



# Desarrollo y actualidad normativa de los contratos de interés público derivados del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia de 1991

Ana María Perdomo Hernández<sup>1</sup>

## Resumen

El artículo 355 de la Constitución de 1991 prohíbe al Estado decretar auxilios en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado por las prácticas de corrupción que se presentaron en vigencia de los denominados *auxilios parlamentarios*. Sin embargo, establece la posibilidad para los entes territoriales de celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro que tienen como finalidad promover programas y actividades de interés público en favor de la comunidad, de acuerdo con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. En el marco de esta posibilidad de contratación, el Gobierno Nacional expide recientemente el Decreto 092 de 2017, que deroga en su totalidad la regulación contenida en los decretos 777 de 1992, 1403 de 1992 y 2459 de 1993 con el fin de frenar prácticas de corrupción generadas alrededor de esta figura y de establecer criterios y procedimientos objetivos de selección. En el presente escrito se realizará un análisis de los antecedentes normativos de la contratación con entidades sin ánimo de lucro y de su desarrollo actual en el Decreto 092 de 2017.

**Palabras clave:** Contratación pública; Entidades sin ánimo de lucro; Constitución Política de Colombia.

---

<sup>1</sup> Artículo realizado para optar por el título de Abogada, producto del curso de profundización en derecho administrativo denominado “Contratación Estatal 2”. Asesorado por el profesor Cristian Díaz Díez. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Correo electrónico: amaria.perdomo.h@gmail.com. Medellín - Colombia



# Desarrollo y actualidad normativa de los contratos de interés público derivados del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia de 1991

## Introducción

El 23 de enero del año 2017, el Gobierno colombiano expidió el Decreto 092 de 2017 que reglamenta directamente el artículo 355 de la Constitución con respecto a la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro y deroga expresamente, y en su totalidad, los Decretos 777 de 1992, 1403 de 1992 y 2459 de 1993 que se encargaban de esta regulación.

A través de la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro derivada del artículo 355 de la Constitución, se destinan recursos públicos para el desarrollo de finalidades sociales debidamente consignadas en los planes nacionales y seccionales de desarrollo del país. Es por ello que su estudio resulta pertinente, pues si bien no se trata de una figura contenida en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, se encuentra directamente establecida desde la Constitución de 1991 por la importancia social que reviste. La contratación pública con entidades sin ánimo de lucro hace parte de los *medios asociativos* a través de los cuales la administración:

(...) busca la colaboración de los particulares en contextos que pueden definirse en forma genérica como de participación, de administración concertada, de descentralización por colaboración o de fomento de actividades cuya realización interesa tanto al sector privado como al propio Estado (Chávez Marín, 2012, pág. 21)

El objetivo de este estudio es comprender a profundidad la figura de la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro, su evolución normativa y realizar un análisis sobre la regulación que establece el Decreto 092 de 2017 a la luz de la finalidad con la que fue expedido.

En este sentido, el escrito se desarrollará fundamentalmente en tres partes: (i) una revisión de los antecedentes de la figura de la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro contenida en el artículo 355 de la Constitución Política, (ii) un estudio de los elementos esenciales de la figura y de su desarrollo normativo y (iii) finalmente las conclusiones sobre el análisis de la idoneidad de este desarrollo y, particularmente del Decreto 092 de 2017, para materializar la finalidad de esta institución.

## 1. Antecedentes de la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro derivada del artículo 355 de la Constitución. Los auxilios parlamentarios

Antes de la Constitución de 1991, en Colombia existía una figura denominada “auxilios parlamentarios”, que tenía como finalidad destinar determinadas partidas presupuestales para apoyar a las comunidades en el logro de programas sociales y en la mejoría de su calidad de vida, a través de la satisfacción de sus necesidades básicas. Esta figura tenía como

fundamento el numeral 18 del artículo 76 de la Constitución de 1886; “Artículo 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: (...) 18. Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulos y apoyo” (Constitución Política de Colombia, 1886, artículo 76).

De acuerdo con la Asamblea Nacional Constituyente, la finalidad específica de esta figura fue “brindarle [a las comunidades] las ayudas que nunca son tenidas en cuenta en el presupuesto nacional y de esta manera satisfacer apremiantes necesidades en materia educativa, de salud y de otros servicios esenciales” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Como se encontraba establecido en la Constitución, estos auxilios parlamentarios eran canalizados a través de los miembros del Congreso. Su funcionamiento, de acuerdo con Duque Daza, era el siguiente:

El monto global de auxilios es acordado en la ley del presupuesto que pasa por plenarias en la Cámara y en el Senado, la cual debe ser firmada por el Presidente. El monto total se divide por el número de departamentos y, dentro de cada uno de estos, por el número de Congresistas. Cada congresista elabora una lista por ministerios y la envía a la Comisión IV de la Cámara y el Senado. El número de los auxilios depende de la voluntad del Congresista, si prefiere una mayor división en instituciones u obras más grandes en sus respectivos departamentos. Mediante esta gestión los congresistas atienden sus zonas de influencia electoral. En muchos casos los congresistas crean sus propias fundaciones u organizaciones que canalizan y distribuyen los recursos, o son apropiados para las campañas electorales. Según los cálculos de Jonathan Hartlyn (1993), en 1970 los auxilios representaron el 1.98% del presupuesto inicial del sector central de la nación. (Ver al respecto Díaz, 1986; Leal y Dávila, 1990)” (Duque Daza, 2005, págs. 35-36 pie de página número 7)

(...)

[Estos auxilios, en compañía de la burocracia estatal] son manejados por la dirigencia política regional y local. Los Congresistas cuentan con cuotas burocráticas y partidas de los auxilios, a nivel departamental y municipal los Diputados y Concejales entran en el reparto paritario de la burocracia. En esta dinámica, se estructura “desde arriba” una lógica del reparto de incentivos selectivos a partir de la cual se crea una red de aliados-subordinados cada uno de los cuales posee su propia clientela, cuya suma produce un caudal de electorado “amarrado” que permite la reproducción en el poder de los jefes, subjefes e intermediarios. (Duque Daza, 2005, pág. 36).

Como lo evidencia Duque Daza, el manejo de estos auxilios generó un nido de corrupción que cambió la destinación de los auxilios parlamentarios y los convirtió en fuentes de financiamiento de campañas políticas o de intereses particulares de cada congresista, situación que fue evidenciada en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente en

donde la ponencia sobre comisiones al exterior y auxilios parlamentarios indicaba, con respecto a estos auxilios parlamentarios, lo siguiente:

las destinaciones tuvieron que ver más con la financiación de las actividades partidistas y aún con intereses de tipo exclusivamente personal, que con las inquietudes comunitarias. Así se desprestigió notablemente este procedimiento, con perjuicio de la confiabilidad pública en el Congreso Nacional (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

De igual manera, en la Gaceta Constitucional No. 77 del 20 de mayo de 1991 se encuentra lo siguiente:

En la exposición de motivos se recoge el criterio de los Constituyentes sobre el particular, pudiéndose evidenciar sobre su total rechazo a la desnaturalización que, respecto de los fines y manejo, se generó sobre las partidas decretadas en la reforma constitucional de 1968, para el fomento de empresas útiles y benéficas de desarrollo regional lo cual allí se afirma se convirtió en una de las más importantes razones del desprestigio del Congreso Nacional (Como se cita en Corte Constitucional, Sentencia C 025, 1993).

