación y la comparación de preceptos asociación, apoyo y colaboración de los cuales se derivan los contratos con Entidades Sin Ánimo de Lucro.

En la primera parte del artículo se abordarán los antecedentes relacionados con los antecedentes, en especial los que se refieren a los mal llamados “auxilios parlamentarios”, haciendo la revisión del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia; posteriormente en

el segundo capítulo, se abordara una comparación del contenido del Decreto N° 777, artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y Decreto 092 de 2017, así como la Guía para la contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad expedida por Colombia Compra Eficiente (2018), en otro capítulo distinguiendo a los pros y contras de la actual reglamentación, concluyendo con el análisis de la suspensión provisional de algunos articulados del Decreto 092 de 2017 por parte del Consejo de Estado, y ya finalizando se encuentran las conclusiones una vez hechas las revisiones y las del examen realizado en relación con la efectividad Procedimientos y Presupuestos de los convenios de Asociación en la consecución de las metas de los planes seccionales o locales de Desarrollo y la ejecución de recursos públicos en contratos con las ESAL.

OBJETIVOS

GENERAL

Determinar los criterios objetivos de marco constitucional y legal respecto del Decreto 092 de 2017, aplicables en los procesos de selección para la contratación con Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL), e identificar si prexistente vacíos normativos y falencias en la actual reglamentación frente al procedimiento de selección para contratación y ejecución de convenios de asociación y/o contratos de colaboración.

ESPECÍFICOS

- Conocer la naturaleza jurídica y actual procedimiento de selección de las Entidades sin Ánimo de lucro en la ejecución de convenios de asociación y/o contratos de colaboración con los cuales se impulsan los programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo.
- Identificar las actuales falencias y vacíos del Decreto 092 de 2017 frente a la escogencia de Entidades Sin Ánimo de Lucro y de Reconocida Idoneidad, para la celebración y ejecución de convenios de asociación y/o contratos de colaboración.

I. MARCO NORMATIVO Y ANTECEDENTES DE LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN ESPECIAL CON ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO DERIVADO DE LA FACULTAD CONSTITUCIONAL DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 355 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

En cuanto a la jurisprudencia que nace con la constitución de 1991, se puede decir que como indican Sarmiento & Suárez (2014), citando a Cepeda (1993), "Uno de los principales incentivos para que el pueblo se volcara a las urnas para integrar una Asamblea Constitucional fue el descontento de amplios sectores de la población con el Congreso de la República" por esta razón se fundamentó las introducciones realizada en la reforma de la carta magna, se basan en un tema desde la ética, entendida esta como la acción humana, en la medida que se prohibieron ciertas conductas, como por ejemplo los impedimentos de los ciudadanos para postularse a cargos públicos o de elección, mecanismos de pérdida de investidura y la no permisión de auxilios parlamentarios, todo para evitar actuaciones indebidas de estos funcionarios del Estado en el gasto público.

Esta cuestión se vive como parte de una búsqueda para evitar que los funcionarios del Estado en general, así como de las ramas del poder público puedan utilizar los recursos del Estado con fines de beneficio personal o de contribuir para poder beneficiar a entidades particulares con fines de lucro, de hecho la Corte Constitucional realizó un análisis sobre la influencia de la Constitución Política Nacional (1886), en la cual el congreso tenía una función de poder hacer la formulación de "empresas útiles y benéficas, dignas de estímulo o apoyo",

trasladando esta competencia a las Asambleas departamentales la autonomía de poder formular e implementar industrias con los recursos del departamento o el municipio, según fuese el caso.

Esta situación fue palpable a lo largo de los finales del S XIX y casi todo el siglo XX, cuando entra en vigor la Constitución de 1991, aunque cabe aclarar que en muchas ocasiones se hizo gala de reformas a la carta magna precisando casos como el de 1945 en donde se buscó que hubiese una "estricta sujeción a los planos y programas correspondientes", posteriormente en 1968, se buscó que por medio de acuerdos políticos, se pudiesen entregar prebendas a favor de los concejales, asambleístas y congresistas.

