

Vulneración del principio de transparencia en la Contratación Estatal por el tratamiento especial a las entidades sin ánimo de lucro en Colombia

Infringement of the principle of transparency in State Contracting due to the special treatment of non-profit entities in Colombia.¹

*Javier Masson Lezama²
Eliana Teresa Zambrano Almansa³*

Resumen

El presente artículo tiene por objeto analizar el principio de transparencia en la contratación estatal en los procesos de selección, en donde se escoja como contratista a entidades sin ánimo de lucro, exponiendo el marco normativo aplicable y las modalidades de selección, para determinar si se vulneran los principios que rigen esta materia. En ese orden, se examina el Decreto 092 del 2017, el cual estipula ventajas para este tipo de entidades dado su objeto social y que exceptúa el proceso de selección conforme al Estatuto de Contratación Estatal. Se utiliza una metodología de tipo descriptivo con enfoque cualitativo, con el fin de arribar a posibles interpretaciones jurídicas desde el principio de transparencia. Se realizó el análisis documental de la normatividad, la jurisprudencia y un estudio de caso de un proceso de contratación de la entidad sin ánimo de lucro denominado Grupo Ingenious Nit 800095511 – 1 y 900981381-4 mediante el Convenio de Cooperación No. COO-001-2020 colgado en Secop 1 (<https://acortar.link/Wu4fqP>), el cual tenía por objeto ejecutar actividades de fortalecimiento de la calidad de vida de 150 adultos mayores en el municipio de Margarita-Bolívar, respecto del cual el principal hallazgo fue la vulneración del principio de transparencia, de competencia y selección objetiva.

Palabras clave: Contratación estatal, Entidad sin ánimo de lucro, transparencia, Vulneración.

¹ Artículo resultado de investigación elaborado para optar por el Título de Magíster en Contratación Estatal en la Universidad de Medellín. Este artículo fue dirigido por el Dr. Jorge Mejía Turizo.

² Abogado especialista en derecho procesal, aplicación de TIC para la enseñanza y contratación estatal. massonjav@hotmail.com (Docente catedrático U.D.C, Profesional Univ. Esp. Procuraduría Provincial de Magangué)

³ Abogada especialista en contratación estatal, derecho laboral y seguridad social. procesojuridicocolombia@gmail.com (Asesora Jurídica Alcaldía Municipal del Guamo Bolívar)

Abstract

The purpose of this article is to analyze the principle of transparency in government procurement in selection processes, where non-profit entities are chosen as contractors, exposing the applicable regulatory framework and the selection modalities, to determine whether the principles governing this matter are violated. In that order, Decree 092 of 2017 is examined, which stipulates advantages for this type of entities given their social purpose and which exempts the selection process in accordance with the State Contracting Statute. A descriptive type methodology with qualitative approach is used, in order to arrive at possible legal interpretations from the principle of transparency. A documentary analysis of the regulations, jurisprudence and a case study of a contracting process of the non-profit entity called Grupo Ingenious Nit 800095511 - 1 and 900981381-4 through the Cooperation Agreement No. COO-001-2020 posted in Secop 1 (<https://acortar.link/Wu4fqP>), which was intended to implement activities to strengthen the quality of life of 150 older adults in the municipality of Margarita-Bolivar, regarding which the main finding was the violation of the principle of transparency, competition and objective selection.

Keywords: State contracting, Non-profit entity, suitability, transparency, objective selection.

Introducción.

La contratación estatal es el conjunto de normas que reglamentan todos los procesos que se adelantan para que las identidades del Estado puedan realizar sus procesos, a fin de proveer las soluciones a las problemáticas públicas existentes. El régimen de contratación estatal en Colombia se rige por varios principios, aunque los que describe puntualmente la ley 80 de 1993 son el de transparencia, economía y responsabilidad. En cuanto al principio de transparencia consagrado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, otorga a los participantes de los procesos de selección la oportunidad de mantenerse informados respecto de los informes, conceptos y decisiones adoptadas y a controvertirlos en determinadas etapas del proceso para que tengan la posibilidad de presentar sus observaciones. (Colombia Compra Eficiente, 2020).

Los principios en referencia tienen fundamento constitucional y legal por lo cual obliga a que los procesos contractuales sean realizados de forma competitiva, donde en franca lid, los oferentes puedan demostrar la idoneidad financiera, operativa y experticia en los temas puntuales

a contratar, en servicios o bienes, lo anterior como cumplimiento expedito de los mandatos constitucionales de la contratación, como ejes transversales de la compra pública y sus diferentes modalidades de selección, llámese, licitación, selección abreviada, concurso de mérito, mínima cuantía y contratación directa.

Uno de los mencionados principios de la contratación estatal, según el Consejo de Estado, es el principio de transparencia, el cual dispone deben respetarse la igualdad de los oferentes, el principio de objetividad imparcialidad y claridad de los requisitos y condiciones para presentar la oferta, el principio de debido proceso de defensa y contradicción, así como la publicidad de los actos y respuestas que tengan la administración, las cuales deben estar debidamente motivadas y detalladas en el informe que se publique la evaluación, adjudicación o en la declaración de convocatoria desierta. Asimismo, se debe escoger al contratista más idóneo cuya oferta sea más favorable para la administración de forma objetiva. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 17767, 2011). En tales términos se pronunció esa misma corporación en fallo con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez; radicado 15324 de agosto 29 de 2007.

En el caso de las Entidades sin Ánimo de Lucro (ESAL), estas son organizaciones legamente constituidas de carácter civil que se rigen por el derecho privado, cuentan con un patrimonio que se encuentra completamente destinado a suplir las necesidades del interés general o de personas vulnerables o de minorías, para dar cumplimiento a los fines estatales, de este modo, realizan actividades que el Estado no logra, invirtiendo sus ingresos en la ejecución de su objeto social, y en comparación con las sociedades comerciales no se realiza repartición ni distribución de utilidades entre sus miembros, fundadores o terceros, puesto que constituyen una expresión del derecho de asociación y de iniciativa privada con fines sociales (Confederación Colombiana de ONG, 2016).

Es por esto que las ESAL han tomado una actuación protagónica dentro del régimen contractual colombiano, ya que tienen un tipo de reglamentación especial y un fin social que les exime de muchas obligaciones y limita su objeto social por su naturaleza contractual. De este modo, con el fin de satisfacer el cumplimiento del principio de transparencia, al tenor del mandato constitucional y legal consignado en la Ley 80 de 1993, se requiere analizar si esta “situación o tratamiento especial” sí permite que las ESAL cumplan con ese principio de la contratación estatal.

Para el análisis de caso de esta investigación se escoge el proceso de contratación con la Esal Grupo Ingenious Nit 800095511 – 1 y 900981381 – 4 mediante el Convenio de cooperación No. COO-001-2020, publicado en la plataforma SECOP I, número de proceso PC-001-2021, el cual tiene por objeto ejecutar actividades de fortalecimiento de la calidad de vida de 150 adultos mayores en el municipio de Margarita-Bolívar, para analizar si cumple los siguientes parámetros: a) Razón social registrada en Cámara de Comercio, b) Personería jurídica, c). Que haya contratado con entidades públicas, d) Que tengan suficiente experiencia en proyectos de desarrollo social, e) Su objeto social, entre otros aspectos formales, a fin de determinar bajo qué concepto normativo se transgreden los principios de la contratación estatal cuando se contrata con una ESAL. Con base en lo anterior este proyecto de investigación busca proponer la modificación de las reglas de contratación estatal cuando se trate este tipo de organización para garantizar el principio de transparencia en el proceso de selección.