En este contexto, la Constitución Política de 1991, en su artículo 355, prohíbe expresamente los auxilios parlamentarios y “todas aquellas prácticas que por los elementos que incorporen, puedan tener la virtualidad de revivir la proscrita figura de los auxilios” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 1168 de 2001) Sin embargo, en pro de mantener el apoyo de la Nación a actividades para el beneficio de la comunidad, estableció en el segundo inciso del artículo 355 la figura de la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro:

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.

En el precitado artículo, el constituyente plasmó su intención de mantener una figura contractual que fuese utilizada por determinadas entidades estatales pertenecientes al poder ejecutivo<sup>1</sup> para apoyar, a través de recursos públicos, “actividades de interés público”, y que éstas actividades fueran canalizadas, exclusivamente, a través de entidades sin ánimo de lucro con sujeción al Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo.

---

<sup>1</sup> La facultad para celebrar estos contratos se traslada del poder legislativo al poder ejecutivo con la Constitución de 1991 por la falta de transparencia que el legislativo había fomentado en el uso de la figura de los auxilios parlamentarios (Colombia Compra Eficiente, Subdirección de Gestión Contractual, Consulta 4201714000000425 citado en Rodríguez Tamayo, 2017, p. 3).

Sobre la finalidad de la figura, la Corte Constitucional a través de la sentencia C 324 de 2009, indicó lo siguiente:

Por último, la asamblea se empeñó en prohibir a las ramas y a los órganos del poder público decretar auxilios y donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. No obstante, y luego de un continuo forcejeo, a manera de excepción se aprobó un artículo de mi cosecha, el 355, para que, ayudadas por el fisco instituciones de reconocida idoneidad puedan seguir desarrollando sus tareas humanitarias en beneficio de los sectores más desprotegidos de la sociedad. Para acceder a tales recursos oficiales las instituciones deben pasar los controles y filtros que la norma impone, con el fin de evitar eventuales abusos y corruptelas. De allí que se exige la celebración de un contrato previo de las entidades privadas con el Gobierno en cualquiera de los niveles nacional, departamental, distrital o municipal. Además, deberán acreditar que se trata de entidades sin ánimo de lucro, probar su idoneidad y que realizan programas y actividades de interés público en consonancia con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. A la luz de esos términos de referencia, la norma citada autoriza al Gobierno para reglamentar la materia, en el entendimiento de que, a esas solicitudes, cuando procedan, se les dará satisfacción con los recursos de los presupuestos nacional, departamental, distrital o municipal, según el caso”.

Los contratos públicos con entidades sin ánimo de lucro fueron regulados, inicialmente, por el Decreto 777 de 1992, que establecía los parámetros para el desarrollo de los mismos. Esta regulación se encuentra contenida en decretos del Gobierno Nacional por autorización expresa de la Constitución. Sin embargo, desde sus antecedentes, su creación en 1991 y su primera regulación en 1992, la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro ha estado inmersa en un contexto de corrupción que ha llevado al abuso de esta figura desviándola de su finalidad. En este contexto, el entonces presidente Juan Manuel Santos suscribió el Decreto 092 de 2017 afirmando que con éste “frenamos en seco los abusos en la contratación directa con estas entidades sin ánimo de lucro, que han causado la pérdida y desviación de billones de pesos anuales que debían ir a la población, sobre todo a la más vulnerable” (Presidencia de la República, 2017).

A continuación, se estudiarán los principales elementos de esta figura y la regulación normativa contenida en los decretos precitados a la luz de su idoneidad para atacar el problema de corrupción y para materializar la finalidad plasmada por el constituyente en su artículo 355.

## **2. Regulación normativa de los contratos de interés público derivados del artículo 355 de la Constitución**

Como se indicó en el acápite anterior, los contratos de interés público con entidades sin ánimo de lucro derivados del artículo 355 de la Constitución Política son aquellos que celebra el gobierno en sus niveles nacional, departamental, municipal y distrital con entidades sin

ánimo de lucro (ESAL) para el logro de finalidades de interés público contenidas en el Plan Nacional de Desarrollo y los planes seccionales de desarrollo.

Chávez Marín (2012) y parte de la doctrina nacional considera que los contratos estatales y los convenios de la administración son dos categorías independientes y que la denominación correcta para los contratos celebrados en virtud del artículo 355 de la constitución es la de *convenios de la administración*.<sup>2</sup> Lo anterior a partir de la distinción que él denomina *causal, finalista o sustancial* entre los contratos y los convenios, reconociendo que en el ámbito formal ambas figuras se asemejan por ser acuerdos de voluntades. Dicha distinción se sintetiza de la siguiente manera:

(...) el contrato es aquel acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, en el cual los sujetos que intervienen lo hacen guiados por intereses disímiles y contrapuestos; mientras que el convenio es un negocio jurídico que participa también del carácter formal de la condición contractual, es decir, consiste en un acuerdo de voluntades, pero vincula a las personas con el ánimo de obtener la realización de fines de interés de ambas partes (Chávez Marín, 2012, pág. 81).

Además de la distinción anterior, Chávez Marín asegura que:

(...) la expresión de la gestión administrativa a través del convenio se ha visto sustentada por una práctica reiterada de la utilización de esta figura con unos fines que superan el puro interés patrimonial o contraprestacional atribuido tradicionalmente al contrato administrativo (2012, pág. 31).

Esta última afirmación no se comparte en la medida en que el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 establece como finalidad de la contratación estatal y, específicamente de los contratos estatales, el cumplimiento de los fines estatales con la colaboración de los particulares y no únicamente una finalidad patrimonial para las partes.<sup>3</sup> En ese sentido, las finalidades brindadas a la contratación estatal en la Ley 80 de 1993 y las finalidades constitucionales de los contratos de la administración con entidades sin ánimo de lucro son asimilables en la

---

<sup>2</sup> De acuerdo con Chávez Marín, los convenios de la administración son el género dentro del cual se encuentran los *convenios interadministrativos*, celebrados entre entidades estatales; y los *convenios administrativos*, dentro de los cuales se encuentran los convenios del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia (2012, p. 24).

<sup>3</sup> Ley 80 de 1993. Artículo 3. ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan 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 consecución de dichos fines.

<Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

medida en que en ambas figuras confluyen el Estado y los particulares para el desarrollo de una finalidad de interés público.

Inclusive, el aparte que indicaba que una de las finalidades del particular era la obtención de utilidades fue derogado por el artículo 32 la Ley 1150 de 2007 teniendo en cuenta que la finalidad del contrato estatal no es garantizar utilidades al particular, sino cumplir con los cometidos estatales.

De acuerdo con Chávez Marín, la definición de los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro es la 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* (cursiva en el texto original) (2012, pág. 401).