Para la Corte Suprema de Justicia hablando conceptualmente, la iniciativa correspondía con el interés de los congresistas por lograr el desarrollo de los habitantes de los territorios que representaban en sus diferentes intereses con fines benéficos y de desarrollo, lo cual era lo que se perseguía desde el punto de vista contractual, según lo comenta Orfale (2012) desde

La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia <<que>> no ha sido ajena al desarrollo de las tesis doctrinales que respecto del tema se han dado en otros ordenamientos. Más aun, ha sido notoria la correspondencia de las mismas con el desarrollo Derecho Administrativo, razón por la que la fundamentación del Derecho Privado fue inicialmente el ámbito de gestación, hacia una concurrente remisión hacia el Derecho Público.

Sin embargo, todo lo que empieza con buenas intenciones puede terminar en otras situaciones como fue el caso de los auxilios parlamentarios, los cuales terminaron por imponer prácticas abusivas con el erario público al hacer que el congresista pudiese entregarlos a su antojo, sin que hubiese de por medio una fiscalización a los recursos Del Estado y prestándose para una entrega a dedo de estos, lo cual llevó a que se constituyera una serie de fenómenos de corrupción que en última llevaron a que se finalizara esta práctica común en el país, además de generar una confusión en las funciones de la rama legislativa.

Esta situación viene como ejemplo dentro del artículo, debido a que para poder obtener estos recursos, muchos de estos legisladores crearon una serie de entidades de derecho privado hacia las cuales se desviaban los recursos, de ahí que fuese común tener fundaciones para todo tipo de causas en las regiones más apartadas del país, lo que según Torres (2010) llevo a que con recursos del Estado se pagaran favores políticos a las clientelas de cada político en las regiones de influencia.

En la medida que los recursos del Estado se ferian por medio de entidades de derecho privado con recursos estatales, las regiones se fueron convirtiendo en polvorines políticos en los cuales cada político de turno buscaba imponerse frente a otros para obtener mayores favores burocráticos en la administración pública, lo cual acentuó la pobreza en unas regiones más que en otras, por ejemplo en la costa caribe, termino siendo muy común esta situación, llegándose a hablar de caciques políticos, quienes en últimas veían en ellas una forma de lucrarse y poder mantener su poder intacto, casi que inalcanzables.

En ese sentido el Estado colombiano se vio rebasado, en la medida que no era posible ejercer un control real sobre estos recursos y muchos saber su destinación, llegando inclusive la Corte Constitucional fijo su mirada en estas a través de la sentencia C-372 (1994), lo cual llevo a que fuese evidente que los recursos del Estado no eran empleados en programas de saneamiento, carreteras, construcción de infraestructura en escuelas y puestos de salud.

Por ello uno de los principales puntos tratados por la constituyente de 1991, se refería a la eliminación total de estos recursos asignados a los senadores y representantes a la macara y de otros funcionarios de la rama legislativa que eran elegidos por voto popular con el fin de poder controlar tanto la asignación como su ejecución, poniendo de manifiesto elementos de

Así para la corte constitucional en su texto, sobre la solicitud de ponerle control a los llamados auxilios parlamentarios, afirmando lo siguiente.

Inicialmente todos los auxilios se destinaban para ejecución directa por los municipios, juntas de acción comunal o agencias gubernamentales. A la vuelta de pocos años, sin embargo, alguien se inventó la figura de las fundaciones o corporaciones privadas como destinatarias de los recursos y se las ingenió para, a través de ellas, manejar

autónomamente fondos públicos, prácticamente sin control fiscal; lo que permitió 14 inclusive atender con ellos gastos o inversiones personales del congresista que decretaba el auxilio o el pago de activistas electorales y el directo soborno a jefes municipales o comunales”. (Corte Constitucional, C-372 de 1994)

En esta manifestación de la corte constitucional se buscaba por un lado identificar a los auxilios parlamentarios como una práctica clientelista en favor de las corporaciones y demás entidades de derecho privado que invertían con recursos del Estado, pero que en otros casos los desviaban a cuentas personales, generando un entramado de corrupción con tentáculos.

