



Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad

G-GESAL-03

 GOBIERNO DE COLOMBIA

 **TODOS POR UN
NUEVO PAÍS**
PAZ EQUIDAD EDUCACIÓN

Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad

I. Introducción	4
II. Definiciones	5
III. Aspectos Generales	6
A. Ámbito de aplicación del Decreto 092 de 2017	6
B. ¿Cuándo las Entidades Estatales de los gobiernos nacional, departamental, distrital y municipal pueden contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad?	7
IV. Determinación de la reconocida idoneidad de la entidad privada sin ánimo de lucro	12
A. Correspondencia del objeto de la entidad privada sin ánimo de lucro y el programa o actividad prevista en el plan de desarrollo	13
B. Capacidad del personal de la entidad privada sin ánimo de lucro	13
C. Experiencia	13
D. Estructura organizacional	14
E. Indicadores de la eficiencia de la organización	15
F. Reputación	16
V. Proceso de Contratación en desarrollo del Decreto 092 de 2017	18
A. Etapa de planeación	18
B. Etapa de selección	20
C. Etapa de ejecución y liquidación	21
D. Reflexiones adicionales	22



VI. Asociación entre Entidades Estatales y entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir actividades propias de las Entidades Estatales	22
VII. Aplicación de las normas del Sistema de Contratación Pública	23
VIII. Uso del SECOP II	24
IX. Vigencia y derogatorias	25

El Decreto 092 de 2017 por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política estableció que Colombia Compra Eficiente debe expedir una guía para su aplicación, en la cual debe incluir las definiciones a las expresiones utilizadas con mayúscula inicial en el mencionado decreto¹ y establecer pautas y criterios para definir las características que deben acreditar las entidades privadas sin ánimo de lucro que contratan con Entidades Estatales en desarrollo de las normas citadas.²

Antecedentes de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad

La contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad de que trata el artículo 355 de la Constitución Política reglamentada por el Decreto 092 de 2017 es una contratación especial que procede exclusivamente en los casos previstos en tales normas. Esta contratación tiene origen en la necesidad de continuar con el apoyo de las Entidades Estatales a actividades benéficas en el nuevo marco constitucional sin auxilios parlamentarios.

El origen de esta contratación está en la reflexión del Constituyente de 1991 sobre la necesidad de abolir los auxilios parlamentarios, pero dejar a salvo el apoyo estatal a las actividades beneméritas en el campo de la solidaridad humana siempre que tales actividades hayan sido previstas en los planes de desarrollo, quienes desarrollen tales actividades sean idóneos y haya mecanismos de verificación del destino de los recursos entregados para el Estado para el efecto.

La doctrina sobre el artículo 355 de la Constitución Política afirma: *“El propósito es permitir que ciertos sujetos de derecho privado que desarrollan actividades beneméritas en el campo científico, cultural, educativo o de solidaridad social y humana, puedan recibir apoyo estatal, pero sometidos a mecanismos de verificación del destino dado a los recursos y a las modalidades de su ejecución, inherentes a la contratación pública, evitando así que desvirtúe su función hasta convertirse en una herramienta de proselitismo político, de beneficio individual o de despilfarro de dineros públicos como aconteció en años anteriores”*.³

Sobre el particular el Constituyente Alfonso Palacio Rudas afirmó: *“... 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*

1. Artículo 1 del Decreto 092 de 2017.

2. Artículo 3 del Decreto 092 de 2017.

3. Lleras de la Fuente, Carlos; Arenas Campos, Carlos Adolfo; Hernández Becerra, Augusto; Charry Urueña, Juan Manuel (1992) Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia. Páginas 586 y 587. Obra citada en la Sentencia C-324 de 2009 de 13 de mayo de 2009 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez.

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.”⁴

II Definiciones

Para la aplicación del Decreto 092 de 2017 y de la presente guía, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica. Los términos definidos son utilizados en singular y en plural de acuerdo como lo requiera el contexto en el cual son utilizados.

- **Colombia Compra Eficiente:** Agencia Nacional de Contratación Pública creada por medio del Decreto-Ley 4170 de 2011.
- **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; (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; (e) los informes de evaluación de las ofertas cuando hay lugar a competencia; (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.

4. Palacio Rudas, Alfonso (1992) El Congreso en la Constitución de 1991. Tomas Greg & Sons de Colombia –Tercer Mundo Editores. 143.!. Obra citada en la Sentencia C-324 de 2009 de 13 de mayo de 2009 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez.

- **ESAL:** Entidad privada sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con la cual las Entidades Estatales pueden celebrar contratos en los términos del artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017.
- **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.
- **Proceso de Contratación:** Conjunto de actos y actividades, y su secuencia, adelantadas por la Entidad Estatal para entregar a una entidad privada sin ánimo de lucro la ejecución de un programa o actividad prevista en el plan de desarrollo sin que el contrato sea conmutativo.
- **Riesgo:** Evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del programa o actividad prevista en el plan de desarrollo que desarrolla la entidad privada sin ánimo de lucro en virtud de un contrato no conmutativo.
- **RUP:** Registro Único de Proponentes que llevan las cámaras de comercio.
- **Sistema de Compra Pública:** El Sistema de Compra Pública es la estructura organizada para tomar decisiones de gasto público con el propósito de poner a disposición de las personas los bienes, obras y servicios a cargo de las Entidades Estatales, el cual está conformado por los actores del mercado, la regulación y los procedimientos aplicables al mercado y sus actores, las autoridades encargadas de aplicar tales regulaciones y procedimientos, los sistemas de información y las relaciones entre los actores, las autoridades y las Entidades Estatales.
- **SECOP:** Sistema Electrónico para la Contratación Pública.

III Aspectos Generales

A. Ámbito de aplicación del Decreto 092 de 2017

El Decreto 092 de 2017 fue expedido en virtud de la autorización contenida en el artículo 355 de la Constitución Política y su aplicación está restringida a: (i) la contratación con ESAL para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los respectivos planes de desarrollo y (ii) la contratación a la cual por expresa disposición del legislador le es aplicable este régimen, como el caso del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

El Decreto 092 de 2017 es aplicable a los contratos entre las Entidades Estatales del gobierno nacional, departamental, distrital o municipal y ESAL independientemente de la denominación que las partes den

al acto jurídico y de la parte que tuvo la iniciativa de celebrarlo. Estos contratos se celebran para impulsar programas y actividades previstas en los planes de desarrollo y proceden exclusivamente cuando busquen promover: 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; o las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana.