Teniendo en cuenta que no es del resorte del presente escrito profundizar en la discusión conceptual planteada por Chávez Marín,<sup>4</sup> para efectos de este texto se utilizará el concepto de *contrato* atendiendo a la literalidad del texto constitucional y de los instrumentos normativos que se han encargado de estos contratos, así como a la posición esbozada por Rodríguez Tamayo según la cual “del propio texto del precitado artículo [artículo 355 de la Constitución] se deriva que el Constituyente se refirió a la celebración de contratos y no convenios” (2017, pág. 1).

Así mismo, la definición de contrato contenida en el artículo 1495 de Código Civil no se compagina con la definición asumida por Chávez Marín, pues no hace referencia a la contraposición de intereses. La definición del Código Civil sobre contrato es la siguiente: “Artículo 1495. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.”

La definición anterior da cuenta de que un contrato no necesariamente presupone la existencia de intereses contrapuestos, pues basta que exista un acuerdo de voluntades en el que ambas partes se obliguen a alguna prestación específica de dar, hacer o no hacer. En el contrato de interés público derivado del artículo 355 de la Constitución existen dos partes que se obligan a unas prestaciones con una finalidad específica de cooperación en beneficio de la comunidad, lo cual cumple con los requisitos del artículo 1495 para considerarse un contrato. De igual manera, la existencia de contratos unilaterales y gratuitos (artículos 1496

---

<sup>4</sup> Chávez Marín, A.R. (2012) *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. Segunda edición*. Primera parte. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. Para profundizar sobre la tesis según la cual los convenios de la administración y los contratos administrativos son figuras jurídicas distintas y autónomas.

y 1497 del Código Civil respectivamente) nos indica que existen ciertos contratos en los que una de las partes no ve ninguna utilidad o no contrae ninguna obligación por lo que no existe contradicción de intereses en el sentido descrito por Chávez Marín.

Retomando la figura de los contratos de la administración con entidades sin ánimo de lucro, de manera general, Rodríguez Tamayo discrimina los tres elementos principales de este tipo de contratación de la siguiente manera:

- **Entidad contratante.** Se trata de “entidades estatales que integran el Gobierno Nacional, departamental, distrital o municipal” (Rodríguez Tamayo, 2017, pág. 3). El Decreto 777 de 1992 establecía que también podrían ser celebrados por los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta de los órdenes nacional, seccional y local (Chávez Marín, 2012, pág. 402) con la autorización expresa del representante legal de la Nación o la entidad territorial correspondiente.

El Decreto 092 de 2017 guarda silencio frente a estas entidades e indica que las entidades contratantes son el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal. Sin embargo, la Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad (en adelante la Guía) enumera las entidades estatales a las cuales se refiere el Decreto 092 de 2017 para efectos de la contratación pública del artículo 355 de la Constitución. Al respecto indica lo siguiente:

Entidad estatal: Los ministerios, departamentos administrativos, y demás instituciones que hacen parte del gobierno nacional, los departamentos, el distrito capital, los distritos y municipios, las demás entidades territoriales creadas por la ley que hacen parte de los gobiernos departamentales, distritales y municipales (Colombia Compra Eficiente, 2016, pág. 6).

De acuerdo con el artículo 115 de la Constitución Política de 1991, las instituciones que hacen parte del Gobierno Nacional son las siguientes: Presidente de la República, ministros de despacho y directores de departamento administrativo.

El artículo 286 de la Constitución Política de 1991 indica que las entidades territoriales son los “departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas” y que la ley puede establecer como entidades territoriales “a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley”. Como complemento de esta definición se encuentran las entidades contenidas en la Ley 1454 de 2011 y la Ley 1625 de 2013, a saber, regiones administrativas y de planificación, las regiones de planeación y gestión, las asociaciones de departamentos, las áreas metropolitanas, las asociaciones de distritos especiales, las provincias administrativas y de planificación, y las asociaciones de municipios.

Con respecto a los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta, si bien no es objeto del presente artículo profundizar sobre este tema puntual, teniendo en cuenta que actualmente no existe una norma que las autorice expresamente, no podrían celebrar los contratos derivados el artículo 355 de la Constitución.

- **Contratista.** Deben ser entidades sin ánimo de lucro de “reconocida idoneidad” (ESAL). Por lo tanto, no se pueden celebrar este tipo de contratos con personas naturales ni con personas jurídicas con ánimo de lucro. De acuerdo con la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, son entidades sin ánimo de lucro:

[...] aquellas 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. Este tipo de entidades no persiguen el reparto de utilidades entre sus miembros. Dentro de la clasificación de las entidades sin ánimo de lucro se encuentran cuatro (4) grupos: Asociaciones, corporaciones y fundaciones, Entidades de la Economía solidaria, Veedurías ciudadanas, Entidades extranjeras de derecho privado, con domicilio en el exterior (2017, pág. 8).

Chávez Marín expone un concepto que se considera lo suficientemente claro para definir a las entidades sin ánimo de lucro:

(...) personas jurídicas que trabajan por el beneficio o utilidad común y que como su nombre lo indica a través de una expresión negativa, no buscan la satisfacción de intereses lucrativos a su favor o a favor de quienes las integran y, como consecuencia, no implican el reparto de utilidades entre sus miembros con ocasión de su liquidación o en los periodos contables, sino que sus utilidades deben revertir o acrecer el objeto social respectivo (2012, p. 403).

De lo anterior se colige que la expresión “sin ánimo de lucro” hace referencia a la destinación final de las utilidades, la cual no puede ser el acrecimiento patrimonial de la persona jurídica o de las personas naturales vinculadas a ésta, sino la reinversión hacia el desarrollo del objeto social de la ESAL.

De acuerdo con el artículo 633 del Código Civil, las personas jurídicas sin ánimo de lucro pueden dividirse en corporaciones y fundaciones. Sin embargo, Gaitán Sánchez (2014, pág. 10), a través de la Cámara de Comercio, publicó la Guía práctica de las Entidades sin Ánimo de Lucro en la que establece cuáles son las principales clases de entidades sin ánimo de lucro, a saber:

- a. Fundaciones.
- b. Asociaciones y corporaciones.
- c. Entidades del sector solidario.

- d. Veedurías ciudadanas.
- e. Entidades extranjeras de derecho privado sin ánimo de lucro con domicilio en el exterior que establezca negocios permanentes en Colombia.

La tipología anterior concuerda con el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, por lo que, en resumen, las entidades sin ánimo de lucro presentadas por la Guía Práctica de las Entidades Sin Ánimo de Lucro y del Sector Solidario son quienes podrían celebrar los contratos del artículo 355 de la Constitución Política.

- **Finalidad.** Su finalidad debe ser el impulso de actividades que sean útiles a la comunidad, que materialicen el interés público en programas de alto impacto y trascendencia en la vida social. Según Rodríguez Tamayo, “las actividades que formen parte de un contrato de interés público deben alcanzar dimensiones amplias que se proyecten e impacten social y colectivamente a una comunidad con la búsqueda y el logro de propósitos generales e impersonales” (Rodríguez Tamayo, 2017, pág. 4).