En consideración a lo expuesto, la pregunta problema de investigación que se pretende resolver es: ¿Se vulnera el principio de transparencia de la contratación pública con el tratamiento especial dado a las ESAL en los procesos de selección? En este sentido, el objetivo principal es determinar si los aspectos normativos de la contratación con las ESAL vulneran ese principio de la contratación pública, por lo cual los objetivos específicos buscan identificar la normatividad que rige el proceso de selección de la Contratación estatal con las ESAL, así como, establecer las ventajas de las ESAL con respecto a otras organizaciones jurídicas en el reconocimiento de la idoneidad con fundamento en el Régimen Especial Tributario y como objetivo específico final analizar el ejercicio contractual del “caso de estudio” para determinar si se configura una vulneración a ese principio de contratación.

Por consiguiente, la investigación se basa en un estudio cualitativo de tipo descriptivo-analítico con un método deductivo que estudia los hechos, y en este caso se busca analizar las normas existentes para la contratación estatal general y contrapuesta al régimen especial que reglamenta a las ESAL, con el fin de arribar a posibles interpretaciones jurídicas desde el principio de transparencia en la selección de las ESAL. Para esto, la técnica de la recolección de datos será el análisis documental de la normatividad y la jurisprudencia para realizar el estudio de caso del proceso de contratación con la Esal Grupo Ingenious Nit 800095511 – 1 y 900981381 – 4 mediante el Convenio de cooperación No. COO-001-2020, publicado en Secop 1, el cual tenía por objeto

ejecutar actividades de fortalecimiento de la calidad de vida de 150 adultos mayores en el municipio de Margarita-Bolívar. Asimismo, se tendrán en cuenta fuentes secundarias de análisis como artículos en revistas jurídicas, jurisprudencia y resúmenes jurídicos que puedan servir como referentes académicos.

El artículo presenta en su primera parte todo lo relacionado con la normatividad que rige los aspectos que constituyen un tratamiento especial en la Contratación estatal con las ESAL, en la segunda parte se muestran las ventajas de las ESAL con respecto a otras organizaciones jurídicas en el reconocimiento de la idoneidad con fundamento en el Régimen Especial Tributario, en la tercera parte se presenta el análisis de la ESAL para determinar si existen aspectos que conlleven a vulnerar el citado principio de transparencia en la contratación, y finalmente se exponen las conclusiones.

Normatividad de los principios de la contratación estatal con las ESAL

Las ESAL como personas jurídicas se encuentran en la capacidad de contraer obligaciones con representación, están sujetas a las normativas colombianas y los estatutos dispuestos por sus asociados, quienes por su propia voluntad conforman una sociedad con el propósito de alcanzar fines altruistas en beneficio de la comunidad. En este sentido, existen por ordenamiento del Decreto 2150 de 1995 tres formas de constituir una ESAL legalmente, en primer lugar, a través de un acta de constitución en donde se incluirán los estatutos mediante una asamblea, en la cual los socios manifiestan la voluntad de crearla, atendiendo el lugar, fecha y hora por medio del cual se constituyen, así como los nombres completos de los socios o fundadores, el presidente, el secretario y la naturaleza que tendrá la entidad. En segundo lugar, mediante escritura pública en donde todos y cada uno de los socios o a través de apoderado, elevan escritura pública para conformarla e incorporan los estatutos y las designaciones mencionadas en el acta de constitución y; en tercer lugar, mediante documento privado en donde se consignan todos los datos de los socios y aquellas personas que intervengan en este acto, llámese juez, notario o funcionario de Cámara de Comercio. Finalmente, para adquirir personalidad jurídica deben registrarse ante la Cámara de Comercio de la ciudad. (Barrera, Jimenez, Gonzalez y Suarez, 2013).

La Constitución Política de 1991 estableció algunos lineamientos para la celebración de los contratos con las ESAL, condicionados por el artículo 335 superior, como la idoneidad para lograr

los fines del contrato, la Ley 80 de 1993 (Estatuto de Contratación), es quien provee los parámetros para la contratación estatal, la cual se rige por los principios de la Contratación Pública; entre ellos el principio de transparencia el cual se encuentra ligado al de publicidad ya que las actuaciones del Estado deben ser claras en todas sus etapas. (Mora, 2015; Mejía, Ahumada, Coavas, 2020).

En este aspecto, se establecen las modalidades de selección mediante la Ley 1150 de 2007, artículo 2: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, contratación directa y mínima cuantía, siendo la licitación pública la modalidad estipulada como regla general. Las modalidades de selección con su publicidad garantizan el principio de transparencia, debido a que en los procesos de selección las actuaciones deben ser públicas en medios físicos y virtuales, en consecuencia, existe mayor concurrencia de oferentes por el uso de los medios electrónicos para dar a conocer la convocatoria, el proceso de selección respecto del contrato a licitar y sus condiciones (MINTIC, 2021).

De otra parte, ha de tenerse en cuenta que la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de notoria idoneidad como lo exige el artículo 355 de la Constitución Política que lo reglamenta el Decreto 092 de 2017, es una contratación de tipo especial, la cual es procedente solamente en los casos regulados en esas normas. Tal contratación se origina en la necesidad de seguir apoyando a las entidades estatales, frente a actividades benéficas y dentro del contexto constitucional sin los conocidos auxilios parlamentarios. El origen de esta contratación emana de la Constitución de 1991 referida a la abolición de tales auxilios, pero permaneciendo el apoyo estatal a ese tipo de actividades filantrópicas y si se contienen en los planes de desarrollo, para que quienes las ejecuten sean personas idóneas y sea posible la verificación del uso de los recursos estatales dados para tal fin. (Gesal, 2020, p.4)

La misma guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro indica que la entidad estatal debe asegurar que la dependencia con la cual se contrata no tiene ánimo de lucro, debe constatar que tiene un régimen tributario especial señalado en el artículo 356-2 del Estatuto Tributario, siempre y cuando su objeto social sea cualquiera de las actividades descritas en el artículo 359 del Estatuto Tributario, si son de interés general y de acceso comunitario. (Gesal, 2020, p.15)

En cuanto a la modalidad de selección abreviada consagrada en el artículo 2, numeral 2 de la Ley 1150 de 2007, se aplica excepcionalmente teniendo en cuenta el objeto del contrato, la cuantía, las circunstancias de la contratación y la destinación del bien, obra o servicio para realizar un proceso simplificado, en primer lugar, cuando se busque adquirir y suministrar productos de características técnicas uniformes de uso común, existiendo la posibilidad de realizar procedimiento de subasta inversa, instrumentos con un marco de precios mediante un acuerdo y procedimientos de adquisición en bolsa de productos, como una de las causales más recurrentes. En lo que respecta al concurso de méritos, es usado para selección de consultorías, interventorías, diseños técnicos, entre otras.