En esa medida inicialmente se dictaron medidas de reglamentación a partir del Decreto 777 (1992), el cual con base en el artículo 355 de la constitución política colombiana lograr que esos otrora recursos utilizados para enriquecer a unos pocos por medio de la consttución de fundaciones y corporaciones.

La Corte Constitucional, ha afirmado que el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política, contempló un mecanismo de excepción para que las entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, reciban aportes del Estado para realizar actividades que según Pérez (2017) contribuyan al bienestar general y cumplir los fines del Estado Social de Derecho.

Así las cosas, a través de la contratación por parte de las instituciones públicas con Entidades Sin Animo de Lucro, reglamentadas en el Decreto 777 (1992), le asisten el cumplimiento de elementos, características esencias y los presupuestos establecidos en dicha norma, de lo contrario han de adelantarse conforme los lineamientos del Estatuto General de Contratación.

Es así que el Decreto 777 de 1992 determinaba las condiciones establecidas a efectos de para poder celebrar y ejecutar convenios de asociación, y en específico no se debía estar incurso en las causales del artículo 2 del, así:

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

1. Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad

pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes.

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. <Numeral subrogado por el artículo 2o. del Decreto 1403 de 1992. El nuevo texto es el siguiente:> Las apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas, como son las cooperativas públicas, o de corporaciones y fundaciones de participación mixta en cuyos órganos directivos estén representadas entidades públicas en forma proporcional a sus aportes de acuerdo con las disposiciones estatutarias de la corporación o fundación.

4. Las transferencias que realiza el Estado a personas naturales en cumplimiento de las obligaciones de asistencia o subsidio previstas expresamente en la Constitución y especialmente de aquellas consagradas en los artículos 43, 44, 46, 51, 368, 13 transitorio y 46 transitorio de la misma.

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

Al ver este artículo es posible entender que el resto de situaciones se podía hacer de mera ser directa sin que medie licitación o proceso de contratación de parte de las entidades estatales que entregue recursos a las ESAL.

II. EL DECRETO 092 DE 23 DE ENERO DE 2017 Y GUÍA PARA LA CONTRATACIÓN CON ENTIDADES PRIVADAS SIN ÁNIMO DE LUCRO Y DE RECONOCIDA IDONEIDAD EMITIDA POR COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, UN EFECTIVO CAMBIO PARA EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN CON LAS ESAL.

El tema del artículo científico objeto de estudio, se enfoca con la finalidad de distinguir los procedimientos y presupuestos del ahora régimen especial o régimen de contratación derivado en Convenios de Asociación con Entidades Privadas Sin Ánimo de Lucro y de Reconocida Idoneidad con los que se busca impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo, que con la actual reglamentación del Gobierno Nacional con la expedición del Decreto 092 de 2017 y Guía para la contratación con Entidades Privadas Sin Ánimo de Lucro y de Reconocida Idoneidad emitida por Colombia compra eficiente, realizó un avance significativo en regulación de los contratos a que hacen referencia el Inciso 2° del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, artículo 96 de la Ley 489 de 1998, pues en la actualidad es una modalidad de contratación muy importante para las administraciones Nacionales, Departamentales y Nacionales en la ejecución de proyectos y programas de interés público, pues estos constituyen una herramienta de gestión que permite llegar a las comunidades más desprotegidas, sin embargo antes de la expedición del Decreto 092 de 2017 la contratación con las ESAL se venía aplicando de manera equivocada y extralimitada por las diferentes entidades públicas, convirtiéndose al punto en variedad de contrataciones, en la regla general de contratación, ignorando la reglamentación y ocasionando con la anterior reglamentación detrimento a los presupuestos de las entidades y al interés general del Estado, es por ello que con esta reglamentación el Gobierno Nacional realizó un avance significativo en la lucha contra la corrupción.