Estos programas deben estar previstos en los planes de desarrollo. El Plan Nacional de Desarrollo, de acuerdo con el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y la Ley 152 de 1994, es el documento que brinda los lineamientos estratégicos de las políticas públicas del Presidente de la República, cuya elaboración y seguimiento corresponde al DNP. Se compone por una parte general en la cual se definen los objetivos y prioridades a mediano y largo plazo, así como los lineamientos generales de política económica, social y ambiental. Así mismo, contiene un plan de inversiones que establece “los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución y, sus fuentes de financiación” (Departamento Nacional de Planeación de Colombia, s.f.)

Por otra parte, los planes seccionales de desarrollo, que corresponden a las entidades territoriales, se encuentran regulados en los artículos 36 y siguientes de la Ley 152 de 1994. Allí se indica que estos planes deben seguir las mismas reglas del Plan Nacional de Desarrollo y, específicamente en el artículo 38, se establece que su finalidad es “garantizar el uso eficiente de los recursos y el desempeño adecuado de sus funciones” (Congreso de Colombia, 1994).

Esta finalidad de impulsar programas y actividades útiles a la comunidad es denominada por Chávez Marín, con fundamento en Vidal Perdomo, como una forma de materialización del principio de participación a través de actividades de fomento que buscan el “estímulo o persuasión de la actividad de los particulares con el fin de conducirlos a la obtención de fines que se ajustan a los intereses de la colectividad”

(Chávez Marín, 2012, pág. 335), intereses que para el caso en concreto se corresponden con los contenidos en el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo.

Simultáneamente, los contratos celebrados en virtud del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia pueden enmarcarse dentro de la materialización del principio de participación en forma de “colaboración convencional de los particulares” que tiene como finalidad la intervención de los particulares, en armonía con las entidades estatales, para el desarrollo de actividades de interés público. A este respecto se ha manifestado Tafur Galvis:

(...) [Se consideran] como supuestos principales de la intervención convencional de los particulares en actividades estatales, los siguientes: convenios para la prestación de servicios públicos; contratación para el cumplimiento de actividades significativas de funciones administrativas típicas, contratos o convenios para el desarrollo de actividades de interés público incluidas en el Plan General de Desarrollo o en los planes sectoriales (Cursiva en el texto original)”. (1993, citado en Chávez Marín, 2012, p. 342).

Los elementos de los contratos públicos con entidades sin ánimo de lucro fueron desarrollados inicialmente por el Decreto 777 de 1992, el Decreto 1403 de 1992, el Decreto 2459 de 1993 y, posteriormente, por el Decreto 092 de 2017. Por lo tanto, a continuación, se realizará una revisión de cada una de estas normas para analizar las diferencias entre la regulación del año 1992 y la del año 2017.

### **3. Decreto 777 de 1992 modificado por el Decreto 1403 de 1992 y el Decreto 2459 de 1993**

Como se explicó en los acápites anteriores, el artículo 355 de la Constitución de 1991 autorizó expresamente al Gobierno Nacional para expedir directamente, sin necesidad de una ley previa<sup>5</sup>, la regulación referente a los contratos de apoyo con entidades sin ánimo de lucro para impulsar programas y proyectos de interés público y beneficencia. En virtud de lo anterior, este tipo de contratos posee una regulación específica, una normativa especial que, en principio, es ajena al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, Sentencia del 15 de agosto de 2007).

Sin embargo, es importante señalar que el Decreto 777 de 1992 realizaba una remisión al Estatuto General en lo referente a la aplicación de cláusulas exorbitantes<sup>6</sup>, pero en lo demás se remitía al derecho privado. En la actualidad, el Decreto 092 de 2017 realiza una remisión expresa al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en temas como el

---

<sup>5</sup> “El reglamento autónomo constitucional se diferencia entonces del reglamento que desarrolla una ley, simplemente en que aquél no requiere ley previa, pues la propia Constitución ha establecido un ámbito especial que puede ser desarrollado directamente por el Gobierno” (Corte Constitucional, Sentencia C021 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón).

<sup>6</sup> Cláusulas excepcionales en el actual Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

régimen de inhabilidades e incompatibilidades y la aplicación de los principios de la contratación estatal, temas que serán revisados en acápite posteriores.

De la misma manera, el Consejo de Estado ya había señalado que, si bien la contratación con entidades sin ánimo de lucro tiene una regulación especial, a ésta deben aplicarse las normas del Estatuto General de Contratación en lo relativo, especialmente, al régimen de inhabilidades e incompatibilidades y a los principios de la contratación estatal (Consejo de Estado de Colombia, Sección Tercera, sentencia del 5 de diciembre de 2016).

El Decreto 777 de 1992 iniciaba su articulado indicando que los contratos celebrados en virtud del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución son solemnes, lo que quiere decir que debían ser elevados a escrito, y que se someterían a las normas de derecho privado con excepción a lo regulado en el decreto y en lo referente a las cláusulas exorbitantes que consagraba el antiguo estatuto de contratación, Decreto 222 de 1983, y que actualmente se encuentran reguladas en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Ley 1474 de 2011.

El Decreto 1403 de 1992 agregó que los contratos cuya cuantía supere los 100 SMMLV debían ser publicados “en el Diario Oficial o en lo[s] respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial”, así como el requisito de aprobación del Consejo de Ministros para los contratos superiores a 5.000 SMLMV. Este último requisito fue eliminado para los contratos celebrados por la Nación y por los establecimientos públicos a través del artículo 2 del Decreto 2459 de 1993.

En el artículo 1 del Decreto 777 de 1992, modificado por el Decreto 1402 de 1992, se encontraba definida la **reconocida idoneidad** 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” y se indicaba que la reconocida idoneidad debía ser debidamente motivada a través de acto administrativo. Esta definición se complementaba, para efectos de la contratación en el sector salud, en el artículo 18 del decreto que indicaba lo siguiente:

Las instituciones privadas sin ánimo de lucro del sector salud demostrarán su reconocida idoneidad para el cumplimiento del objeto contractual de que trata el inciso 2 del artículo 355 de la Constitución Política, mediante la certificación de que las mismas se encuentran inscritas en el Registro Especial de personas que prestan servicios de salud debidamente clasificadas y calificadas, conforme a las normas pertinentes. El respectivo contrato sólo podrá versar sobre las actividades que puede desarrollar la entidad de acuerdo con la clasificación y calificación correspondiente.

Luego de definir los requisitos de la contratación con entidades sin ánimo de lucro, hacía referencia a aquellos contratos a los cuales no se les aplica su regulación, a saber: (i) contratos que implicaran una contraprestación directa a favor de la entidad pública y que podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas con ánimo de lucro, (ii) las transferencias que realizaran las

entidades territoriales a personas de derecho privado para el desarrollo de una función pública o la prestación de un servicio público por mandato legal o constitucional,<sup>7</sup> (iii) contratos con personas jurídicas creadas por entidades públicas o en cuya dirección exista representación de la entidad pública contratante y (iv) subsidios o asistencias a personas naturales.

En vigencia del Decreto 777 de 1992, las ESAL que celebraban este tipo de contratos, tenían la obligación de constituir garantías de manejo y cumplimiento cuya cuantía se encontraba a discreción de la entidad contratante. Esta obligación tenía como excepción el artículo 19 del Decreto 777 de 1992 relativo a la contratación con ESAL del sector salud cuando existiera concepto favorable de la Dirección Nacional, Seccional o Local del Sistema de Salud en virtud del tipo de servicios que prestaran, su situación financiera y su incidencia social. También se establecía la presencia de un interventor que podía ser designado por la entidad contratante o por la comunidad, asociaciones cívicas, profesionales, comunitarias o juveniles.