La contratación directa afirma Rico (2017) es otra modalidad excepcional y condicionada que deberá fundamentarse taxativamente en los casos de urgencia manifiesta, contratos interadministrativos, de empréstitos, bienes y servicios de defensa y seguridad, aquellos para la ejecución de actividades científicas y de tecnología, fiducias de entidades territoriales para reestructurar pasivos, donde no existan más oferentes, cuando se trate de servicios profesionales y gestiones o trabajos artísticos que deban escogerse personas naturales y el arrendamiento o compra de inmuebles, entre otros. La contratación de mínima cuantía se celebrará cuando en la contratación el valor no exceda del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto (la menor cuantía puede verse en el art. 2 núm. 2 literal b de la ley 1150 de 2007)

Por otro lado, el proceso de licitación pública, como regla general consta de cuatro etapas las cuales se delimitan en primer lugar, por la planeación de la contratación que se va a realizar por parte del Estado, en la cual se debe fijar cuáles son las necesidades que se van a atender por medio de este contrato y los recursos necesarios para llevarlo a cabo; en segundo lugar, la publicación del proyecto, los pliegos y la convocatoria de carácter público, mediante la cual debe prevalecer el principio de publicidad por parte de la administración en esta actuación, con el fin de que la comunidad pueda tener acceso a esta información y garantizar la transparencia del proceso de selección. En tercer lugar, se da apertura a la licitación pública y a los pliegos de carácter definitivo, etapa en la cual se va a establecer cuál será el objeto por contratar, las condiciones finales estipuladas por la entidad y los criterios de selección que se tendrán en cuenta para evaluar el cumplimiento de estos parámetros. Finalmente, se culmina con la etapa de adjudicación

mediante la cual por medio de audiencia pública se determina el oferente seleccionado con participación de la totalidad de postulados (Ortiz, Perdomo y Romero, 2018, p.14).

En la modalidad de contratación directa, afirman Álvarez y Oliveros (2021) que, tratándose de las ESAL, al no existir pluralidad, sino que por el contrario únicamente una entidad, es la idónea para desarrollar el objeto del contrato y se podrá hacer uso de dicha modalidad, del mismo modo, cuando se pretenda ejecutar actividades científicas y tecnológicas que se encuentren dentro del objeto de la entidad a través de convenios o contratos interadministrativos.

Los tipos de contrataciones con la ESAL pueden ser asociaciones en primer lugar, a través de convenios de asociación que celebren entidades privadas sin ánimo de lucro, quienes deben ser reconocidas como idóneas, con las entidades estatales cuyo propósito es desarrollar las actividades asignadas según sus funciones. Y, en segundo lugar, un convenio de colaboración que podrá acordar una entidad estatal bien sea del orden nacional, departamental, distrital o municipal con una ESAL para que implemente programas previstos en el Plan de Desarrollo, lo que implica una ejecución de los recursos públicos, no se somete a competencia si la ESAL aporta el 30% o más del valor del convenio. Actualmente, a partir de la expedición del Decreto 092 de 2017 se establecieron reglas específicas para la contratación entre las entidades sin ánimo de lucro y las entidades públicas dentro del mandato del artículo 355 constitucional, cumpliendo con el objeto del interés público y el carácter no conmutativo (Gómez y Díaz, 2018).

Las ESAL son personas jurídicas legalmente constituidas cuyos aportes, utilidades o excedentes no son reembolsados, ni distribuidos bajo ninguna modalidad, ni directa o indirectamente, ni durante su existencia, ni en el momento de su disolución y liquidación, puesto que persiguen un fin, este es dar cumplimiento al objeto social para el cual fue creado. Cabe destacar, que dentro de los principios establecido por la Constitución Política de Colombia (1991) en su artículo 13 el derecho a la igualdad queda completamente desvinculado, y no se respeta la jerarquía de la Constitución Política como Normas de Normas, la objetividad para los tipos de contratación, las ESAL, como Entidades que pueden acceder a administrar recursos económicos del Estado, deben sujetarse más por este, amén de algunos cambios de interpretación o de forma más que de fondo, por el contrario con estas entidades el Estado puede contratar de forma directa, sin dar acabar los pasos que puedan ser inherentes por el monto o rubro a contratar (Gómez, 2017).

En cuanto a la evolución normativa aplicada a la forma de contratar con el Estado, se puede decir que; entre 1976 y 1993, en vigencia de los decretos 150 de 1976 y 222 de 1983, se realizaban interventorías para controlar de manera muy somera la legalidad y cumplimiento de los trabajos contratados por el Estado y actividades de los contratistas. La Ley 80 de 1993, que es el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, tiene inmerso los principios para la contratación estatal, por tanto, es menester que todos los tipos de contratación se ciñan a tales principios, incluyendo a los de Régimen Tributario Especial (RTE), como son las ESAL (Avellaneda, 2018). Esta Ley, permitió que la interventoría pasara a ser un “recipiente vacío”, por la ausencia de una definición o alcance de dicha actividad. No obstante, esta regulación normativa incorporaba directrices generales para dar más herramientas al interventor permitiendo su evolución de ejercer una actividad de verificación básica a una de control y vigilancia.

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 dada al acto jurídico por las partes, ni de quién solicito su celebración o su naturaleza jurídica debido a que se realizan con el propósito de invertir en programas de interés público para promover los derechos de la población vulnerable, minorías, cuando se trate de la educación, la paz, deportes, pluralidad étnica y manifestaciones artísticas colombianas (DIAN, 2019). La aplicabilidad de este Decreto se excluirá aun tratándose de un contrato público celebrado con una ESAL si este es de carácter conmutativo, es decir, que es oneroso y hay recíprocos beneficios, adicionalmente si tiene fines de lucro, por tanto, ambas partes se obligan a dar y recibir en igualdad, elemento que elimina el fin social y benéfico del régimen estipulado por esta regulación normativa, dando lugar a la aplicación de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el Decreto 092 no es aplicable cuando exista una disposición normativa especial o se trate de un régimen de contratación específico, sin importar naturaleza jurídica del contratista (Vélez, 2019). Cabe aclarar que, actualmente por orden del Consejo de Estado, Sección Tercera, en fallo de 6 de agosto de 2019, se decretó la suspensión provisional de el inciso segundo del artículo 1, los literales “a” y “c” del artículo 2, el inciso segundo del artículo 3 y el inciso final del artículo 4 del Decreto 92 de 2017, hasta tanto no se decida la demanda en contra de la normativa en mención. o reo. “ (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 62003, 2019).

Ahora bien, sobre el tema de la suspensión provisional frente a los convenios y contratos, por el Consejo de Estado, fue negada la solicitud de suspensión provisional la cual resulta improcedente para efectos de convenios y contratos, porque acorde con el artículo 230 numeral 3 del CPACA, tal suspensión provisional es procedente únicamente frente a actos administrativos. (Contratación en línea,2022)

Asimismo, el Consejo de Estado en sentencia de 6 de agosto de 2019, se refirió a la declaratoria de suspensión provisional de algunos artículos del Decreto 92 de 2017, exponiendo entre otras cosas, que según el fallo aludido, encontraron violado el artículo 115 de la Constitución Política, pues el Gobierno Nacional asignó la competencia para fijar alcance y la interpretación de expresiones del decreto acusado, así la fijación de “pautas” y los “criterios” para ejecutar la contratación con las entidades sin ánimo de lucro, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 3 del decreto, a una autoridad ajena al Gobierno Nacional, la agencia de contratación estatal Colombia Compra Eficiente. Es labor que no se puede delegar ni transferir a otra autoridad administrativa ajena al Gobierno Nacional, pues la Constitución no lo permite que esa función sea del gobierno nacional. (Sentencia 62003, 2019)

Lo anterior dio lugar que se suspendiera provisionalmente el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 92 de 2017, y el inciso segundo del artículo 3 del mismo decreto, porque obviamente el presidente de la República excedió sus facultades, al delegar en otra autoridad administrativa ajena al Gobierno Nacional el ejercicio de las funciones de aludidas, sin autorización para ello. (Sentencia 62003, 2019)

Ahora, con relación al literal “a” de la norma acusada, vulnera el artículo 355 constitucional, porque la norma pretende que las entidades públicas contraten el impulso de programas y actividades de interés público que ejecutan las ESAL de reconocida idoneidad—siempre que los mismos sean acordes con los planes de desarrollo (nacional o seccional). De otra parte, allí considero el Consejo de Estado que no hay razón para que no se haga el proceso de selección cuando se identifique que el programa o actividad de interés público lo ofrece más de una persona —natural o jurídica, por la única razón que el objeto del contrato sean actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de diversidad étnica. (Sentencia 62003, 2019)