Por ello 27 de enero de 2017 con la entrada en vigencia del Decreto 092, se modificó las reglas en contratación con las Entidades Privadas Sin Ánimo de Lucro y de Reconocida Idoneidad, con las que se busca colaborar a las entidades estatales para impulsar programas y actividades de interés público, que en correspondencia a la expedición normativa la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, tomo en consideración las pautas y criterios establecidos expidiendo la guía en la cual deberá tener en cuenta las normas de transparencia y acceso a la información aplicable a las entidades privadas sin ánimo de lucro que contratan con cargo a recursos de origen público y las mejores prácticas en materia de prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés. Decreto 092 (2017).

II.I. ANÁLISIS COMPARATIVO DE NORMAS Y CONCEPTOS.

Para entender la esencia del Convenio de Asociación y/o Colaboración como medio participativo, con los que se busca impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo, es necesario comparar el contrato de apoyo reglamentado en el Decreto 777 de 1992 con los convenios de asociación del reglamentados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, como son las siguientes:

Tabla 1. Diferenciación de apoyo y asociación, derivados del Decreto 092 de 2017

CONTRATOS DE APOYO O DE COLABORACIÓN O DE INTERÉS PÚBLICO	CONVENIOS O CONTRATOS DE ASOCIACIÓN
a). Se celebran con personas jurídicas sin ánimo de lucro.	a). Se celebran con personas jurídicas privadas con o sin ánimo de lucro
b). Se celebran para impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política	b). Se pueden celebrar con esa finalidad, pero también para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y además, para la creación de personas jurídicas.

c). Están regulados en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017.	c). Están previstos en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017.
d). Se celebran con cargo al respectivo presupuesto de la entidad pública.	d). Se deben determinar, como señala el inciso 2° del citado artículo 96, los “aportes” tanto de la entidad pública como de la persona jurídica particular.

Elaboración propia, Consejo de Estado, (2018), Muñoz, M., (2018).

Conexo a lo anterior, es de importancia en el desarrollo de este capítulo y para la esencia de los modelos de asociación derivados en contratos con Entidades Sin Ánimo de Lucro y de Reconocida Idoneidad el Decreto 092 de 2017 en su articulado, la guía de Colombia Compra Eficiente y la Circular única externa, entender las diferencias sustanciales y procedimentales entre los contratos de colaboración y los convenios de asociación que pueden celebrarse con las ESAL, que diferencias, así:

Tabla 2. Diferenciación sustancial de los convenios de asociación y procedimental según el alcance del decreto 092 de 2017.

CONVENIOS DE ASOCIACIÓN		
	DIFERENCIA SUSTANCIAL	DIFERENCIA PROCEDIMENTAL
1	Es un acuerdo entre una entidad sin ánimo de lucro y una Entidad Estatal del gobierno nacional, departamental o municipal para que la primera <u>implemente programas</u> previstos en el plan de desarrollo con recursos públicos	Existen organizaciones de la sociedad civil denominadas ESAL, se deben verificar de los beneficiarios a intervenir, mecanismos, conocimiento, estado competitivo, en desarrollo de los programas previstos en los Planes nacionales o locales de desarrollo.
2	La Celebración de convenios de asociación con Entidades Privadas	El proceso competitivo que definan las Entidades Estatales para sus convenios de

	Sin Ánimo de Lucro y de reconocida idoneidad se realizará cuando el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previstos en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, de conformidad con el artículo 355 de la Constitución Política.	asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas.
3	De acuerdo con el nivel de la Entidad Estatal, se busque exclusivamente la promoción de los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana.	La Entidad Estatal no está obligada a hacer un proceso competitivo, pero debe garantizar que hace una selección objetiva en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación. En los demás casos debe la Entidad Estatal hacer una selección y definir los criterios para el efecto.

Fuente: Elaboración propia, Colombia Compra Eficiente. (2018). Guía para la contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad expedida.

Tabla 3. Diferenciación sustancial de los convenios de colaboración y procedimental según el alcance del decreto 092 de 2017.