Teniendo en cuenta que en la contratación con ESAL las entidades contratantes solo podían destinar recursos dinerarios<sup>8</sup> y de ninguna manera bienes muebles o inmuebles o algún otro tipo de activo patrimonial del Estado, el Decreto 777 de 1992 estableció como requisito para su celebración la expedición del Certificado de Disponibilidad Presupuestal (CDP) que aseguraba la existencia de apropiación presupuestal disponible para los respectivos contratos.

Se aclaraba que no existía relación laboral entre la entidad contratante y las personas que la ESAL contratara para el desarrollo de la actividad. Además, se establecía un régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades<sup>9</sup> que, como se indicó, se sumaba al régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto General de Contratación, se imponía la obligación de las ESAL de destinar los recursos que recibían por parte de la entidad

---

<sup>7</sup> Las transferencias, las apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas de carácter público o de participación mixta y los subsidios no requieren de la celebración de un contrato ni están sujetas al cumplimiento de la normatividad que desarrolla el artículo 355 de la Constitución Nacional (Chávez Marín, 2012, p. 412-413).

<sup>8</sup> 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” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Rad: 11001-03-06-000-2009-00039-00(1957) de 2009, M.P. Enrique José Arboleda Perdomo).

<sup>9</sup> El artículo 9 del decreto 777 de 1992 establece las siguientes incompatibilidades especiales: (i) Tener la calidad de servidores públicos que ejerzan autoridad civil o política en el territorio dentro del cual le corresponda ejercer sus funciones a la entidad pública contratante, (ii) Ser miembros de corporaciones públicas con competencia en el territorio dentro del cual le corresponda ejercer sus funciones a la entidad pública contratante, (iii) Ser cónyuge, compañero permanente o parientes de las personas que ejerzan cargos de nivel directivo en la entidad pública contratante.

contratante exclusivamente al desarrollo del objeto del contrato, y se exigía que las ESAL debían estar constituidas con seis meses de antelación a la celebración del contrato y su duración no podría ser inferior al término del contrato y un año adicional.

Finalmente, se indicaba que este tipo de contratos estaba sujeto a control fiscal y que la entidad contratante podía terminarlos de manera unilateral cuando existiera incumplimiento y podía exigir la indemnización de perjuicios que se hayan causado.

#### **4. Decreto 092 de 2017**

Como se indicó al inicio de este capítulo, el 23 de enero del año 2017, el Gobierno colombiano expidió el Decreto 092 de 2017, nueva reglamentación para el artículo 355 de la Constitución con respecto a la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro, que derogó expresamente, y en su totalidad, el Decreto 777 de 1992 y sus decretos complementarios.

Con este decreto, en el marco de la pretendida lucha contra la corrupción, el entonces Presidente Juan Manuel Santos buscaba “frena[r] los abusos en materia de contratación directa con las entidades sin ánimo de lucro” (Colombia Compra Eficiente, SF) que se venían presentando con la regulación del Decreto 777 de 1992, pues este decreto permitía la contratación directa con entidades sin ánimo de lucro, lo que promovió que se revivieran prácticas clientelistas con estas entidades, relacionadas con los dirigentes de las entidades territoriales o, incluso, fundadas por ellos mismos o por sus familiares para su beneficio particular. De acuerdo con las declaraciones del entonces Presidente Santos el 27 de enero de 2017, en el país:

[...] fundaciones creadas o manipuladas por personas corruptas eran y todavía son usadas para contratar y robarle al Estado, a los ciudadanos, los recursos públicos. También se usaban para financiar supuestas actividades de beneficencia, cuando en realidad era para otros fines (Presidencia de la República, 2017).

Sin embargo, es importante señalar que algunas ONG estuvieron en desacuerdo con la firma de este decreto, pues aseguraban que no fueron consultadas y que, si bien existían prácticas de corrupción con el uso de esta figura, no todas las entidades sin ánimo de lucro eran utilizadas para fines distintos a los consagrados en la Constitución (Redacción de Análisis, 2016).

Esto sumado a la expedición del Decreto 2150 de 2017<sup>10</sup> que le imponía cargas excesivas a las pequeñas ESAL bajo la premisa de que la mayoría presentaban problemas de corrupción, implementó barreras adicionales a las pequeñas ESAL que no eran utilizadas como instrumentos de desviación de recursos públicos. Sobre este último decreto, distintas

---

<sup>10</sup> Régimen tributario especial para Entidades sin ánimo de lucro.

organizaciones manifestaron su inconformidad a través de una carta al Ministerio de Hacienda en la cual expresaron:

la norma desconoce la naturaleza de múltiples ESAL, las cuales seguramente no podrán mantenerse dentro del régimen especial y pueden incluso desaparecer. Esta posibilidad incrementaría la informalidad en el sector, lo cual es desafortunado e inconveniente si se pretende fortalecer el sector social, solidario y comunitario (Eje 21, SF).

Retomando lo establecido por el Decreto 092 de 2017, se encuentra en el primer artículo que esta norma regula los contratos a los que se refiere el inciso segundo del artículo 355 constitucional y, además, establece que:

[P]ara la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúsculas inicial deben ser entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– para la aplicación del presente decreto.

Este inciso actualmente se encuentra demandado de nulidad ante el Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2017), pues Colombia Compra Eficiente no es una institución que haga parte del Gobierno Nacional y, en este inciso, se está delegando la competencia de regulación que fue expresamente establecida por el constituyente a una entidad que no fue autorizada por la Constitución. Sin embargo, en la actualidad se cuenta con la Guía de Colombia Compra Eficiente para la Contratación con Entidades Sin Ánimo de Lucro expedida en el marco de la regulación del referido decreto.

Se mantiene el requisito según el cual el objeto de la contratación debe ser el impulso de programas y proyectos de acuerdo con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes seccionales de desarrollo. Rodríguez Tamayo (2017, p. 4) expone que “las actividades que formen parte de un contrato de interés público deben alcanzar dimensiones amplias que se proyecten e impacten social y colectivamente a una comunidad con la búsqueda y el logro de propósitos generales e impersonales”. Sin embargo, existe un cambio con respecto a las entidades contratantes que fue expuesto en el acápite II (ver supra pág. 12).

En el artículo 2 del decreto se establecen las condiciones para acudir a este tipo de contratación, a saber:

a. Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previsto en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, de acuerdo con el nivel de la Entidad Estatal, con los cuales esta busque exclusivamente promover los derechos de personas en situaciones 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;

- b. Que el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato; y
- c. Que no exista oferta en el mercado de los bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo. En los demás eventos, la Entidad Estatal deberá aplicar la Ley 80 de 1993, sus modificaciones y reglamentos.