Concluye el fallo afirmando que el Gobierno Nacional otorga tratamiento privilegiado a quienes desarrollan actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica, vulnerando el derecho a igualdad que debe prevalecer en los procedimientos contractuales. No es posible entender porque se le asigna tal tratamiento diferencial de estas actividades frente a otras de interés público y de otra clase. (Sentencia 62003, 2019)

También se tiene que, para las ESAL, con fundamento en el artículo 355 de la Constitución Política (1991), esta norma prohibió cualquier donación de recursos públicos a personas privadas, sin embargo, introduce la posibilidad de celebrar un contrato en cumplimiento de determinadas condiciones para fomentar el patrocinio estatal de algunas actividades como los programas de interés público acordes con los respectivos planes de desarrollo y la contratación con las ESAL para el cumplimiento actividades de las entidades públicas estipulado mediante el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Asimismo, establece que solo las Entidades Estatales que hacen parte de la rama ejecutiva se encuentran autorizadas para contratar o convenir con las ESAL, a excepción de las mencionadas que reglamenta el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y Decreto 092 de 2017 que regula aquellos “convenios los cuales no están limitados a las Entidades Estatales de los gobiernos nacional, departamental y municipal” (Colombia compra eficiente, 2017).

Igualmente, es importante destacar la posibilidad de celebrar “convenios solidarios” entre municipios, distritos y los cabildos, las autoridades y organizaciones indígenas, los organismos de acción comunal y demás organizaciones civiles conforme lo preceptúa el artículo 3° numeral 16 de la ley 1551 de 2012. Los párrafos 4° y 5° de la misma disposición explican que un convenio solidario es la unión de esfuerzos comunitarios e institucionales para desarrollar obras por valor hasta la mínima cuantía de la respectiva entidad y que incluso puede celebrarse con entidades de orden nacional.

En este sentido, no obsta referirse a que en este tipo de convenios también debe aplicarse la Ley 2195 de 2022 de Transparencia, Prevención y Lucha contra la Corrupción, la cual consiste en un articulado que pretende se robustezcan las acciones de prevención, sanción y fortalecimiento de las instituciones nacionales para el combate frontal a la corrupción, la cual fue diseñada por la Comisión Nacional de Moralización y 25 entidades del Estado, con el liderazgo de la Presidencia y VicePresidencia de la República y la Secretaría de Transparencia. Su objeto es crear herramientas que aporten a sancionar y prevenir los actos de corrupción, así como al fomento de la cultura de la

legalidad, la corresponsabilidad, la integridad y el adecuado manejo de los recursos públicos, asimismo hacer más fuerte la institucionalidad y ser más ampliamente competentes frente a la respuesta del fenómeno de la corrupción. (Presidencia de la (República de Colombia, 2022)

De otra parte, se tiene que existen varias teorías que explican lo inapropiado de las ESAL para la contratación con el Estado, una de ellas es la teoría de la alteridad como intención o animo constitutivo de una persona jurídica, al respecto explica Ruiz (2016) que en el primer “sub universo” habrá consecuencias resultados por parte de personas el carácter jurídico que satisfacen sus intereses propios. Por otro lado, en el segundo “sub universo” se satisfacen los intereses plurales o compartidos de los seres humanos, esto en ejercicio de la libre voluntad de esta persona ficticia que busca que sus resultados beneficien a otras personas, lo cual trae consigo la explicación de está como de naturaleza social, que se considera dentro de las entidades sin ánimo de lucro y las que se encuentran creadas para el comercio.

El ánimo constitutivo hacia lo alter o hacia lo ego puede inferirse del origen de la iniciativa sea civil o mercantil y de la forma jurídica escogida llámese sociedad, fundación, junta o cualquier otra, igualmente se tiene en cuenta el objeto social, es decir, con qué fin se crea y la delimitación de lo que se pretende, para quien se constituye la entidad y desplegar su quehacer.

En este sentido, por medios de prensa se ha tenido conocimiento casos de ESAL cuyo objeto social es demasiado abierto, denunciados por Funcicar (entidad de veeduría ciudadana privada), evidenciando una vulneración al principio de transparencia en el ejercicio de las modalidades de contratación estatal con estas entidades en la ciudad de Cartagena, en la cual se contrató con estas entidades un total de más de 92.000 millones de pesos para el año 2020, en su gran mayoría por medio de contratación directa sin pluralidad de oferentes, sin el cumplimiento de la publicación de los contratos por un día hábil y no coincidía la gestión documental de la Alcaldía entregada a la ciudadanía con las publicadas en el SECOP (Caracol, 2021).

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se advierte que ese contrato, además de vulnerar el principio de transparencia que se ha venido estudiando, se hizo sin el lleno de los requisitos que señala el Artículo 2, numeral 4, literal g de la Ley 1150 de 2007, que señala que La modalidad de selección de contratación directa, solamente procede, entre otros asuntos, cuando no hay pluralidad

de oferentes en el mercado (Ley 1150,2007, art 2) en cuanto a esto, resulta inadmisibile que, por la naturaleza del contrato, en Cartagena no existan mas oferentes para los contratos aludidos.

Asimismo, para el año 2021 Carolina Calderón, directora de Funcicar, encontró en la ciudad de Cartagena que el 79% de los contratistas ESAL habían sido seleccionados para ese año en ese mismo porcentaje por medio de selección abreviada de menor cuantía ante la implementación de la ley 2082 de 2021, puesto que con el Decreto se necesitaba que la Secretaria General aprobara el manejo de los recursos para contratar con las ESAL. (Carrasquilla, O.N. (22 octubre 2021)

Por otra parte, el diario El Colombiano en una nota advierte la creación de ESAL que podrían relacionarse con el alcalde Daniel Quintero con razones sociales correspondientes a a frases de su autoría como “Medellín imparable y el futuro se parece a nosotros”, adicionalmente, este medio de comunicación visitó los domicilios que declaran esas entidades como sus sedes, sin embargo, los residentes de estos sitios negaron conocer de estas ni tener nada que ver con ellas. Se afirma que probablemente su creación puede ser por la recolección de una cuota monetaria obligatoria para los contratistas y funcionarios del municipio, hechos documentados en la denuncia realizada ante la Procuraduría por Pilar Rodríguez, ex directora de la Unidad de la Niñez de la Secretaría de Inclusión Social, explicando que Juan Pablo Ramírez junto con 20 directivos reunidos explicó el proyecto político, aseverando que para lograrlo tenían que hacer una inversión como miembros de la Fundación “el futuro se parece a nosotros”, pagando “cuotas de mantenimiento mensual” bajo la denominación de “aportes” (El Colombiano, 2021).

De este modo, refiriéndose al caso de “Medellín imparable” se encuentra como fundadores tres contratistas recurrentes cuyo domicilio o sede tampoco coincide con el descrito. Igualmente, se encuentra una tercera ONG, llamada Avanti quién ha cambiado varias veces su razón social en el año 2008, 2016 y en el 2020, certificando experiencia laboral para el actual secretario Ramírez, cuya representante legal es Yorlady Villa Cuartas, quién hacía uso de este modus operandi solicitando “aportes” a los contratistas en la entidad “El futuro se parece a nosotros”. En este mismo sentido, se encuentra en convenios similares entre la alcaldía de Medellín ruta NY el área metropolitana para financiar las ESAL con recursos públicos (El Colombiano, 2021).