CONVENIOS DE COLABORACIÓN		
	DIFERENCIA SUSTANCIAL	DIFERENCIA PROCEDIMENTAL
1	Es un acuerdo entre una entidad sin ánimo de lucro y una Entidad Estatal para el desarrollo	La convocatoria pública debe establecer reglas para ejecutar el convenio, así mismo de debe establecer

	conjunto de actividades de interés público o de colaboración en relación con los cometidos y funciones que les asigna la ley a las Entidades Estatales.	el Presupuesto, el objetivo de política pública que se quiere obtener, así como la forma de medición, el personal propuesto para el desarrollo del proyecto (política pública), a proyectos que son asignados por la ley.
2	La Celebración de convenios de colaboración con Entidades Privadas Sin Ánimo de Lucro, se realiza para cumplir actividades propias de las Entidades Estatales, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley. Artículo 96 de la Ley 489 de 1998.	La regla del artículo 5 del Decreto 092 de 2017 determina que esa contratación no deberá realizar un proceso competitivo cuando la ESAL comprometa recursos propios e independientes del aporte estatal para la ejecución de actividades conjuntas, en una proporción no inferior al 30% del valor total del proyecto.
3	Las entidades estatales del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal pueden contratar con las entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, previa autorización expresa de su representante legal, el cual no podrá delegar la función de otorgar esta autorización.	El artículo 5 busca reconocer el esfuerzo de la ESAL para conseguir recursos propios o de cooperación para el desarrollo conjunto de actividades de las Entidades Estatales en el marco del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, así mismo la Entidad Estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de

		cooperación. Las Entidades Estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017
--	--	--

Fuente: Elaboración propia, Colombia Compra Eficiente. (2018). Guía para la contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad expedida.

II.II. AVANCES Y LAS FALENCIAS CONTENIDAS EN LA ACTUAL REGLAMENTACIÓN

A continuación, desarrollaremos los aportes relevantes del Decreto 092 de 2017 desde una perspectiva de los avances y las falencias contenidas en la actual reglamentación; esto con el fin de demostrar que a pesar de los esfuerzos del gobierno nacional, coexisten factores que es de importancia revelar dentro del análisis del estudio artículo:

Tabla 1. Análisis del Decreto 092 de 2017

DECRETO 092 DE 2017	
AVANCES (PROS)	FALENCIAS (CONTRAS)
Legislarlo como régimen especial de contratación.	Aunque se realiza la transición de un procedimiento de escogencia directa a uno de carácter competitivo (con excepción de los que se aporta más 30% en compromiso de recursos), el Decreto 092 de 2017, a diferencia de la Regulación de otras modalidades de selección no desarrollo la totalidad de los Procedimientos y Presupuestos, en la etapa precontractual para para celebrar contratos con Entidades Sin Ánimo de Lucro y de Reconocida Idoneidad.

<p>Facultad dada a la Agencia Nacional de Contratación pública -Colombia Compra Eficiente para expedir la Guía para contratar con las ESAL la cual es de obligatorio cumplimiento para las entidades estatales.</p>	<p>El Decreto 092 de 2017 y la Guía para contratar con las ESAL a diferencia de otras modalidades de selección, no reglamenta los plazos del proceso competitivo es decir, no determino un cronograma para la fase precontractual, solo lo delimita a un plazo razonable (Inc 2° artículo 4) para lo cual muchas entidades toman los plazos a su arbitrio y a su capricho, sin ni siquiera tomar como precedente los plazos de las demás modalidades de selección y en consideración a su cuantía.</p>
<p>Administración del Registro Público de las ESAL a través del Secop.</p>	<p>Con la creación de un procedimiento expreso para la contratación con las Entidades Sin Ánimo de Lucro y de Reconocida Idoneidad, el Decreto 092 de 2017 y la Guía para contratar con las ESAL no delimita los protocolos y beneficios para la contratación con entidades caso de obtener ofertas internacionales.</p>
<p>Implementación de un Proceso competitivo de selección cuando existe más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad artículo 4 del Decreto 092 de 2017.</p>	<p>La celebración de contratos y su ejecución con Entidades Sin Ánimo de Lucro y de Reconocida Idoneidad circunscrita a fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo, se encuentra limitada por el literal b del artículo 2° del Decreto 092 de 2017 ya que las entidades no pueden impartir ni instrucciones precisas a los ESAL para cumplir con el objeto del contrato, es decir en la fase de precontractual y contractual, se puede tomar como facultativo</p>