En virtud de lo anterior, si un departamento o municipio desea realizar un programa de atención en salud para los niños y niñas menores de 10 años en una zona rural golpeada por el conflicto armado, tendrá que verificar que este programa pueda enmarcarse en el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo y, además, que cumpla con uno de los requisitos del artículo 2 del Decreto 092 de 2017, los cuales serían para este caso la promoción de derechos para las personas en situación de debilidad manifiesta y el derecho a la paz, por ejemplo.

De igual manera, si un departamento o municipio pretende realizar una actividad de promoción cultural de las comunidades indígenas de su territorio, podría realizarla de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, siempre y cuando este tipo de programas se encuentren previstas en el Plan Nacional o en los planes seccionales de desarrollo.

Se puede observar que se mantienen algunas condiciones del Decreto 777 de 1992 en lo relativo a la finalidad de la contratación, que emana directamente de la Constitución, que no debe existir una contraprestación directa a favor de la entidad y además agrega que la entidad no debe brindar instrucciones al contratista para desarrollar el objeto, pues se trata de un contrato de apoyo a una actividad en la que el contratista tiene experiencia. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha indicado que:

[S]i lo que quiere [la entidad pública] es fomentar un programa o una actividad de interés general en alianza con un particular sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con aportes mutuos de cualquier naturaleza, se estará en la posibilidad contemplada en el artículo 355 de la Carta (Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 2008, pág. 5).

Finalmente, agrega que los bienes, “obras” y servicios no deben existir en el mercado de las sociedades comerciales o que las ofertas realizadas por la ESAL representen mayor eficiencia en la utilización de los recursos públicos. Una incorrecta interpretación de este último inciso puede dar lugar al uso de la figura de contratación pública con entidades sin ánimo de lucro del artículo 355 con la finalidad de desviar un contrato de obra que tendría que ser celebrado

bajo las condiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Por lo tanto, la aplicación del presente inciso debe realizarse de forma cuidadosa, pues la posibilidad de celebrar contratos de obra a través de esta modalidad se encuentra sujeta a los requisitos del artículo 355 de la Constitución (concordancia con el PND y los planes seccionales de desarrollo) y los requisitos del artículo 2 del Decreto 092 de 2017.

En ese sentido, si un municipio o un departamento desea realizar un proyecto escolar para la promoción del deporte en niños y niñas víctimas del conflicto armado o para niños y niñas pertenecientes a una comunidad afrodescendiente, para lo cual requiere la construcción de una cancha que se entregaría a la comunidad para la práctica del deporte específico, podría realizarse esta contratación con una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad a través del artículo 355 de la Constitución, después de verificar el cumplimiento de todos los requisitos mencionados y prestando especial atención a que este contrato no implique ninguna contraprestación directa a favor de la entidad estatal.

Al respecto resulta pertinente el concepto con radicado No. 1626 del 24 de febrero de 2005 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el cual, el Ministerio de Interior y Justicia a solicitud de la Directora del Departamento Jurídico y de Contratación de la Gobernación del Quindío, eleva consulta a la Sala, en relación con la viabilidad jurídica de celebrar convenios entre el Departamento del Quindío y el Comité de Cafetero con fundamento en el inciso 2° del artículo 355 de la Constitución con el fin de realizar un proyecto de construcción y mejoramiento de vías. En virtud de esta consulta, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado manifiesta que no es posible realizar este tipo de contratos con fundamento en el inciso 2 del artículo 355 de la Constitución, teniendo en cuenta que

la apropiación de dineros para inversiones públicas, tales como, construcción, mantenimiento y reparación de la infraestructura vial departamental, se enmarca dentro de las funciones de la entidad pública, las cuales debe cumplir de conformidad con las disposiciones presupuestales y de contratación vigentes (Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 2005, pág. 9).

Así mismo, manifiesta que este tipo de obras implican una contraprestación directa a favor de la entidad estatal

De otro lado, como se trata de convenios que implican "*una contraprestación directa a favor de la entidad pública*", cual es la ejecución de las obras públicas contratadas, contravendrían lo previsto en el numeral 1o. del artículo 2o. del decreto 777 de 1.992, en razón a que los contratos del artículo 355 se rigen por las disposiciones reglamentarias expedidas por el Gobierno Nacional (cursiva en el texto original) (Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 2005, pág. 10).

Por lo anterior, es importante que si se trata de un contrato de obra se verifique de manera cuidadosa si éste cumpliría los requisitos para ser celebrado en virtud del artículo 355 de la Constitución. De lo contrario, tendrá que seguirse la contratación indicada por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de acuerdo con la cuantía y los demás criterios previstos en dicho estatuto.

Por otra parte, el Decreto 092 de 2017 crea la figura de “Documentos del Proceso” en los que se debe dejar registro de todo el proceso de contratación y justificar la selección que se realice del contratista. De acuerdo con la Guía de Colombia Compra Eficiente (2016, pág. 5), los Documentos del Proceso son:

(a) los estudios y documentos elaborados en la etapa de planeación; (b) los documentos en los cuales la Entidad Estatal establece los términos y condiciones para seleccionar la entidad privada sin ánimo de lucro cuando hay lugar a competencia de acuerdo con el artículo 4 del Decreto 092 de 2017; (c) la explicación que contenga la correspondencia entre las Entidades Estatales y las entidades privadas sin ánimo de lucro interesadas en el Proceso de Contratación sobre el mismo; (d) las ofertas presentadas por las entidades privadas sin ánimo de lucro cuando hay lugar a competencia de acuerdo con el artículo 4 del Decreto 092 de 2017; (e) los informes de evaluación de las ofertas cuando hay lugar a competencia de acuerdo con el artículo 4 del Decreto 092 de 2017; (f) el contrato y sus modificaciones; (g) los subcontratos que suscriba la entidad privada sin ánimo de lucro para ejecutar el objeto del contrato que desarrolla el programa o actividad prevista en el plan de desarrollo; (h) los documentos que recojan información sobre la ejecución del programa o actividad del plan de desarrollo por parte de la entidad privada sin ánimo de lucro; e (i) cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación.

Así mismo, el inciso 3 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017 establece, como condición para la celebración de estos contratos la autorización expresa del representante legal de la entidad, competencia que no podría ser delegada. Este último aspecto también se encuentra demandado ante el Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2017), pero no se encuentra el motivo específico, por lo que se puede suponer que la demanda se debe, entre otros, a que el Gobierno Nacional no tiene la competencia para establecer o restringir la delegación de competencias, pues la facultad de regular el ejercicio de la función pública compete al legislador de acuerdo con el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución Nacional. En el artículo 3° se define la reconocida idoneidad, así:

Artículo 3. Reconocida idoneidad. La entidad sin ánimo de lucro es de reconocida idoneidad cuando es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación y cuenta con experiencia en el objeto a contratar. En consecuencia, el objeto estatutario de la entidad sin ánimo de lucro le debe permitir a esta desarrollar el objeto del Proceso de Contratación que adelantará la Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal.

La Entidad Estatal debe definir en los Documentos del Proceso las características que deben acreditar la entidad sin ánimo de lucro. Para tal efecto, deberá tomar en consideración las pautas y criterios establecidos en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, la cual deberá tener en cuenta las normas de transparencia y acceso a la información 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 conflicto de intereses.