No puede dejarse de lado que la entidad estatal debe considerar los atributos de la ESAL para valorar su idoneidad y fundamentar su nexo con el Proceso de Contratación, la complejidad y los recursos comprometidos. Los servidores públicos que ordenan gasto tienen un nivel especial de responsabilidad en empleo de recursos financieros que les son asignados, por tanto, las entidades estatales deben emplear sus capacidades críticas y recopilar la información necesaria cuando decidan si la ESAL se financia con recursos públicos. (Gesal,2022, p.13)

En ese sentido, tal entidad privada sin ánimo de lucro puede ser catalogada de reconocida idoneidad si cuenta con buena reputación en el Sistema de Compra Pública y sus grupos interesados. La Constitución Política en su artículo 355 permite otorgar contratos con ESAL que dispongan de reconocimiento público evidente. Cuando las Entidades Estatales resuelven usar recursos en apoyo a una ESAL para cumplir sus objetivos del Plan de Desarrollo, hacen uso de su juicio, sentido común y sana crítica para examinar la reputación de la ESAL que recibe los recursos públicos. (Gesal,2022, p.16)

Asimismo, se encuentran dos ESAL en contratación pública, en primer lugar, la Fundación Tenarco, la cual habría sido contratada 8 veces por un rubro de 3.254 millones de pesos, en todas los casos, por medio de invitación privada y solicitud única de oferentes; en segundo lugar Colombia avanza, la cual ha dicho La W radio en su nota, que pretendía aportar refrigerios para campaña política e incluso bebidas alcohólicas en la celebración de la elección del alcalde Quintero, sumando tres contratos estatales por un valor total de 34.152 millones de pesos, los cuales debían ser invertidos para suministrar alimentos atendiendo al Plan de Alimentación Escolar y el programa “Buen comienzo”, en los cuales se incluían los gastos logísticos dentro del rubro, más sin embargo, se ha descubierto que se hacía uso de la infraestructura de la alcaldía, por lo cual se inició una investigación por sobrecostos la cual fue precluida (El Colombiano, 2021).

Bajo este fundamento teórico, se evidencia el incumplimiento del principio de transparencia con este tipo de persona jurídica, dada la modalidad de contratación empleada y los fines para los cuales se crean dichas entidades. Pinedo (2019) considera insuficiente la regulación contenida en el Decreto 090 de 2017, puesto que la contratación con las ESAL debería incluirse como un modo de selección contractual dentro de la ley 80 de 1993, en aras de salvaguardar los recursos estatales que se le otorguen, ya que se está empleando este tipo de contratación para evadir las licitaciones públicas(p.102) otorgando grandes contratos en ejercicio de la discrecionalidad,

bajo el escudo del desarrollo de un fin esencial del Estado, no obstante, no se están asegurando los principios de transparencia y selección objetiva en esta modalidad, la cual al ser de carácter excepcional debería ser la más vigilada por los entes de control.

Para tal fin, el Consejo de Estado ha señalado las pautas del proceso de selección o escogencia de contratistas a tono con el artículo 4° del Decreto 092 de 2017. Se remite a su texto legal que señala en ese proceso, cuando haya más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad. La Entidad Estatal a nivel nacional, departamental, distrital y municipal deberá tramitar tal proceso de escogencia de la entidad sin ánimo de lucro contratista, cuando en la fase de planeación pueda identificar que el programa o actividad de interés público a desarrollar es ofertado por más de una Entidad sin ánimo de lucro. (Sentencia 59493,2017)

En la misma decisión consideró que, tras examinar normativamente el artículo 4° del Decreto 092 de 2017, el decreto como tal desarrolla constitucionalmente el artículo 355 constitucional y ii) su naturaleza jurídica, y como todo decreto, es un reglamento constitucional autónomo con fuerza jurídica de mayor envergadura jurídica a los reglamentos relacionados en el artículo 189.11 constitucional. Por otra parte, no contradice el inciso final del artículo 150 de la Constitución con el artículo 4° del Decreto, porque el contenido del citado artículo, como se dijo, es un desarrollo normativo de la norma constitucional que regula el procedimiento de selección cuando hay más de una entidad sin ánimo de lucro y del artículo 355 no emerge que a atribución reglamentaria allí señalada es exclusiva de la tipología contractual y no a procedimientos o trámites precontractuales para contratos con ESAL (Sentencia 59493,2017)

Ahora, en lo que corresponde a qué organismos ejercen vigilancia sobre las entidades sin ánimo de lucro, se tiene que con la ley 22 de 1987, el presidente de la República, ejerciendo atribuciones constitucionales, delegó en los Gobernadores y al Alcalde Mayor de Bogotá D.C. inspeccionar, vigilar y controlar las ESAL. Por otra parte, acorde con su objeto social, se regulan por varias entidades del nivel nacional como el Ministerio de Educación, Ministerio de Salud, y el ICBF entre otras. Así mismo, las ESAL deben informar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y a las Cámaras de Comercio y las ESAL que reciben recursos de cooperación internacional, han de rendir cuentas a sus donantes; pero en todo caso todas deben rendir cuentas a sus asociados, órganos directivos o autoridades (CCONG, 2016, p.7)

Ventajas tributarias de las ESAL por su Régimen Especial Tributario y su incidencia en los procesos de contratación pública.

De otra forma, debe precisarse que una ESAL es una persona jurídica, constituida en legal forma, con aportes, excedentes y utilidades no reembolsables ni distribuibles a ningún título siquiera en la etapa de liquidación, debido a que su fin es comunitario, y por consiguiente sus rendimientos se reinvierten para mejorar sus procesos o fortalecer su objeto social (DIAN, 2019). Las ESAL tienen un reglamento especial que autoriza a Entidades del Estado a suscribir contratos con estas empresas, que se presentan como una excepción a algunos principios que rigen la Ley 80, Régimen de Contratación Estatal en Colombia, en parte porque se afecta gravemente con el régimen Tributario, el derecho a la igualdad en los procesos de contratación estatal con las ESAL, haciendo necesaria una transformación de las leyes que contribuyan a que ese Régimen Especial de Tributación no coloque en desventaja a otras entidades jurídicas, además que sostiene una disminución en la recolecta de impuestos que tanta falta la hace a las arcas del fisco para el cumplimiento de los fines del Estado.

Las ESAL, tienen como ventajas el tipo de normas constitutivas especiales, este aspecto al compararlos con las normas que rigen a las empresas que no son sin ánimo de lucro, coloca a estas últimas en total desventaja, tal es el caso que arroja el análisis del Decreto 092 de 2017 que incorporó modificaciones trascendentales al proceso de contratación descrito, las cuales generan algunas discrepancias en su interpretación respecto de la necesidad del proceso de selección para la celebración y la escogencia de la clase de convenio, lo que podría generar dificultades respecto a la idoneidad y selección objetiva cercenando la esencia de la verdadera competencia, esta vulneración específica se da cuando se estipula una excepción a la regla, pues las Entidades Estatales no se encuentran en la obligación de realizar el proceso de selección cuando se trate de 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 (Ley 489, 1998).