	para las entidades, el no establecimiento de especificaciones o un presupuesto oficial discriminado para el desarrollo del objeto contractual.
Inclusión de aspectos en sus artículos 7° y 8° referente a la integración normativa para la contratación de interés público al hacer extensiva la aplicación de los principios y las normas del sistema de contratación pública, así, la Ley 80 de 1993 y las normas reglamentarias forman parte del régimen jurídico de dichos contratos, sin perjuicio de la aplicación preferente y especial de las disposiciones particulares que consagra el decreto reglamentario vigente sobre la materia.	Las entidades sin Ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en correlación con a la Selección Objetiva contenida en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, encuentran limitación de sus ofrecimientos en las convocatorias públicas, pues las Entidades Públicas partiendo de la exigencia del literal b del artículo 2° del Decreto 092 de 2017, no desarrolla el factor económico como un factor de competitividad.
Identificación de 3 fases para el proceso de contratación con ESAL estas son: (i) Planeación (ii) Selección y (iii) Ejecución y liquidación.	En cuanto a la liquidación el Decreto 092 de 2017 no estableció pautas, tampoco exigió el desarrollo obligatoria de dicha etapa, cuando es recomendable agotar esta etapa porque en la mayoría de los casos estos contratos suponen prestaciones de ejecución periódica y la liquidación facilita un balance definitivo del cumplimiento de las obligaciones de las partes
Creación de Fase de Selección de este como contratación directa (aporte de más del 30%) y proceso competitivo (cuando haya pluralidad de entidades sin ánimo de lucro para desarrollar el objeto de la	Aunque el Decreto 092 de 2017 introdujo modificaciones importantes al proceso de contratación, se siguen generando problemas de interpretación respecto a la contrapartida presupuestal que optativamente

contratación)	aporta la Entidad Sin Ánimo de Lucro y de Reconocida Idoneidad, que define el sometimiento o no el proceso de contratación mediante una convocatoria pública, sometida a una competencia y la identificación del tipo de convenio con el que se genera dificultades respecto a la idoneidad y selección objetiva al eliminar la competencia.
---------------	--

Fuente: Elaboración propia

Vista la comparación de la regulación y al verificar que existen vacíos en la reglamentación de la Contratación con entidades sin Ánimo de Lucro, objeto de estudio en este artículo es de importancia resaltar que actualmente se siguen manteniendo en relación con los procesos contractuales características inherentes, que a la luz del Consejo de Estado (2011) en su jurisprudencia (i) le son inherentes y que deben ser de obligatoria observancia la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración".

Lo anterior con el fin de demostrar que este procedimiento, goza de un trato de especial prelación al ser derivado se un artículo constitucional (art 355 Constitución Política) por ello la Guía para la contratación con Entidades Privadas Sin Ánimo de Lucro y de Reconocida Idoneidad de la Agencia Nacional de Contratación Pública (Colombia Compra Eficiente), denominó este procedimiento como especial, que al compáralo con las modalidades del artículo 2° de la Ley 1150 (2007), debería asemejarse a los requisitos y cumplimiento, reflejados en una selección objetiva, con sujeción estricta de los principios del estatuto contractual, que no desdibujen la esencia de los procesos contractuales convencionales. No se contradice la esencia del Gobierno Nacional en la búsqueda de un trato especial a la forma de contratación a través de un mecanismo de excepción para que las entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida

idoneidad, reciban aportes del Estado para realizar actividades que contribuyan al bienestar general y cumplir los fines del Estado Social de Derecho; sino del procedimiento aplicable para la selección de contratistas (ente asociado), que con el anterior régimen como se menciona en la sentencia en comento, debe a todas luces mantenerse un trato “sin tener en consideración favores o factores de afecto o de interés” que con el análisis antes expuesto se deja entrever que faltan aún aspectos relevantes para que este procedimiento genera en apego a los principios de igualdad, transparencia e imparcialidad.