La definición citada se complementa con los criterios establecidos por la Guía de Colombia Compra Eficiente, a saber:

- (i) Correspondencia del objeto de la entidad privada sin ánimo de lucro y el programa o actividad prevista en el plan de desarrollo. Se resalta la importancia de que el objeto social de la ESAL guarde correspondencia con el objeto del contrato, pues de esta manera se podría evitar que a través de una ESAL se canalicen todos los recursos y contratos de una entidad pública.
- (ii) Capacidad del personal de la entidad privada sin ánimo de lucro. De acuerdo con la Guía de Colombia Compra Eficiente:

[L]a Entidad Estatal puede pedir evidencia de que la entidad privada sin ánimo de lucro cuenta con el equipo misional, técnico y administrativo necesario para cumplir con el programa o actividad del plan de desarrollo y de adaptarse rápidamente, vinculando y entrenando nuevas personas (2016, pág. 13).
- (iii) Experiencia. Al respecto se debe observar que las entidades sin ánimo de lucro tengan una trayectoria en la ejecución de proyectos relacionados con el objeto del contrato. De acuerdo con la Guía de Colombia Compra Eficiente, esta experiencia debe corresponderse con la complejidad del objeto del contrato (2016, pág. 13).
- (iv) Estructura organizacional. Con este criterio, se busca determinar “la madurez de la organización en sus procedimientos, el manejo de la información y en general su gobierno corporativo” (2017, pág. 14). En este punto se verifica la existencia de un gobierno corporativo, estados financieros auditados, política documentada de conflictos de interés, política de manejo de riesgos operativos y archivo de documentos y política documentada de compensación de administradores y miembros de junta.
- (v) Indicadores de la eficiencia de la organización a partir de los estados financieros en los cuales se demuestre que la ESAL tiene un mayor porcentaje de gasto en proyectos que en su propio funcionamiento. Este punto llama la atención, pues en principio evitaría la inflación de salarios de los funcionarios de las ESAL o la inflación de los costos de funcionamiento como canal de desviación de recursos públicos.

- (vi) Reputación. De acuerdo con la Guía (2017, pág. 16) “la reputación es un elemento subjetivo que consiste en la representación mental colectiva sobre las acciones y resultados obtenidos en el pasado por una persona u organización que describe su habilidad para entregar los resultados deseados”. Este instrumento recomienda medir la reputación de la ESAL a partir de grupos focales aplicados a las comunidades en las cuales tendría impacto el proyecto a desarrollar.

Los criterios establecidos por la Guía de Colombia Compra Eficiente, que deberían ser aplicados durante los procesos de selección permeados por los principios y la regulación subsidiaria del Estatuto General De Contratación de la Administración Pública por remisión expresa del artículo 8 del Decreto 092 de 2017, evidencian una intención de establecer criterios unificados y exigentes para los procesos de selección aplicables a todas las entidades que contraten a través de este tipo de modalidad evitando discrecionalidad en la definición de los componentes de la reconocida idoneidad.

Sin embargo, la estandarización, rigidez y elevación de requisitos de tipo organizacional como la capacidad de personal, estructura organizacional e indicadores de eficiencia para acceder a la contratación con el Estado, podría afectar a pequeñas entidades sin ánimo de lucro que no hayan tenido prácticas de corrupción y que no cuentan con los recursos para satisfacer todos los requerimientos establecidos por Colombia Compra Eficiente y por los procesos de selección, a la vez que favorecería a entidades sin ánimo de lucro alimentadas y fortalecidas a través de las prácticas de corrupción y que cuentan con toda la estructura financiera y organizacional para continuar accediendo con ventajas a la contratación con entidades públicas. Así mismo, procesos estandarizados a nivel nacional podrían no ser aplicables en municipios de quinta o sexta categoría por no responder a sus necesidades y a sus particularidades.

Un avance significativo en busca de la transparencia es que el artículo 4 del Decreto 092 de 2017 establece un proceso competitivo entre entidades sin ánimo de lucro que puedan desarrollar el objeto propuesto en el plan de desarrollo. Este proceso competitivo será determinado por cada entidad, lo que representa una dificultad práctica para las entidades sin ánimo de lucro que deben ceñirse a variados procesos de selección dependiendo de la entidad estatal, lo que se añade a la dificultad que pueden tener las pequeñas entidades sin ánimo de lucro para concurrir a estos procesos, asumir sus costos y competir con entidades sin ánimo de lucro de un músculo financiero fuerte y, por lo tanto, algunos sectores de la población podrían quedar desprotegidos, pues si bien el decreto pretende acabar con prácticas de corrupción, la realidad es que también existen entidades sin ánimo de lucro pequeñas que no incurren en prácticas de corrupción y que se verían afectadas con estas nuevas modalidades y requisitos para la contratación.

El último inciso del artículo 4 del Decreto 092 de 2017 incurre en una posible nulidad por violación directa de la Constitución, pues establece que:

las Entidades Estatales no están obligadas a adelantar el proceso competitivo previsto en este artículo cuando el objeto del Proceso de Contratación corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos.

En este punto, como ya se indicó, la Constitución prohíbe expresamente decretar auxilios en favor de personas naturales y solo establece la posibilidad de celebrar los contratos del artículo 355 con entidades sin ánimo de lucro que, por definición, se constituyen como personas jurídicas, por lo que no sería posible un contrato de interés público derivado del artículo 355 de la Constitución con una persona natural debido a que no existe habilitación constitucional para hacerlo.

Finalmente, el Decreto 092 de 2017 establece que será aplicable a los contratos celebrados en virtud del artículo 355 de la Constitución el régimen de inhabilidades, prohibiciones e incompatibilidades del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, así como sus principios y sus normas. De igual manera, establece la obligación de las entidades de publicar los documentos del proceso en el SECOP como garantía de transparencia, lo que constituye un avance en la búsqueda de transparencia para este tipo de contratación.

Cabe señalar que, si bien no se dice nada acerca de las garantías, en aplicación de la normatividad del estatuto general de contratación estatal, éstas deberán ser exigidas en los términos del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En ese sentido, es importante revisar la Guía de garantías en los procesos de contratación de Colombia Compra Eficiente (Colombia Compra Eficiente, 2014).

De acuerdo con los artículos 2.2.1.2.1.4.5 y 2.2.1.2.1.5.4 del Decreto 1082 de 2015, los contratos en las modalidades de contratación directa, mínima cuantía y adquisición en Grandes Superficies, la exigencia de garantías es opcional y debe justificarse. En los demás tipos de contratos, dentro de los cuales estarían también los contratos del artículo 355 de la Constitución, las garantías de seriedad de la oferta y de cumplimiento son obligatorias.

La Guía de garantías en procesos de contratación (Colombia Compra Eficiente, 2014, pág. 5), con fundamento en el artículo 2.2.1.2.3.1.1 del Decreto 1082 de 2015, indica que los riesgos que se deben cubrir mediante garantías en los procesos de contratación son los siguientes:

1. Selección.
2. Contratación y ejecución.
3. Obligaciones posteriores a la ejecución.

Finalmente, el artículo 2.2.1.2.3.1.2 indica tres tipos de garantía que pueden ser otorgadas para el cumplimiento de las obligaciones del contratista, a saber: (i) contrato de seguro, (ii) patrimonio autónomo y (iii) garantía bancaria.