No obstante a la luz de la ley aludida, las Esal tienen su régimen especial pero las entidades estatales no se obligan a realizar el proceso de selección en el evento de actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, resulta conveniente citar los artículos 83, 84, 90, 209 de la Carta Política de 1991, que sientan claramente los principios de

la contratación administrativa, que se aplican a todas las operaciones del Estado, como son el de Buena fe, de autonomía para algunas entidades, del control posterior, de la libre iniciativa privada, de colaboración entre los particulares y el Estado para lograr propósitos públicos, de la primacía de lo sustancial sobre lo formal, de eficiencia, de Economía, de Celeridad, de Publicidad , así como de Responsabilidad y Moralidad. De otra parte, también deben observarse rigurosamente los principios contenidos en la Ley 80 de 1993, aplicables incluso a entes exceptuados como los regímenes especiales. (Ahumada, Sierra F., Sierra T.2016, p. 27)

Charry (1992) afirma que las ESAL vulneran los principios de la contratación pública colocando en desventaja a las demás empresas licitantes, afectando de este modo entre otros principios, el de transparencia, fomentando la “contratación sastre” con un tiempo específico, además el RUP no es obligatorio para las ESAL (Decreto 092, 2017, artículo 10) ni se requiere experiencia, con el propósito de otorgar mayor beneficio a la ESAL dejando entrever las preferencias de la Entidad pública, constituyendo una falta expresa al Estatuto Anticorrupción, como implementación de recomendaciones internacionales y medidas novedosas para evitar la corrupción en las actividades de la administración pública, sin embargo, con las ESAL se contrata por “convenio de asociación” siendo esta práctica abusiva traducida en una tipología de contratación directa para lograr evadir el proceso de selección, con el propósito de que estas empresas desarrollen actividades sociales en diversos campos con apoyo estatal, no obstante, se debe hacer un seguimiento fiscal de la destinación de los recursos en la ejecución del contrato estatal para evitar el quebrantamiento de los principios de la contratación pública.

En este aspecto, Acosta y Guarnizo (2018) afirma que coloca en desventaja a los demás contratistas puesto que al tratarse de un Régimen Tributario especial no se ejerce el debido control jurídico y tributario de los recursos económicos entregados dentro de la contratación pública, por lo cual, adicionalmente se vulnera el principio de transparencia, aunado al propósito de constituirse como ESAL para lograr evadir impuestos, ocultando las verdaderas actividades que desarrollan como se ha evidenciado en los casos mencionados en el primer apartado, razón por la cual se expide la ley 1819 de 2016, advirtiendo a las entidades que deben ajustarse a dicho régimen so pena de ser calificadas dentro del Régimen tributario ordinario.(p.92)

Según el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2015) este Régimen Tributario especial se aplica a objetos sociales demasiado abiertos, es decir, de carácter general para desarrollar

actividades económicas sin clasificación, con “fines sociales” para de esta forma acogerse a dicho régimen y poder contratar de manera directa con el Estado, vulnerando el principio de selección objetiva y de competencia dentro de la contratación pública, por lo cual los parámetros deberían ser más estrictos para fiscalizar estas entidades y ejercer un control tributario más exhaustivo sobre los dineros del erario otorgados dentro de los contratos celebrados para el desarrollo de “programas sociales” con únicos oferentes (Acosta y Guarnizo, 2018)

No obstante, Ortega (2016) ha mencionado que la cantidad de ESAL es exorbitante siendo aproximadamente 69.000 declaraciones, contando el Estado apenas con 2.000 auditores que tendrían que evaluar al menos 6.000.000 de declaraciones, sin poder visitar cada una de ellas. De otra parte, se mejoraría la situación si se establecen tributos por igual a todas las empresas que contraten con el Estado, eliminando todo tipo de ventajas tributarias para las ESAL, quienes no están obligadas a liquidar impuesto de renta, por el contrario se encuentran exceptuadas del 20% de los recaudos y su excedente en tasas impositivas de este impuesto y complementarios, y estará completamente exenta cuando se trate de programas con un fin social y actividad meritoria para el año siguiente de su ejecución.

De este modo, la DIAN (2018) ha estipulado el beneficio de la exención de la retención en la fuente de los pagos o abonos a favor de las ESAL por su característico objeto social que sean reinvertidos a favor de la comunidad dentro del Régimen Tributario Especial. En lo que refiere a los contratos, convenio u actos jurídicos a título oneroso o gratuito donde las ESAL tengan incidencia de más del 30% deberá declararlo ante la DIAN para determinar si se ha presentado distribución de los excedentes (Cámara de Comercio de Bogotá, 2021).

Finalmente, se halla dentro del Régimen especial tributario al que pertenecen las ESAL, una desventaja en cuanto a la pertenencia a este como “indicador de eficiencia”, puesto que como se ha mencionado estas entidades no tienen el objetivo de generar utilidades ya que sus aportes son invertidos en actividades de fines sociales, sin embargo, según sean sus gastos en la implementación de proyectos, la administración determina si es idónea para el desarrollo del objeto del contrato que se busca asignar, lo cual al no encontrarse plenamente auditado no se conoce la veracidad de dicha información, más aún, se desconoce la proveniencia de los “aportes” puesto que estos pueden ser anónimos y en ocasiones se trata de los mismos contratistas que poseen intereses con fines de lucro tras la calidad jurídica de ESAL, a quienes se les asignan los contratos

por parte de las mismas entidades públicas (El Colombiano, 2021), teniendo la competencia para solicitar estados financieros y balances avalados por el profesional competente, no obstante, no realizan dicho trámite porque no es a su conveniencia.

Al respecto, la Corte Constitucional, ha mencionado que la gestión fiscal debe ser íntegra y no se limita a un perfil económico formalista, sino que por el contrario en aras de dar cumplimiento a los mandatos constitucionales y de ley que acogen al servidor público y los particulares, se debe salvaguardar la integridad del erario, integrando un proyecto no solo de gestión sino también de resultados, garantizando el efectivo desarrollo de los fines sociales del estado objeto del contrato público con las ESAL. (Sentencia C-840, 2001)

Sobre la regulación de las entidades sin ánimo de lucro, la Corte Constitucional se había pronunciado anteriormente. Se escogieron un par de decisiones sobre el tema. La primera es la sentencia C 671 de 1999, en donde se dijo que el legislador autoriza asociar a entidades estatales con personas jurídicas particulares, pero ejerciendo la transparencia del manejo de los dineros públicos, para que los convenios de asociación respectivos se harán acorde con el artículo 355 de la Constitución Política", que implica no se pueden tomar como pretexto su celebración para conceder auxilios o donaciones a personas naturales o jurídicas de derecho privado, y el acatamiento a la disposición constitucional citada implica celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público a tono con los planes nacionales y sectoriales de Desarrollo, como dice la norma constitucional aludida.(Sentencia C-671/99)

El mismo fallo indica que para cumplir esas actividades implica gastos e inversiones, para que el fomento y desarrollo de estas no es simple actividad declamatoria y retórica, sino que se asienta en la realidad y proyección de futuro, por tanto se puede prever tal como lo hace el legislador, que esos fondos funcionen con aportes privados y públicos, "sin descuidar el control fiscal ejercido por las Contralorías sobre los recursos públicos, no obstante sean entidades "sin ánimo de lucro con personería jurídica, reguladas por el Derecho Privado, así como se señaló en el inciso final del citado artículo 63 de la Ley 397 de 1997. (Sentencia C-671/99)

Posteriormente, en sentencia C-887 de 2002, se indica que surge la necesidad de reunir las condiciones de transparencia e imparcialidad a la función administrativa, ello desempeña un rol

definitivo como elemento de legitimidad en el proceso contractual, con efecto dual, uno negativo, ya fija las condiciones mínimas para acceder a la contratación, siendo así un límite a la actividad administrativa y particular. Y existe una función positiva, donde el interés general es condición inobjetable que rige la acción estatal” (Sentencia C-887, 2002)

Vulneración del principio de transparencia en el caso ESAL Grupo Ingenious NIT 800095511 – 1 y 900981381 – 4 Convenio de cooperación No. COO-001-2020 con el Municipio de Margarita-Bolívar.