II.III. SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE DIFERENTES ARTICULADOS DEL DECRETO 92 DE 2017, “POR EL CUAL SE REGLAMENTA LA CONTRATACIÓN CON ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO A LA QUE HACE REFERENCIA EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 355 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA”.

Finalmente es importante resaltar que el Consejo de Estado en auto calendado seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019), con Radicación: 11001-03-26-000-2018-00113-00 (62003), donde obra como Actor: Martín Bermúdez Muñoz y Demandado: el Departamento Nacional de Planeación y otros, dentro de la Acción: Nulidad por inconstitucionalidad, decide la solicitud de suspensión provisional formulada por la parte demandante dentro del presente asunto, así:

Las razones del Consejo de Estado:

1. Violación del artículo 115 de la Constitución Política de Colombia. Competencia para la expedición de la reglamentación. “Si el artículo 355 de la Constitución Política dispone que al Gobierno Nacional le corresponde reglamentar la contratación con las entidades sin ánimo de lucro, es evidente que, al ejercicio de tal potestad, no puede concurrir ninguna otra autoridad administrativa que no haga parte del Gobierno Nacional, así dependa de él en otros asuntos. (...).

2. Violación del artículo 211 de la Constitución Política, pues el presidente de la República –quien encabeza el “Gobierno Nacional”– sólo puede delegar a otra autoridad la

potestad de desarrollar una norma constitucional, siempre y cuando haya una ley que lo habilite expresamente para ello. El Presidente de la República se excedió en sus potestades “al delegar en una autoridad administrativa la posibilidad de expedir normas (a través de una “guía”) para la efectiva interpretación y aplicación del decreto acusado”.(...)

3. “El literal “a” del artículo 2 del decreto demandado puede ser violatorio del artículo 355 de la Constitución Política, pues, en primer lugar, exige que los contratos con las entidades sin ánimo de lucro correspondan directamente a los programas y actividades previstos en los planes de desarrollo y, en segundo lugar, limita el objeto de tales contrataciones a unos objetos específicos [promoción de los “... derechos de personas en situaciones de debilidad manifiesta o de indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica”], a pesar de que la norma reglamentada en modo alguno establece tal condicionamiento”. (...).

4. Restricción a la libre competencia. “En lo atinente al literal “c” del artículo 2 demandado, el despacho también lo considera violatorio de la norma constitucional acabada de citar, pues condiciona la posibilidad de celebrar los contratos con las entidades sin ánimo de lucro a la inexistencia de oferta en el mercado “... de los bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro ...” y, además, condiciona tal contratación a que, de existir oferta, la contratación con las entidades privadas sin ánimo de lucro “... represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo...”, eventos en los cuales –dice aquel literal–, se debe aplicar el Estatuto General de la Contratación Pública [ver, numeral 2.4.1 –pág. 20–]. (...).

Visto lo anterior el Consejo de Estado declaró la suspensión de algunos apartes del Decreto 092 de 2017, como medida cautelar mientras la Corte Constitucional resuelve de forma definitiva la constitucionalidad del Decreto, y a pesar de ello la contratación con Entidades de Lucro y Reconocida idoneidad, sigue rigiéndose por el Decreto 092 de 2017, en el cual se requiere el adelantamiento de un proceso competitivo, pues la parte del decreto que insta a las entidades estatales a hacer un PROCESO COMPETITIVO (incisos 1 y 2 del artículo 4° del decreto 092 de 2017) está plenamente vigente al igual que el artículo 5 artículo del Decreto

establece en comento, que permite la contratación con las ESAL cuando comprometa recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio, por ello las entidades continúan contratando a través de esta modalidad, bajo el régimen especial del inciso 2° del artículo 355 de La Constitución Política de Colombia.