Sobre la exigencia de garantías, existe la necesidad de una regulación especial con respecto a los contratos con entidades sin ánimo de lucro en virtud del artículo 355 de la Constitución que esté acorde a la finalidad de los mismos. Lo anterior teniendo en cuenta que no parece idóneo aplicar las garantías de la misma manera en la cual se aplican en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública por la especialidad de la contratación y por la calidad de los contratistas que, se reitera, en ocasiones son fundaciones o corporaciones pequeñas que no cuentan con la capacidad económica para celebrar contratos en los estrictos términos establecidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

## **5. Conclusiones**

Como se vio, los contratos estatales con entidades sin ánimo de lucro establecidos en el artículo 355 de la Constitución Política de 1991, tienen como finalidad promover actividades benéficas para la comunidad a través de ejecución de proyectos por parte de dichas entidades con el apoyo del Estado. Sin embargo, la desviación de recursos a través de este tipo de contratación, desvirtuando la institución y sus finalidades, ha llevado a que el Gobierno Nacional busque, a través de la regulación normativa, frenar los abusos y la corrupción en este campo. En este contexto, se expide el Decreto 092 de 2017 que tiene como finalidad imprimir transparencia a la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro.

Dentro de los principales cambios que trae este Decreto, está la ampliación del concepto de reconocida idoneidad a través de la Guía de Colombia Compra Eficiente, la creación de la figura de “Documentos del Proceso” para plasmar todo el proceso de contratación con entidades sin ánimo de lucro, la creación de un proceso competitivo, cuyas etapas y parámetros estarían a cargo de cada entidad pública, la remisión a los principios y las normas generales del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y la obligación para las entidades sin ánimo de lucro de registrarse en el SECOP con el fin de acreditar su reconocida idoneidad.

Si bien no hace referencia expresa a las garantías, por remisión del artículo 8 del Decreto 092 de 2017 se debe aplicar la normatividad contenida en el Estatuto General de Contratación, la cual podría generar una dificultad adicional para fundaciones o corporaciones pequeñas que no cuentan con la capacidad económica para celebrar contratos en los estrictos términos establecidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Se evidencia la necesidad de regular las garantías de este tipo de contratación de una manera especial que se adecúe al objetivo y las condiciones particulares de la misma.

Con respecto a sus finalidades, si bien el Decreto 092 de 2017 representa un esfuerzo del Gobierno Nacional para frenar la corrupción de esta figura, aunado a la parametrización establecida por Colombia Compra Eficiente y a las disposiciones relacionadas en el presente escrito que representarían un avance en la garantía de la selección objetiva, sus planteamientos normativos pueden generar dudas en la prácticas y no parecen ser la solución para garantizar procesos de selección más transparentes y que cumplan con las finalidades que les ha asignado el constituyente.

Lo anterior teniendo en cuenta que los procesos para contratar con entidades sin ánimo de lucro se complejizan, lo cual en principio parecería acabar con la selección discrecional de contratistas y la desviación de recursos, pero también limita el acceso a esta contratación a pequeñas entidades sin ánimo de lucro que no cuentan con el músculo financiero y organizacional para competir bajo los criterios del Decreto 092 de 2017.

Por su parte, la existencia de múltiples procesos competitivos determinados por cada entidad representa una dificultad práctica para las entidades sin ánimo de lucro que deben ceñirse a variados procesos de selección dependiendo de la entidad estatal, lo que se añade a la dificultad que pueden tener las pequeñas entidades sin ánimo de lucro para concurrir a estos procesos, asumir sus costos y competir con entidades sin ánimo de lucro con mayor poder financiero.

### **Referencias bibliográficas**

Asamblea Nacional Constituyente, S. (1991). Trámite de proyectos. Comisiones al exterior y auxilios parlamentarios. Trámite de proyectos. Comisiones al exterior y auxilios parlamentarios. Bogotá: Banco de la República.

Chávez Marín, A. R. (2012). Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual. Segunda edición. Primera parte. Bogotá: Universidad del Rosario.

Gaitán Sánchez, Ó. M. (2014). Guía práctica de las Entidades sin Ánimo de Lucro. Bogotá: Cámara de Comercio.

Rodríguez Tamayo, M. (2017). Contratación pública con entidades sin ánimo de lucro. Primera edición. Bogotá: LEGIS.

### **Cibergrafía**

Colombia Compra Eficiente. (15 de diciembre de 2014). Guía de garantías en los procesos de contratación. Obtenido de <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pleigos-tipo/manuales-y-guias/guia-de-garantias-en-procesos-de-contratacion>

Colombia Compra Eficiente. (16 de enero de 2016). Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Obtenido de

[https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documents/cce\\_guia\\_esal.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf)

Colombia Compra Eficiente. (SF). Firmado decreto que frena abusos por contratación con entidades sin ánimo de lucro. Obtenido de Sala de Prensa, Colombia Compra Eficiente: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/firmado-decreto-que-frena-abusos-por-contratacion-con-entidades-sin-animo>

Departamento Nacional de Planeación. (s.f.). Qué es el Plan Nacional de Desarrollo. Obtenido de <https://www.dnp.gov.co/Plan-Nacional-de-Desarrollo/Paginas/Qu-es-el-PND.aspx>

Duque Daza, J. (Abril de 2005). La circulación de la clase política en Colombia: El congreso de la república durante el frente nacional. Revista Sociedad y Economía [en línea]. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=99616178002>

Eje 21. (SF). El Decreto 2150 de 2017 amenaza la supervivencia de las entidades sin ánimo de lucro: Manizales en Común. Eje 21. Obtenido de <http://www.eje21.com.co/2018/04/el-decreto-2150-de-2017-amenaza-la-supervivencia-de-las-entidades-sin-animo-de-lucro-manizales-en-comun/>

Presidencia de la República. (23 de enero de 2017). Declaración del Presidente Juan Manuel Santos luego de las reuniones de la Comisión Ciudadana de Lucha contra la Corrupción y la Comisión Nacional de Moralización. Obtenido de Sistema Informativo del Gobierno - SIG: <http://es.presidencia.gov.co/discursos/170123-Declaracion-del-Presidente-Juan-Manuel-Santos-luego-de-las-reuniones-de-la-Comision-Ciudadana-de-Lucha-contr-la-Corrupcion-y-la-Comision-Nacional-de-Moralizacion>

Presidencia de la República. (Enero de 2017). Firmado decreto que frena abusos po contratación con entidades sin ánimo de lucro. Obtenido de Sistema Informativo del Gobierno - SIG: <http://es.presidencia.gov.co/noticia/170123-Firmado-decreto-que-frena-abusos-por-contratacion-con-entidades-sin-animo-de-lucro>

Redacción de Análisis. (31 de octubre de 2016). Polémica por final de contratos con fundaciones. El nuevo siglo. Obtenido de <https://elnuevosiglo.com.co/index.php/articulos/10-2016-polemica-por-final-de-contratos-directos-con-fundaciones>

## **Normas y Sentencias**

Congreso de la República. (19 de julio de 1994). Ley 152 de 1994. Diario Oficial No. 41.450. Bogotá.