En la contratación estatal con un ESAL se encuentra como requisito especial la idoneidad previamente reconocida para garantizar que esta sea capaz de desarrollar el objeto del contrato estatal y el cumplimiento de las actividades, con base en la experiencia con la que cuente y el objeto estatutario, para lo cual Colombia Compra Eficiente (2018) expide una guía de contratación pública, por consiguiente, la idoneidad se compone de la correspondencia que tenga el objeto social que tiene la ESAL respecto de la actividad que se busca desarrollar a través del plan de desarrollo para que se considere adecuada para ejecutar la actividad prevista, asimismo, que cuente con la capacidad, es decir, que tenga el personal permanente y la posibilidad de adicionar algún personal eventual, los instrumentos técnicos y administrativos requeridos para la ejecución del contrato (Citado en Morales, 2018).

Asimismo, deberá tener la experiencia proporcional al proyecto que se busca contratar, los recursos y los riesgos que se encuentran envueltos en la ejecución del contrato para determinar si la mejor opción, esta experiencia es comprobable con el desarrollo de proyectos previamente apoyados y desempeñados con sus donantes respecto de las actividades que se pretenden desarrollar en la contratación estatal, así como la reputación que posea la ESAL ante el público y los grupos de interés, comprobable a través de encuestas a la población y la verificación de los antecedentes disciplinarios, fiscales y penales.

De este modo, también deberá cumplir con una estructura organizacional que pruebe la madurez en sus procedimientos y el manejo de sus funciones, demostrando que cuentan con organismos de administración activos que supervisen la actividad de los administradores de la ESAL, sus estados financieros debidamente soportados por el revisor fiscal o el contador público, la política documentada de sus conflictos de interés, manejo de riesgos y compensación de

administradores. En este sentido, los indicadores financieros demuestran la eficiencia que tiene la entidad y permite establecer a través de criterios objetivos si cumple con la idoneidad para ser escogida en la adjudicación del contrato, los cuales podrán consultarse a través del RUP, no obstante, este no es obligatorio a la luz del Decreto 092, los estados financieros y sus declaraciones tributarias (Colombia Compra Eficiente, 2018).

Si bien es cierto, en la relación convencional entre el Estado y las ESAL se deben tener en cuenta criterios de escogencia que recaen sobre el género de estas entidades y no solo sobre su especie jurídica, guardando un equilibrio entre el cumplimiento de los principios constitucionales de la contratación estatal y la facultad discrecional que atañe al estado para la selección del contratista en estas modalidades, entendiendo según Vega Pinzón (2015) la discrecionalidad como un sinónimo de libertad en las actuaciones de la administración pública, sin que esta facultad sea absoluta ni arbitraria, ya que se encuentra delimitada por los fines del Estado y el interés general. En el contexto de la contratación estatal la discrecionalidad se debe reemplazar por las formalidades inherentes a este asunto aun tratándose de un régimen exceptuado, con el propósito de realizar una selección objetiva y transparente (Guecha, 2010), que permita la correcta planeación y estudios previos para obtener resultados positivos y, en consecuencia, se ejecute cabalmente el objeto del contrato estatal, en este caso convenio.

Aunado a lo anterior, en el artículo 4 del Decreto 92 de 2017 se estipula el proceso competitivo de selección en los casos en que exista más de un oferente sin ánimo de lucro, para ello se llevan a cabo tres fases, en la primera se definen y publican los indicadores mencionados realizando una comparación de las ofertas de la entidades para aplicar criterios de ponderación respecto de su idoneidad, eficiencia, experiencia y demás requisitos; en la segunda etapa se estipula el plazo razonable para que estas presenten sus ofertas y documentación que les atribuya la idoneidad requerida y, finalmente, en la tercera etapa una vez recibidas las ofertas se evalúan para escoger acorde al criterio de selección objetiva la más favorable al Estado. Cabe resaltar, que este proceso competitivo no es obligatorio cuando el objeto de contratación contenga actividades de carácter artístico, cultural, deportivo o para promover la diversidad étnica.

Para identificar la aplicación del Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991, y la aplicación del Decreto 092 de 2017, la vulneración o no de los principios de contratación estatal, cual fuere el caso, se realiza un estudio de caso correspondiente a la Esal Grupo Ingenious Nit

800095511 – 1 y 900981381 – 4 quien suscribió el Convenio de cooperación No. COO-001-2020, publicado en la plataforma SECOP I, bajo número de proceso PC-001-2021, el cual tenía por objeto ejecutar actividades de fortalecimiento de la calidad de vida de 150 adultos mayores con el municipio de Margarita-Bolívar. Esto con el propósito de determinar si se atendieron los criterios objetivos de selección condensados en la experiencia, capacidad, menor valor y favorabilidad técnica que tiene la oferta. (Corte Constitucional, Sentencia C- 300/2012).

Para tal fin se llevó a cabo proceso competitivo a través de la modalidad de selección abreviada de menor cuantía, con estudios previos e invitación pública, en el cual se determina la necesidad que tiene la entidad pública con el propósito de fundamentar la oferta, estipulando que la misión del plan de desarrollo municipal titulado “Margarita primero, camino diferente”, el cual tiene por propósito dignificar a los habitantes a través de políticas públicas e incluyentes para garantizar sus derechos humanos en el período 2020-2023, más concretamente para los adultos mayores, quienes por el deterioro del envejecimiento como un proceso natural del cuerpo tienen alteraciones funcionales, psicológicas y bioquímicas, las cuales disminuyen su capacidad y aumentan la vulnerabilidad de esta población, constituyendo así un objeto susceptible de contratación una ESAL.

De este modo, se clasifican los bienes y servicios requeridos por la entidad como servicios políticos, de asuntos cívicos, comunitarios y sociales, de desarrollo y servicios sociales y de servicios de bienestar social, cuyo proceso competitivo tuvo por objeto seleccionar un cooperante para aunar recursos y esfuerzos para ejecutar actividades que fortalecerán la calidad de vida de 150 adultos mayores en el municipio de Margarita Bolívar, por medio de actividades recreativas, lúdicas, culturales, educativas, productivas, nutricionales y de salud. Esto para lograr que los beneficiarios tengan unas condiciones dignas para alcanzar una vejez productiva y activa, contando con un presupuesto de \$206.553.324,00, de acuerdo con el presupuesto general de rentas y gastos del municipio contratante, correspondiéndole a la ESAL un aporte en especie por valor de \$20.655.332,40), de acuerdo con el tiempo previsto en el cronograma.

Es de anotar en este caso entonces, que la entidad estatal del caso revisado, permite que se realice el convenio de asociación, con un aporte en especie de \$20.665. 332.00, lo cual está prohibido por el Decreto 092 de 2017, el cual en su artículo 5 señala la Asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir actividades propias de las Entidades Estatales. Esta

norma explica que los convenios de asociación celebrados con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y con entidades Estatales para ejecutar actividades enfocadas a cometidos y funciones asignadas por la ley descritas en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no se sujetan a competencia cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para ejecutar actividades por un 30% del valor total del convenio. Los recursos comprometidos por la ESAL, pueden ser propios o de cooperación internacional. Es claro entonces que esta norma, aunque no lo habla expresa, sino tácitamente, explica que no se pueden comprometer recursos en especie, sino en dinero, como equivocadamente se hizo en ese contrato. (Decreto 092,2017)

Se hizo uso del proceso especial de selección abreviada para suscribir convenio de cooperación con la ESAL que tuviera reconocida idoneidad, atendiendo a los requisitos establecidos en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, por lo tanto, se tuvo en cuenta que el objeto del contrato correspondiera a los programas estipuladas en el Plan Nacional o seccional de desarrollo, la no conmutatividad del contrato y la inexistencia de una oferta distinta a la ofrecida por la ESAL, fundamentándose en la optimización de los recursos al contratar con este tipo de entidades. Para tal fin se realizó la publicación y los estudios previos en la plataforma Secop administrada por Colombia Compra Eficiente el 11 de agosto del 2021, iniciando la presentación de propuestas y cierre del proceso el 12 de agosto desde las 8:00 h de la mañana hasta las 15:00 h de la tarde, es decir, un plazo inferior siquiera a 24 horas hábiles, constituyendo una violación al principio de transparencia, selección objetiva y publicidad, dado que en tan corto espacio temporal la ciudadanía no podría conocer el proceso con detenimiento para realizar observaciones y presentar ofertas, sino que por el contrario se limitó a recibir un solo oferente ¿cómo se garantiza que esta es la mejor opción?