El ámbito de aplicación del Decreto 092 de 2017 obedece a la excepcionalidad del tipo de contratación a la que hace referencia el artículo 355 de la Constitución Política y no a la naturaleza jurídica del contratista. Si la Entidad Estatal adquiere o se abastece de un bien, producto o servicio en un contrato conmutativo en el cual el proveedor es una entidad sin ánimo de lucro, debe aplicar el régimen contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y no el del Decreto 092 de 2017.

El Decreto 092 de 2017 no es aplicable a las contrataciones que cuentan con una norma especial que las regula o un régimen de contratación específico, en consecuencia, ese es el régimen aplicable con sus respectivos reglamentos, y no el del Decreto 092 de 2017. La naturaleza jurídica de la entidad contratista no determina el régimen de contratación.

El artículo 355 de la Constitución Política hace referencia exclusivamente a los gobiernos. En consecuencia, las Entidades Estatales que no pertenecen a la rama ejecutiva no están autorizadas a celebrar convenios o contratos en desarrollo de esta norma. Sin embargo, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 al autorizar la celebración de convenios asociación para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con el propósito y las funciones de las Entidades Estatales remitió al artículo 355 de la Constitución Política por lo cual el Decreto 092 de 2017 reglamenta tales convenios los cuales no están limitados a las Entidades Estatales de los gobiernos nacional, departamental y municipal.

B. ¿Cuándo las Entidades Estatales de los gobiernos nacional, departamental, distrital o municipal pueden contratar con ESAL?

La suscripción de contratos de interés público o de colaboración, es decir, aquellos que celebran las Entidades Estatales de los gobiernos nacional, departamental, distrital o municipal con ESAL, es excepcional y solamente procede cuando el Proceso de Contratación cumple con las condiciones señaladas en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017 así:

1. Correspondencia directa con programas y actividades de interés público previstos en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo relacionados con la promoción de derechos de los menos favorecidos o con manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica.

El Decreto 092 de 2017 hace referencia a la correspondencia directa entre el objeto del contrato y el programa o actividad prevista en el plan de desarrollo. El objeto debe tener una conexión expresa y clara con el programa previsto en el plan de desarrollo. Si esta condición no se cumple el Proceso de Contratación no debe adelantarse en el marco del artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017.

El programa o actividad prevista en el plan de desarrollo que el Proceso de Contratación pretende desarrollar debe buscar 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 o las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana. Estos aspectos coinciden con los sectores más desprotegidos, en términos de Alfonso Palacio Rudas, y con el campo cultural, educativo o de solidaridad humana, en términos de Carlos Lleras de la Fuente y otros. El campo científico mencionado en la cita de Lleras de la Fuente y otros no está incluido en el Decreto 092 de 2017 puesto que hay una regulación propia del Sistema de Ciencia Tecnología e Innovación para el efecto.

2. No hay una relación conmutativa entre las partes ni instrucciones precisas que indican la forma como el contratista debe cumplir con el objeto del contrato.

El contrato suscrito en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017 no genera cargas equivalentes o recíprocas y por tanto la Entidad Estatal contratante no instruye a la entidad privada sin ánimo de lucro para desarrollar los programas o actividades previstas.

El artículo 1498 del Código Civil Colombiano dispone que el contrato es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez. Los contratos suscritos en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017 no son este tipo, puesto que la Entidad Estatal no adquiere bienes o servicios ni encarga la ejecución de una obra de acuerdo con sus precisas instrucciones. En este caso la Entidad Estatal decide desarrollar un programa o actividad del plan de desarrollo en beneficio de la población en general.

La contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política es un instrumento de política pública distinto al Sistema de Compra Pública. El Sistema de Compra Pública está encaminado a que las Entidades Estatales adquieran y se provean de los elementos que ofrece el mercado privado para cumplir sus fines. Cuando la Entidad Estatal utiliza el Sistema de Compra Pública está en una relación contractual conmutativa, pues recibe bienes, obras o servicios a cambio de sus recursos presupuestales.

Los Procesos de Contratación de las Entidades Estatales para adquirir bienes o servicios o para ejecutar obras en las cuales hay obligaciones recíprocas de las partes, están regidos por la normativa del Sistema de Compra Pública (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 1082 de 2015 principalmente) y, deben ser el resultado de una selección objetiva.

Por el contrario, la contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política no está encaminada a la adquisición de bienes, servicios o la ejecución de obras, en consecuencia, no puede ser utilizada con ese propósito. La contratación que desarrolla el artículo 355 de la Constitución Política está enfocada a la colaboración entre el Estado y las ESAL.

Además, el Decreto 092 de 2017 establece que la contratación con ESAL procede cuando no haya instrucciones precisas al contratista para cumplir con el objeto del contrato. La expresión “instrucciones precisas” no puede extenderse a las reglas generales que la Ley ha autorizado expedir a las autoridades administrativas. Las reglas generales de regulación de un sector o actividad contenidas en actos administrativos de carácter general no constituyen instrucciones precisas para el desarrollo de un proyecto concreto. Por ejemplo, la Resolución 3232 de 2018 *“Por la cual se adopta el Lineamiento Técnico para la Atención a la Primera Infancia y los Manuales Operativos de las Modalidades Comunitaria, Familiar, Institucional y Propia e Intercultural para la Atención a la Primera Infancia”* expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar contiene las reglas y estándares generales y el marco jurídico propio de la atención a la primera infancia, por tanto no pueden entenderse como instrucciones precisas para un contrato específico.

La elección del instrumento jurídico de implementación de la política pública dependerá de las condiciones de tiempo, modo y lugar que afecten la obtención de los resultados esperados. En los términos del artículo 209 de la Constitución Política, la Entidad Estatal debe establecer unas condiciones generales del contrato que incrementen el impacto de la intervención y en lo posible disminuyan sus costos y Riesgos, la Entidad Estatal siempre debe planear y justificar sus decisiones.

En las áreas en que el sector sin ánimo de lucro tiene ventajas comparativas para atender una comunidad, las Entidades Estatales pueden recurrir a la contratación con ESAL para cumplir sus fines incrementando el valor por dinero. Esto se debe a que las Entidades Estatales utilizan sus recursos presupuestales para apoyar ese tipo de entidades en vez de realizar por sí mismo las labores en las cuales el “tercer sector” han demostrado su eficacia y eficiencia⁵. Ese tipo de relación jurídica no puede ser descrita como conmutativa porque la Entidad Estatal, alcanza sus objetivos de política pública pero no recibe ni adquiere bienes o servicios ni ejecuta obras o para sí misma: lo que hace es financiar a un tercero (la ESAL) para que realice las actividades en beneficio de una comunidad.