Frente a la suspensión provisional se concluye que las Entidades Estatales podrán celebrar contratos de interés público con las ESAL siguiendo las siguientes pautas:

- i). Los ofrecimientos no deben ser condicionados a la inexistencia de un bien o servicios en el mercado.
- ii). No se puede condicionar la contratación a con justificación en la optimización de los recursos públicos en acatamiento de los presupuestos de eficacia, eficiencia, economía y manejo del riesgo.
- iii) La contratación debe celebrarse exclusivamente para el desarrollo de los planes nacionales o seccionales de desarrollo.
- iv). No es condicionable la contratación, a las actividades o programas relacionados en el literal a) del artículo 2°, simple mente la limitación basta en que la contratación debe basarse en el desarrollo de los planes nacionales o seccionales de desarrollo.

V9, Se sigue manteniendo las pautas de que el contrato no debe generar una contraprestación para el ente asociado, y las Esal no reciben instrucciones precisas para el desarrollo de las actividades objeto de contratación.

BIBLIOGRAFÍA

Cepeda, M. J. (1993). La constitución colombiana. *Credencial*(145), 34-36.

Colombia Compra Eficiente. (2018). Guía para la contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad expedida. *Guía de contratación*. Bogotá, Colombia: Colombia compra eficiente. Recuperado el 29 de 10 de 2021, de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf

Consejo de Estado, (2011) 31 de enero, Sección Tercera, Expediente No. 17767. Consejero Ponente: Olga Mélida Valle de la Hoz.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio civil, CP: Edgar González Díaz, 2018.

Constitución política. (1991). Constitución política nacional. Bogotá, Colombia: Gaceta oficial.

Constitución Política Nacional. (1886). Constitución nacional de Colombia. Bogotá, Colombia: Gaceta oficial.

Corte Constitucional, C-372 de 1994. (1994). <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Recuperado el 29 de 10 de 2021, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria:http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-372-94.htm>

Ley 489. (30 de 12 de 1998). Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. (43.464). Bogotá, Colombia: Diario Oficial.

Decreto 1403. (26 de 8 de 1992). Por el cual se modifica el Decreto 0777 de 1992. (40558). Bogotá, Colombia: Diario Oficial.

Decreto 777. (18 de 5 de 1992). Por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política. *Decreto reglamentario del artículo 355 de la constitución política nacional(40.451)*. Bogotá, Colombia: Diario Oficial.

Muñoz, M., (2018) “*Modificaciones al régimen especial de contratación de las entidades sin ánimo de lucro en Colombia*” artículo científico, 36(1), 17-18.

Orfale, R. F. (2012). *EVOLUCIÓN JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN COLOMBIA*. Recuperado el 29 de 10 de 2021, de <http://unilibrebaq.edu.co/ojsinvestigacion/index.php/advocatus/article/view/144>

Perez, C. E. (2017). *Convenios de asociación, a selección objetiva* Recuperado el 29 de 10 de 2021, de <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/cesar-eduardo-perez-400524/convenios-de-asociacion-a-seleccion-objetiva-2573943>

Sarmiento, L. M., & Suárez, S. P. (2014). *Estado actual de los mecanismos para la solución de conflictos contractuales en el Estado colombiano*. Recuperado el 29 de 10 de 2021, de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5572774.pdf>

Torres, A. I. (2010). *El Estado colombiano a partir de los años noventa ¿legitimidad o crisis?* Recuperado el 29 de 10 de 2021, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3630988>

Rios, C., (2005) “*El principio de transparencia y selección objetiva en el contrato de obra*” artículo científico, 36(1), 17-18.

Consejo de estado, Radicado. 11001-03-26-000-2017-00083-00 (59493). (2017).
Recuperado el 29 de 10 de 2021, de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30032623>