A manera de ejemplo hacemos la siguiente reflexión. El plan de desarrollo contempla la promoción y ejecución de campañas de vacunación contra las enfermedades eruptivas. Las Entidades Estatales cuentan con diversos instrumentos para alcanzar ese objetivo, pueden utilizar sus recursos para realizar la vacunación con sus propios funcionarios, utilizar el Sistema de Compra Pública para adquirir el servicio de vacunación de una empresa del sector privado que está dispuesta a prestar ese servicio a cambio de una utilidad, o utilizar esos recursos apoyando a una ESAL. En este caso la Entidad Estatal no encarga a un contratista la compra de la vacuna y su aplicación, en unos plazos determinados y a una población determinada; lo que hace la Entidad Estatal es entregar recursos económicos a una ESAL para que desarrolle el programa de vacunación

5. Borzaga, C., y Santuari, A. (2003). “Nuevas tendencias en el sector sin fines de lucro en Europa: el surgimiento de la iniciativa empresarial social” en El sector sin fines de lucro en una economía cambiante. OCDE, 51-54.

de acuerdo con los objetivos propios del programa en una zona o población determinada.

En ciertos casos la ESAL cuenta con mayor confianza entre la comunidad que la Entidad Estatal o un contratista privado, además, estas organizaciones cuentan en su mayoría con trabajo voluntario o donaciones, con lo cual sus costos son menores, de este modo, el apoyo a las “empresas sociales” puede generar mayor valor.⁶ En el caso del programa de vacunación, la ESAL no debe seguir instrucciones precisas, por tanto, utilizando su confianza, puede desarrollar actividades adicionales para mejorar la salud de la población, en consecuencia, la contratación regulada por el Decreto 092 de 2017 puede resultar en atención integral a mayor cantidad de personas, a menor costo y con mejores resultados en la promoción y ejecución del programa social.

El artículo 355 de la Constitución determina que el instrumento que contiene el mecanismo de cooperación del Gobierno y las ESAL es el contrato sin especificar una tipología. Las Entidades Estatales cuentan con la autonomía para estructurar su relación contractual con las ESAL contando como límite que su relación no sea para adquirir bienes, obras o servicios, es decir que no sea una relación conmutativa. Respetando ese límite, las Entidades Estatales pueden diseñar todo tipo de mecanismos contractuales que incentiven a la ESAL a obtener los objetivos del plan de desarrollo de manera innovadora y que incrementen la satisfacción y la calidad de vida de la población beneficiaria del contrato.

A manera de ejemplo, un mecanismo contractual que las Entidades Estatales pueden emplear para incrementar la efectividad de las ESAL es establecer objetivos medibles y verificables de manera objetiva, realizarles un seguimiento e incrementar los recursos que se transfieren a la ESAL en el evento en que esos objetivos se alcancen o se superen.

De acuerdo con lo expuesto, el artículo 355 de la Constitución Política también puede ser utilizado para implementar estrategias innovadoras de apoyo a causas sociales o para financiar actividades de las ESAL como los denominados “bonos de impacto social”.⁷ Esa herramienta de cooperación entre el sector público y el privado está diseñada para que las Entidades Estatales sólo desembolsen los recursos públicos cuando se obtengan resultados medibles y evaluables,⁸ en otras palabras, el desembolso de recursos públicos está sujeta a la condición que la ESAL efectivamente alcance las metas establecidas en el contrato. El uso de esa herramienta incrementa la eficiencia, innovación y la eficacia para resolver los problemas sociales a través de recompensar sólo los resultados positivos, elimina la intervención pública en los procedimientos de la ESAL y al mismo tiempo se reducen los Riesgos para los recursos públicos porque los financiadores privados los asumen.⁹

Otro ejemplo de la utilización innovadora de la contratación con ESAL consiste en la utilización de aportes de

6. OCDE (2003). El sector sin fines de lucro en una economía cambiante, 11 - 12.

7. Shah, S & Costa, K (2013). Social Finance: A Primer. Understanding Innovation Funds, Impact Bonds, and Impact Investing. Center for American Progress. Disponible en: <https://cdn.americanprogress.org/wp-content/uploads/2013/11/SocialFinance-brief.pdf>

8. Fox, C., & Albertson, K. (2011). Payment by results and social impact bonds in the criminal justice sector: New challenges for the concept of evidence-based policy? *Criminology & Criminal Justice*, 11(5), 395-413.

9. Roy, M.J., McHugh, N., Sinclair, S. (2017) Social Impact Bonds – Evidence-Based Policy or Ideology? in: Greve, B. (Ed.), *Handbook of Social Policy Evaluation*. Edward Elgar Pub, Northampton, MA. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/313889147_Social_Impact_Bonds_-_Evidence-based_policy_or_ideology.

activos fijos u otros aportes de capital para proveer de manera conjunta a una comunidad con bienes públicos, pactando la transferencia de los Riesgos del éxito del proyecto conjunto a la ESAL y sus financiadores.

La contratación de este tipo de negocios jurídicos no está circunscrita a entidades sin ánimo de lucro colombianas. Por tanto, las Entidades Estatales pueden celebrar este tipo de contratos con ESAL extranjeras que desarrollan proyectos en el territorio de nacional siempre y cuando cumplan los requisitos legales de representación en Colombia y cumplan con lo establecido en el Decreto 092 de 2017.

3. No hay oferta en el mercado distinta a la de las entidades privadas sin ánimo de lucro o hay oferta, pero genera mayor valor contratar con la entidad sin ánimo de lucro.

El literal (c) del artículo 2 del Decreto 092 de 2017 establece como condición para contratar en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política que no exista oferta económica del sector privado con ánimo de utilidad, y utiliza la conjunción condicional “o que, si existe”, las actividades realizadas por la ESAL representen un mayor valor por dinero (incrementen la eficacia, eficiencia, economía y gestión del Riesgo) para obtener los resultados esperados por el respectivo plan de desarrollo. Esa norma señala que el instrumento de política pública autorizado por el artículo 355 de la Constitución Política puede ser utilizado cuando la Entidad Estatal identifique las ventajas comparativas de las ESAL para alcanzar el objetivo de sus políticas y se cumplan con los literales (a) y (b) de ese artículo.

El propósito del literal (c) mencionado es que las Entidades Estatales obtengan mayor valor por dinero cuando buscan alcanzar los objetivos contenidos en los respectivos planes de desarrollo. El Decreto 092 de 2017 se sustenta en la observación que las distintas formas de organización permitidas por el ordenamiento jurídico tienen diversas posibilidades de reducir los costos de administración de un programa o actividad.¹⁰ Así, en los procesos de abastecimiento y adquisiciones de bienes, obras y servicios, la Entidad Estatal aprovecha el ánimo de lucro y la competencia entre los proponentes para obtener los precios más bajos.¹¹ Sin embargo, el criterio de valor por dinero no significa obtener el precio más bajo posible, sino implica también incrementar la eficacia y efectividad del Estado en satisfacer las necesidades de la población.

Las consideraciones sobre las ventajas comparativas que tiene la contratación con ESAL expuestas en el numeral anterior, son válidas en este punto para que la Entidad Estatal justifique la contratación en términos de valor por dinero.

La norma citada reconoce la existencia de condiciones fácticas en las cuales las ESAL tienen ventajas para alcanzar eficiencia y eficacia sin sacrificar el bienestar de la población atendida. Ellas se presentan, cuando

10. Alchian, A. A., & Demsetz, H. (1972). Production, information costs, and economic organization. *The American economic review*, 62(5), 777-795.

11. Compte, O., & Jehiel, P. (2002). On the value of competition in procurement auctions. *Econometrica*, 70(1), 343-355.

(i) es difícil pactar de manera precisa y determinable los resultados del contrato, esta situación se presenta cuando los resultados esperados del contrato tienen apreciaciones sobre la calidad o satisfacción de la población; (ii) los usuarios y la Entidad Estatal tienen dificultades para determinar la calidad del servicio prestado, evento que se presentan en servicios donde el prestador cuenta con un conocimiento especializado que no es fácilmente adquirible por los beneficiarios¹² y (iii) el proveedor privado cuenta con incentivos para reducir costos en detrimento de los ciudadanos. Cuando esas circunstancias se presentan, el Sistema de Compra Pública no es la mejor herramienta para satisfacer la necesidad.¹³

Cuando las características enumeradas anteriormente con (i), (ii) y (iii) se presentan, las ESAL¹⁴ se convierten en mejores colaboradores del sector público para cumplir sus fines. La Entidad Estatal debe documentar la medida en que las ESAL ofrecen un mejor desempeño, desde la perspectiva de alcanzar los fines públicos para la actividad que desean financiar.

La Entidad Estatal debe mostrar en el estudio del sector que la única oferta para desarrollar el plan o actividad prevista en el plan de desarrollo es la de las ESAL. Si el estudio de mercado muestra que hay más oferta en el mercado adicional a la de las ESAL, la Entidad Estatal debe mostrar que la oferta de las ESAL representa una optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo.

La tarea de la Entidad Estatal al realizar el estudio de sector consiste en verificar el conjunto de bienes, servicios y actividades que los particulares están dispuestos y son capaces de ofrecer, de ninguna manera el análisis se refiere a una simple manifestación de voluntad por parte de los proveedores.

La contratación en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política tiene un control subjetivo relativo a la idoneidad de la ESAL y un control objetivo relativo a la necesidad de concordancia entre los planes de desarrollo y la materia del contrato, así como un control previo y uno posterior al destino y ejecución de los dineros públicos.¹⁵

IV Determinación de la reconocida idoneidad de la ESAL

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 092 de 2017 en su artículo 3, Colombia Compra Eficiente debe establecer las pautas y criterios para acreditar la reconocida idoneidad de las entidades sin ánimo de lucro, en consecuencia, las directrices de este numeral son de obligatorio cumplimiento.

El artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017 exigen que la entidad sin ánimo de lucro

12. Akerlof, G. A. (1970). The market for "lemons": Quality uncertainty and the market mechanism. *The quarterly journal of economics*, 488-500.

13. Hart, O., Shleifer, A., & Vishny, R. W. (1996). The proper scope of government: theory and an application to prisons. *The Quarterly Journal of Economics*, 112(4), 1127-1161.

14. Hansmann, H. B. (1980). The role of nonprofit enterprise. *Yale Law Journal*, 835-901.

15. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-372 de 1994. 25 de agosto de 1994. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

que contrate con las Entidades Estatales en desarrollo de las normas citadas sea de reconocida idoneidad. La idoneidad consiste en la cualidad de ser adecuado o apropiado para cumplir un fin y esta tiene que ser reconocida. Es decir, la Constitución Política sólo autoriza a celebrar este tipo de contratos con entidades que cuenten con un reconocimiento público manifiesto.

El artículo 3 del Decreto 092 de 2017 señala la necesidad de que el objeto estatutario de la ESAL contenga el objeto del Proceso de Contratación y por tanto con el programa o actividad establecida en el plan de desarrollo.

La Entidad Estatal debe tener en cuenta los atributos de la ESAL para hacer una valoración sobre su reconocida idoneidad. Para el efecto debe considerar los siguientes aspectos y fijarlos fundamentando su relación con el objeto del Proceso de Contratación, su complejidad y la cantidad de recursos comprometidos por la Entidad Estatal.

Los servidores públicos con ordenación del gasto tienen un nivel especial de responsabilidad en la utilización de los recursos económicos a su cargo. Por esa razón, las Entidades Estatales deben utilizar sus capacidades críticas y recopilar toda la información posible al momento de decidir sobre la ESAL que deciden financiar con recursos públicos.

A. Correspondencia del objeto de la entidad privada sin ánimo de lucro y el programa o actividad prevista en el plan de desarrollo

Las ESAL en sus documentos constitutivos definen el área de interés de su acción, la cual está relacionada con la intención de los fundadores y de los donantes. La coincidencia entre el objeto de la ESAL y el programa o actividad del plan de desarrollo es un elemento esencial para que esta sea adecuada para desarrollar tales propósitos.

B. Capacidad del personal de la entidad privada sin ánimo de lucro

La Entidad Estatal puede pedir evidencia de que la ESAL cuenta con el equipo misional, técnico y administrativo necesario para cumplir con el programa o actividad del plan de desarrollo¹⁶ y de adaptarse rápidamente, vinculando y entrenando nuevas personas. Indicadores relativos a la permanencia de los colaboradores permanentes o eventuales pueden ayudar a medir esta capacidad.

C. Experiencia

La Entidad Estatal debe evaluar las condiciones de complejidad del proyecto para establecer una experiencia

16. Romzek, B. S., & Johnston, J. M. (2002). Effective contract implementation and management: A preliminary model. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 12(3), 423-453.

que sea proporcional al mismo. Para ese fin, debe identificar la cantidad de recursos que va a comprometer en el proyecto y los Riesgos a los que está sometido el desarrollo del mismo, y determinar si la mejor vía para obtener los resultados que busca es la contratación con ESAL. La Entidad Estatal deberá solicitar más experiencia cuando el proyecto sea más complejo, utilice más recursos y esté expuesto a mayores Riesgos.

La experiencia requerida debe estar asociada con el éxito en programas desarrollados por la ESAL similares o afines al programa o actividad prevista en el plan de desarrollo y debe ser proporcional al alcance, el valor y la complejidad del proyecto.

La experiencia debe ser en las actividades requeridas para desarrollar el programa o actividad prevista en el plan de desarrollo, por tanto, la Entidad Estatal no debe exigir contratos con un tipo determinado de institución sino la ejecución de los programas o actividades propiamente dichas.

Las Entidades Estatales deben documentar y evaluar las actividades y los resultados obtenidos por las ESAL en la ejecución de los proyectos financiados con recursos estatales; esa evaluación es un documento que puede ser utilizado para acreditar la experiencia en el desarrollo de ese tipo de programas por parte de otras Entidades Estatales.

Las ESAL también deben documentar su experiencia y desempeño con donantes o en desarrollo de proyectos apoyados por empresas privadas para demostrar su idoneidad comprobada en la realización de las actividades que pretende financiar la Entidad Estatal.

Así mismo, el Decreto 092 de 2017 en su artículo 8 dispone la aplicación residual de las normas generales aplicables a la contratación pública. Por lo anterior, las ESAL de reciente creación pueden aportar la experiencia de sus fundadores. Así mismo las ESAL que cuentan con una forma de organización de subordinada de una matriz internacional o grupo vinculado de entidades sin ánimo de lucro con subordinación funcional, pueden a su vez, aportar la documentación relacionada con la experiencia de esa matriz.

D. Estructura organizacional

La estructura organizacional nos muestra la madurez de la organización en sus procedimientos, el manejo de la información y en general su gobierno corporativo. Por lo anterior, la Entidad Estatal debe establecer requerimientos que acrediten la estructura organizacional de la ESAL, atendiendo al programa o actividad prevista en el plan de desarrollo.

A manera de ejemplo, se presentan algunas condiciones que pueden tener en cuenta las Entidades Estatales para el efecto.

(a) El gobierno corporativo es importante. Por esto es conveniente requerir órganos de administración

activos tales como junta directiva, comités directivos u otro órgano independiente que supervise¹⁷ las actividades de los administradores¹⁸ y dé lineamientos sobre la dirección de la ESAL.

- (b) Estados financieros auditados por un contador público independiente o revisor fiscal y disponibles para sus grupos de interés.
- (c) Política documentada de conflictos de interés.
- (d) Política de manejo de riesgos operativos y archivo de documentos.
- (e) Política documentada de compensación de administradores y miembros de junta.

Las Entidades Estatales deben apoyar la formalización de las entidades sin ánimo de lucro y establecer como parte de las obligaciones de la ESAL mejorar su gobierno corporativo a través de la implementación de las políticas contenidas en este punto.

E. Indicadores de la eficiencia de la organización

Los indicadores financieros asociados a la eficiencia de la ESAL muestran su grado de madurez y de dedicación a proyectos misionales. Las entidades sin ánimo de lucro tienen el deber de llevar contabilidad, por ello, la Entidad Estatal debe establecer criterios objetivos relacionados con los resultados financieros de las entidades sin ánimo de lucro, así comparar su idoneidad y contratar con la ESAL que muestre resultados sólidos. La Entidad Estatal puede verificar estos indicadores a través de declaraciones tributarias, estados financieros o en caso de tenerlo el certificado del RUP.

La Entidad Estatal debe asegurarse que la entidad con la que pretende contratar es efectivamente sin ánimo de lucro, por ello debe verificar que se encuentra en el régimen tributario especial al que se refieren el artículo 356-2 del Estatuto Tributario, esto solo es posible si su objeto social corresponde a cualquiera de las actividades meritorias definidas en el artículo 359 del Estatuto Tributario, siempre y cuando las mismas sean de interés general y que a ellas tenga acceso la comunidad.

Además de lo anterior, la Entidad Estatal dependiendo de la complejidad del objetivo del plan de desarrollo que se pretende cumplir, puede usar los siguientes indicadores u otros que le permitan comparar objetivamente a los proponentes:

- (a) Las entidades privadas sin ánimo de lucro no tienen como propósito generar utilidades. Los

17. Cornforth, C. (2001). What makes boards effective? An examination of the relationships between board inputs, structures, processes and effectiveness in non-profit organizations. *Corporate Governance: An International Review*, 9(3), 217-227.

18. Andreoni, J., Payne, A., & Smith, S. (2014). Do grants to charities crowd out other income? Evidence from the UK. *Journal of Public Economics*, 114, 75-86.

ingresos de las entidades privadas sin ánimo de lucro están destinados a cumplir su función social. La administración de la entidad privada sin ánimo de lucro debe mostrar eficiencia en el gasto para lo cual el siguiente indicador sobre la eficiencia en la administración de la totalidad de sus proyectos es útil:

$$\frac{\text{Gastos de implementación de los proyectos en el año } x}{\text{Total gastos de funcionamiento de la ESAL en el año } x}$$

Entre mayor sea este porcentaje, más recursos debe utilizar la entidad privada sin ánimo de lucro para satisfacer las necesidades de la comunidad y menos en su propia administración.

- (b) En un primer momento, el crecimiento del sector sin ánimo de lucro está impulsado por el apoyo estatal, sin embargo, las empresas sociales que se integran en el mercado obtienen mejores resultados en sus objetivos,¹⁹ por ello, la Entidad Estatal puede valorar positivamente el hecho que la ESAL obtenga financiación privada^{20 21}, en este sentido, un indicador de la eficacia que incluya las contribuciones del sector privado es recomendable.

$$\frac{\text{Total gastos de funcionamiento de la ESAL en el año } x}{\text{Total de contribuciones del sector privado en el año } x}$$

F. Reputación

La entidad privada sin ánimo de lucro para ser de reconocida idoneidad debe tener una buena reputación en el Sistema de Compra Pública y en sus grupos de interés. La Constitución Política sólo autoriza a celebrar contratos en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política con entidades privadas sin ánimo de lucro que cuenten con un reconocimiento público manifiesto. Cuando las Entidades Estatales han decidido emplear recursos en apoyar una entidad sin ánimo de lucro para cumplir sus objetivos del Plan de Desarrollo, deben utilizar su juicio, el sentido común y la sana crítica para evaluar la reputación de la ESAL que va a recibir los recursos públicos.

La Entidad Estatal debe recopilar toda la información disponible sobre las entidades sin ánimo de lucro y conocer a fondo sus actividades y desempeño en el pasado para mitigar los Riesgos en la ejecución del proyecto.

Para el efecto, la Entidad Estatal debe involucrarse con la comunidad beneficiaria y conocer sus necesidades

19. Andreoni, J., & Payne, A. A. (2011). Is crowding out due entirely to fundraising? Evidence from a panel of charities. *Journal of Public Economics*, 95(5), 334-343.

20. Nikolova, M. (2015). Government Funding of Private Voluntary Organizations Is There a Crowding-Out Effect? *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly*, 44(3), 487-509.

21. Andreoni, J., & Payne, A. A. (2011). Is crowding out due entirely to fundraising? Evidence from a panel of charities. *Journal of Public Economics*, 95(5), 334-343.

desde el punto de vista de sus integrantes, tanto para el proceso de planeación como para el de evaluación de la contratación con ESAL. En el largo plazo, las Entidades Estatales deben desarrollar las competencias y conocimientos organizacionales para diseñar sistemas de recopilación de información robustos y científicamente válidos para medir los efectos de la contratación con ESAL y el reconocimiento de esas actividades por parte de la comunidad beneficiaria. Cuando la Entidad Estatal haya obtenido esa capacidad técnica es recomendable evaluar la reputación de la entidad privada sin ánimo de lucro documentando la respuesta a las siguientes preguntas sobre la percepción que tiene el público objetivo de la intervención, tanto previamente a la contratación como en la etapa de evaluación, y por reconocidos integrantes del sector sin ánimo de lucro, a través de la metodología de grupos focales:

- ¿Qué tan familiar es el nombre de la entidad privada sin ánimo de lucro?
- ¿Está la entidad privada sin ánimo de lucro bien administrada?
- ¿Qué tan competentes se perciben los empleados y colaboradores de la entidad privada sin ánimo de lucro?
- ¿Qué tan competentes percibe a los administradores de la entidad privada sin ánimo de lucro?
- ¿Son de alta calidad los programas de la entidad privada sin ánimo de lucro?
- ¿Son innovadores los programas y los métodos de la entidad privada sin ánimo de lucro?
- ¿Son creíbles las afirmaciones y declaraciones de la entidad privada sin ánimo de lucro?

El diseño de esta encuesta debe evitar obtener resultados sesgados o incompletos.

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.²²

De esta manera, para verificar la reputación de la entidad privada sin ánimo de lucro, la Entidad Estatal debe revisar los antecedentes fiscales, disciplinarios y penales de los administradores de la ESAL, así como verificar que esos individuos no estén en la categoría de personas políticamente expuestas. Adicionalmente, la Entidad Estatal cuenta con la obligación de realizar la verificación de esos antecedentes de los administradores y otro personal clave de las ESAL.

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

22. Gardberg, N. A., & Fombrun, C. J. (2002). The global reputation quotient project: First steps towards a cross-nationally valid measure of corporate reputation. *Corporate Reputation Review*, 4(4), 303-307.

V Proceso de Contratación en desarrollo del Decreto 092 de 2017

Las etapas de planeación, selección, contratación, ejecución y liquidación existen en el Proceso de Contratación en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política.

La ejecución de un programa previsto en el plan de desarrollo es importante para cualquier Entidad Estatal. Por esto, su representante legal debe saber cómo va a ejecutar ese programa o actividad. Es por esto que el artículo 2 del Decreto 092 de 2017 señala que el representante legal de la Entidad Estatal debe autorizar la celebración de cada contrato que la Entidad Estatal pretende suscribir en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política, función que no puede delegar. Esta autorización es parte de los Documentos del Proceso.

Las actuaciones del Proceso de Contratación tienen lugar electrónicamente en SECOP II, por tanto, están disponibles en tiempo real, sin embargo, en virtud del artículo 8 del Decreto 092 de 2017, cuando los Documentos del Proceso no puedan ser generados electrónicamente deben ser publicados en SECOP II dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición.

A. Etapa de planeación

La etapa de planeación para ejecutar cualquier gasto público es similar. La Entidad Estatal debe conocer el sector económico relativo la programa o actividad prevista en el plan de desarrollo. Este conocimiento permite sustentar el motivo por el cual la Entidad Estatal debe utilizar el procedimiento especial del artículo 355 de la Constitución Política y no el Sistema de Compra Pública. Para el efecto, la Entidad Estatal debe explicar la procedencia de esta contratación en términos del artículo 2 del Decreto 092 de 2017 y del numeral IV de esta guía.

En la etapa de planeación la Entidad Estatal debe documentar los análisis que determinaron la decisión de utilizar la contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política y la situación de la población beneficiaria del proyecto que va a desarrollar la ESAL. En ese análisis se debe documentar la complejidad del problema social, la cantidad y fuente de los recursos que la Entidad Estatal va a emplear, las metas del proyecto, los mecanismos de seguimiento y los criterios de evaluación final.

En la etapa de planeación, la Entidad Estatal debe definir los mecanismos de mitigación de los Riesgos encontrados, las herramientas de mitigación pueden incluir las garantías de cumplimiento consagradas en el ordenamiento jurídico, el pacto de cláusulas de renegociación de los términos del negocio jurídico o de terminación anticipada, entre otros.

Los Documentos del Proceso de la etapa de planeación deben contener el análisis del sector económico y la sustentación de por qué la Entidad Estatal utiliza la contratación con ESAL. Las siguientes preguntas son

pauta para la elaboración de los Documentos del Proceso de la etapa de planeación²³:

- ¿Contratar con una ESAL es la manera más efectiva para alcanzar los objetivos de política pública del plan de desarrollo y de la Entidad Estatal?
- ¿Hay otros mecanismos para alcanzar el objetivo de política pública?
- Si hay otros mecanismos para alcanzar el objetivo de política pública ¿Cuál es el beneficio de contratar con una ESAL?
- Si hay en el mercado oferta de los bienes y servicios objeto del Proceso de Contratación ¿Cuál es la consecuencia en la oferta de estos bienes y servicios de contratar con la ESAL?
- ¿En qué forma la contratación con entidad privada sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad permite cumplir los objetivos de eficiencia, economía, eficacia o manejo del Riesgo?

En la etapa de planeación la Entidad Estatal debe dejar constancia de la estructura general del Proceso de Contratación y su cronograma. Si el Proceso de Contratación es competitivo, los Documentos del Proceso deben indicar las bases para seleccionar a la entidad privada sin ánimo de lucro que puede lograr mayor alcance y beneficio con el programa o actividad prevista en el plan de desarrollo: (i) las condiciones que garantizan mayor cobertura o mejores resultados del programa previsto en los planes de desarrollo; o (ii) quien tiene recursos de otras fuentes o propios para mejorar el impacto del programa; o (iii) cualquier otro criterio objetivo aplicable y conducente.

La competencia entre entidades privadas sin ánimo de lucro debe tener en cuenta que sus incentivos para contratar no son exclusivamente económicos pues el incentivo está en cumplir con las expectativas de sus donantes y grupos de interés, sin tener en cuenta la utilidad propia que busca el sector privado. Adicionalmente, la naturaleza de las entidades privadas sin ánimo de lucro genera que sus empleados y En la etapa de planeación la Entidad Estatal debe dejar constancia de la estructura general del Proceso de Contratación y su cronograma. Si el Proceso de Contratación es competitivo, los Documentos del Proceso deben indicar las bases para seleccionar a la ESAL que puede lograr mayor alcance y beneficio con el programa o actividad prevista en el plan de desarrollo: (i) las condiciones que garantizan mayor cobertura o mejores resultados del programa previsto en los planes de desarrollo; o (ii) quien tiene recursos de otras fuentes o propios para mejorar el impacto del programa; o (iii) cualquier otro criterio objetivo aplicable y conducente.

La competencia entre ESAL debe tener en cuenta que sus incentivos para contratar no son exclusivamente económicos, pues el incentivo está en cumplir con las expectativas de sus donantes y grupos de interés, sin

23. MacAskill, W (2015) Doing Good Better: Effective Altruism and a Radical New Way to Make a Difference, Faber & Faber.

tener en cuenta la utilidad propia. Adicionalmente, la naturaleza de las entidades privadas sin ánimo de lucro genera que sus empleados y colaboradores estén altamente comprometidos con la causa en la que laboran, es decir se encuentran intrínsecamente motivados y se identifican personalmente con la causa de su entidad. Esa motivación genera que sus actividades se realicen a pesar de que cuentan con menores capacidades para obtener recursos económicos.

La Entidad Estatal debe incluir en el cronograma de actividades el tiempo suficiente para recibir comentarios y solicitudes de información adicionales a los Documentos del Proceso. El tiempo disponible para la participación a través de comentarios y solicitudes de información debe ser proporcional a la complejidad del proyecto, la cantidad de recursos comprometidos por la Entidad Estatal y los Riesgos a los que está expuesto el proyecto.

La no existencia de barreras de entrada significativamente altas para las entidades privadas sin ánimo de lucro implica que los donantes y las Entidades Estatales deban ser especialmente rigurosos en conocer su funcionamiento y asegurarse que los recursos económicos entregados son utilizados efectivamente para cumplir los fines buscados.²⁴ Este análisis debe hacer parte de la identificación de los riesgos propios del Proceso de Contratación.

El artículo 4 del Decreto 092 de 2017 establece las siguientes fases para el proceso competitivo de ESAL: (i) definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas; (ii) definición de un plazo razonable para que las ESAL presenten sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad; y (iii) evaluación de acuerdo con los criterios definidos para el efecto.

B. Etapa de selección

En la etapa de selección, bien sea con competencia o sin ella, la Entidad Estatal debe revisar la reputación personal de los administradores y miembros de junta u órgano colegiado. Debe asegurarse que no están en una situación de conflicto de interés con el cumplimiento de sus funciones y el objeto del contrato y que no están inhabilitados para contratar con el Estado.

Es importante considerar el concepto de personas políticamente expuestas²⁵ que hacen parte de las entidades privadas sin ánimo de lucro. Ese tipo de personas desempeñan o desempeñaron cargos públicos, o bien ejercen otras actividades de dirección y de definición de políticas y por esto puede haber conflictos de interés²⁶. Por esto, la Entidad Estatal debe revisar con cuidado la relación entre el programa o actividad previsto en el plan de desarrollo con la ESAL y con sus directivos, aportantes, o fundadores que sean

24. Krasteva, S., & Yildirim, H. (2015). Information, Competition, and the Quality of Charities. *Journal of Public Economics*, Vol 144. December.

25. Decreto 1674 de 2016, que adicionó el Capítulo 2 al Título 4 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1081 de 2015.

26. Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional Estándares Internacionales sobre la Lucha Contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación -GAFI- (2012).

personas políticamente expuestas y con las personas vinculadas familiar o comercialmente con ellas.

La selección del contratista no tiene que ser competitiva cuando el Proceso de Contratación corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que sólo pueden desarrollar determinadas personas, condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos. En algunas tareas relacionadas con el arte, la cultura, el deporte y de la promoción de la diversidad étnica colombiana existen determinadas personas jurídicas sin ánimo de lucro con características especiales que las convierten en las más indicadas para colaborar con las Entidades Estatales en alcanzar las metas del plan de desarrollo en esas materias, circunstancia que siempre deberá estar justificada. Esta excepción obedece a la importancia representativa de las entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en estos sectores puntuales.²⁷

C. Etapa de ejecución y liquidación

La gestión del contrato es fundamental para alcanzar los objetivos de política pública. El diseño del contrato debe permitir evaluar durante la ejecución que la ESAL continúa siendo idónea y que ha desarrollado de manera diligente los programas y actividades previstas en el plan de desarrollo.

La Entidad Estatal no recibe una contraprestación directa en la contratación objeto de esta guía, lo cual no impide a la Entidad Estatal hacer un seguimiento pormenorizado de la ejecución del programa o actividad prevista en el plan de desarrollo y objeto del contrato. La Entidad Estatal puede incluir en el contrato las herramientas que requiera para hacer un seguimiento adecuado a la ejecución del programa o actividad y puede establecer metas, criterios mínimos de nivel de servicio o calidad y mecanismos de verificación.

La Entidad Estatal puede establecer instrumentos contractuales que conduzcan a la terminación de la relación jurídica o finalizar las transferencias económicas cuando la ESAL pierda su reconocida idoneidad, cuando se destinen los recursos para fines distintos a los establecidos en el contrato o cuando no ejecute de buena fe el programa o actividad de interés público. No es posible pactar cláusulas excepcionales en contratos de colaboración ni en los convenios de asociación.

Al finalizar el contrato la Entidad Estatal debe evaluar la efectividad de la ESAL en la ejecución, evaluación que debe estimar los resultados de la intervención y las dificultades encontradas en el desarrollo del contrato, así como el desempeño de los mecanismos de verificación empleados por la Entidad Estatal. La evaluación es un Documento del Proceso y en consecuencia debe ser publicado en el SECOP.

La evaluación debe contener un elemento participativo de la comunidad en la que la ESAL desarrolló el proyecto, la Entidad Estatal debe garantizar que los beneficiarios de la actividad financiada con recursos públicos expresen su opinión sobre la manera en que la ESAL desarrolló el proyecto y aplicar en esa comunidad la encuesta sugerida para identificar la reputación de la ESAL en la sección IV.F de esta guía.

27. Ligas deportivas departamentales, organizaciones de folclore y de eventos culturales.

La evaluación es un Documento del Proceso, debe ser publicada y debe ser considerada por las demás Entidades Estatales cuando contraten ESAL.

Si es necesario hacer un balance final de la ejecución del contrato, la Entidad Estatal y la ESAL deben hacerlo, pero también puede hacerlo exclusivamente la Entidad Estatal con el propósito de hacer los registros contables que requiera, sin que esta liquidación afecte los derechos del contratista.

D. Reflexiones adicionales

El Proceso de Contratación en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política y del Decreto 092 de 2017 requiere de: (i) el análisis de su procedencia de acuerdo con la sección III del presente documento; (ii) la revisión de la idoneidad y el reconocimiento de la idoneidad de las entidades privadas sin ánimo de lucro que participan en el Proceso de Contratación; (iii) análisis y desarrollo de acuerdo con las etapas a las que hacen referencia los literales A, B y C de la sección V del presente documento; (iv) cumplir con las normas presupuestales; (v) revisión de las posibles prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades; (v) publicidad oportuna de los Documentos del Proceso; y (vi) publicidad de los subcontratos,

El Decreto 092 de 2017 es aplicable a toda la contratación de los gobiernos nacional, departamental, municipal y distrital con entidades privada sin ánimo de lucro con cargo a su presupuesto. Es decir, estas normas son aplicables independientemente del tipo de recursos destinados al Proceso de Contratación. Es decir, el Decreto 092 de 2017 es aplicable a la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro con cargo a recursos del Sistema General de Participaciones, del Sistema General de Regalías, de recursos propios de la Entidad Estatal y con cargo a recursos provenientes de otra Entidad Estatal transferidos en virtud de un convenio interadministrativo.

VI Asociación entre Entidades Estatales y ESAL para cumplir actividades propias de las Entidades Estatales

El artículo 96 de la Ley 489 de 1998, autoriza a las Entidades Estatales a celebrar negocios jurídicos con entidades sin ánimo de lucro para cumplir sus funciones. La misma Ley define estos negocios jurídicos como convenios de asociación y establece que deben celebrarse de conformidad con el artículo 355 de la Constitución Política.

Dado que el Decreto 092 de 2017 desarrolla el artículo constitucional citado, en su artículo 5 dispone de una regla especial para la celebración de convenios de asociación, el ámbito de aplicación de esta regla es diferente al de los otros artículos del Decreto 092 de 2017.

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.

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 y eximirla de competencia cuando aporta 30% o más de los recursos requeridos. El Decreto 092 de 2017 establece que en los eventos en que exista más de una ESAL dispuesta a ofrecer recursos en dinero que correspondan por lo menos al 30% del valor del proyecto de cooperación, 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. 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.

El artículo 5 del Decreto 092 de 2017 no prohíbe la celebración de convenios en que la ESAL aporte menos del 30% o cuando aporte recursos en especie, sólo indica que en esos casos la Entidad Estatal debe acudir al proceso competitivo para seleccionar a la entidad sin ánimo de lucro con la cual celebrará el respectivo convenio.

Adicionalmente, la exigencia de recursos en dinero se puede cumplir con instrumentos financieros, jurídicos y contables que sean transables y que tengan liquidez suficiente para ser equivalentes al dinero, con ello le permiten a la Entidad Estatal confirmar que la ESAL tienen a disposición del convenio el porcentaje de recursos enunciados en el artículo 5.

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

El proceso competitivo establecido en el artículo 4 del Decreto 092 de 2017 no le es aplicable a los convenios de asociación por expresa disposición del artículo 5, sin embargo, las Entidades Estatales en su autonomía pueden establecer el mismo procedimiento para seleccionar las ESALs en convenios de asociación y en contratos de colaboración. En todo caso, el proceso competitivo que definan las Entidades Estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas, este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública.

VII Aplicación de las normas del Sistema de Contratación Pública

Los artículos 6, 7 y 8 del Decreto 092 de 2017 establecen que el régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, los principios de la contratación estatal y las normas generales del Sistema de Compra

Pública son aplicables a los Procesos de Contratación en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política.

En general el Decreto 092 de 2017 señala que la contratación a la que hace referencia dicho Decreto está sujeta a las normas generales aplicables al Sistema de Compra Pública, excepto en lo reglamentado expresamente en él, por lo cual las Entidades Estatales pueden usar las reglas que aplican en otros Procesos de Contratación para salvar los vacíos del Decreto 092 de 2017.

Por ejemplo, dado que el Decreto 092 de 2017 no restringe ninguna forma de asociación, las ESAL pueden constituirse como unión temporal o consorcio para efectos de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación. Así mismo el mencionado Decreto no contempla normas particulares sobre el procedimiento para declarar el incumplimiento del contratista, por lo cual deberá aplicarse el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para tal efecto.

Por otra parte, los Procesos de Contratación regidos por el Decreto 092 de 2017 no hacen parte del Sistema de Compra Pública y en este sentido no deben incluir los criterios de calificación de las propuestas para estimular la industria nacional establecidos en la Ley 816 de 2003. La Entidad Estatal debe establecer la idoneidad de la ESAL sin importar su nacionalidad.

Así mismo, los Acuerdos Comerciales no son aplicables a los contratos de colaboración ni a los convenios de asociación, pues estos sólo resultan aplicables a los Procesos de Contratación en virtud de los cuales una Entidad Estatal adquiere o se abastece de un bien, obra o servicio a través de un contrato conmutativo

La normativa del Sistema de Compra Pública y el Decreto 092 de 2017 no contemplan como requisito que las entidades sin ánimo de lucro que participen en Procesos de Contratación derivados del artículo 355 de la Constitución Política estén inscritas en el Registro Único de Proponentes.

VIII Uso del SECOP II

El SECOP II es la única versión de la plataforma que permite el registro de proveedores toda vez que es transaccional, teniendo en cuenta que el Decreto 092 de 2017 consagra en su artículo 9 que las entidades privadas sin ánimo de lucro deben estar registradas en el SECOP, las Entidades Estatales que contratan en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política deben adelantar el Proceso de Contratación en SECOP II utilizando el módulo “Régimen Especial”.

La ESAL pueden acudir al mercado para realizar actividades que desarrollen el objeto del contrato celebrado con una Entidad Estatal. En ese caso, estamos frente a un evento de subcontratación que debe ser informado al público a través del Sistema Electrónico de Contratación Pública.

En cumplimiento del artículo 7 del Decreto 092 de 2017, la Entidad Estatal debe publicar los documentos de los subcontratos reportados por la ESAL por medio de la sección “documentos de ejecución del contrato”.

Adicionalmente, todos los documentos que registren las decisiones y los fundamentos de las mismas en relación con la contratación con ESAL, ya sea en contratos de colaboración o convenios de asociación, deben ser publicados en el SECOP II.

IX Vigencia y derogatorias

El Decreto 092 de 2017 empezó a regir el 1 de junio de 2017 y derogó las normas anteriores sobre la materia.

De acuerdo con lo anterior, a partir del 1 de junio de 2017, las Entidades Estatales sólo pueden suscribir contratos que desarrollen el artículo 355 de la Constitución Política si cumplen con los requisitos establecidos en el Decreto 092 de 2017, sin importar si actuaciones precontractuales se realizaron en fechas anteriores.