Sobre el particular debe aclararse que si bien el artículo 2.2.1.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015 no dice que el término para publicar sea de días hábiles, la Ley 4 de 1913, en el artículo 59, establece que los plazos de ley terminan a la medianoche, por día se entiende el espacio de veinticuatro horas; el artículo 62 establece que los plazos de días fijados en la ley no cobijan los feriados. Respecto a la noción de día hábil, se expone que los días hábiles se determinan según la entidad, cada cual establece su jornada laboral en su reglamento interno, y determina cuando atienden al público, definiendo qué día es hábil y cual no, siendo días hábiles los de la semana durante los cuales las entidades públicas atienden público, generalmente los días de la semana,

excepto sábados, domingos y feriados previstos generalmente como días de descanso»”. (Contratación en línea, 2020)

En cuanto a que la Alcaldía de Margarita Bolívar lleva a cabo un “proceso competitivo” en el que no hubo competencia alguna, ya que no se tomaron ofertas de distintas ESAL para dar cabal cumplimiento a lo referido por el artículo 4 del Decreto 92 de 2017, tampoco se dio cumplimiento al “plazo razonable” para que los oferentes logaran acreditar su idoneidad y ofertaran en igualdad de condiciones, incumpliendo con la etapa número dos contenida en el artículo en mención y vulnerando el principio de competencia y selección objetiva. En consecuencia, como lo ha mencionado la Corte Constitucional, los criterios que integran la selección objetiva atienden al cumplimiento del principio de transparencia e imparcialidad inherentes a la función pública, la eficacia y eficiencia de los recursos estatales, razón más que válida para que el legislador imponga al Estado un proceso evaluativo de las propuestas equivalentes y más favorable a la administración, con observancia del lleno de los requisitos exigidos para la contratación pública, en el caso de las ESAL se le da cierto favorecimiento por el objeto social que le atañe y las poblaciones vulnerables favorecidas como fin comunitario del Estado. (Sentencia C-932,2007)

Con relación al proceso competitivo, es necesario advertir que el artículo 4 del Decreto 092 de 2017 señala como fases del proceso competitivo de ESAL: (i) definición y publicación de indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación que permita la comparación de ofertas; (ii) La definición de un término razonable para la presentación de ofertas y documentos de idoneidad por las ESAL y; (iii) La evaluación conforme a los criterios definidos para el efecto. (Gesal,2020, p.20)

El mismo documento oficial señala que el proceso competitivo del artículo 4 del Decreto 092 de 2017 no aplica a convenios de asociación, por prohibición del artículo 5, pero las entidades estatales en su autonomía establecen el mismo procedimiento para escoger las Esales en convenios de asociación y contratos de colaboración. De todas formas, el proceso competitivo que definido por las entidades estatales en tales convenios de asociación debe asegurar la libre competencia y la comparecencia de muchos interesados, asimismo haya comparación objetiva de las ofertas, y se puede hacer similarmente a otros en que exista plena competencia, como los de licitación pública. (Gesal,2020, p.23)

Debe igualmente recordarse que el SECOP II es la única versión transaccional de la plataforma que permite registrar proveedores y, considerando que el Decreto 092 de 2017, artículo 9, indica que las entidades privadas sin ánimo de lucro deben registrarse en el SECOP, igualmente las entidades estatales que contratan acorde al artículo 355 de la Constitución Política deben dar trámite al contrato en el SECOP II utilizando el módulo “Régimen Especial”. La ESAL pueden acudir al mercado para ejecutar actividades que desarrollen el objeto del contrato con una Entidad Estatal. Allí se estaría en presencia de un evento de subcontratación que debe ponerse en conocimiento público, mediante el Sistema Electrónico de Contratación Pública. Acorde al artículo 7 del Decreto 092 de 2017, la entidad estatal debe publicar los documentos de los subcontratos reportados por la ESAL en la sección “documentos de ejecución del contrato”. Además, todos los documentos registrados en decisiones y sus fundamentos relativos a contratos con ESAL, por colaboración o convenios de asociación, se publican en SECOP II (Gesal, 2020, p.24,25)

De otra parte, se tiene que, de acuerdo con la noticia publicada por Caracol de fecha octubre 10 de 2021, Funcicar ha recomendado que se realicen los estudios necesarios y completos ajustados a derecho, dado que al menos el 43% de los contratos que se suscribieron estuvieron publicados por un término inferior a un día hábil. Adicionalmente, las propuestas solo se reciben por medios físicos y se evaluaron el día 13 de agosto mediante informe evaluativo, en el cual participó un único proponente ESAL Grupo Ingenious Nit 800095511 – 1 y 900981381 – 4, quien según informe cumplió con el aspecto jurídico financiero y la experiencia requerida así como el aspecto técnico y de calidad, el apoyo a la industria nacional y el valor de la oferta económica, contando con Cámara de comercio de Cartagena – Bolívar, Inscripción No. 09-359071-21 del 08 de Septiembre de 2020, cuyo objeto social es “Propender por mejorar la calidad de vida de las poblaciones más vulnerables socialmente a través de programas individuales, gremiales, microempresariales, programas autogestionario y mejoramiento del habita y el desarrollo de la economía solidaria” (Alcaldía de Margarita- Bolívar, 2021, p.3).

Analizado igualmente este contrato, es preciso traer a colación que el Principio de Transparencia descrito en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, señala que la actuación a tomar por las entidades y particulares en el desarrollo de los procedimientos para lograr el contrato estatal, tienen además de un lineamiento integral a la contratación pública, como es ubicar la modalidad de selección del contratista, señala los términos par que los interesados controviertan o conozcan

actuaciones dentro de los procesos, con el fin de estimular al público realice controles permitiendo la solicitud de documentos, fija claras y completas reglas previas a la adjudicación de un contrato y patrocina sean públicas sus actuaciones. (Rico, M.,2017, p. 8).

Sobre el tema, el Consejo de Estado ha puntualizado que el principio de transparencia en la contratación estatal implica aspectos de claridad y nitidez en la actuación contractual, para que tenga supremacía el interés general, a que concurren libremente los interesados en contratar con el Estado, a que haya igualdad de los oferentes, la publicidad de todo el trámite contractual, la escogencia objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en tal sentido emita la administración, la libre concurrencia de los interesados conduce a que estos accedan e intervengan en el proceso de selección y la prohibición de la Administración de establecer injustificadamente mecanismos o trabas para que se excluyan potenciales oferentes. (Sentencia 49847,2016)

Ahora, como el principio de transparencia está contenido en el artículo 24 de la ley 80 de 1993 y a lo largo de esta argumentación teórica se ha resaltado su gran importancia en la etapa de contratación estatal, sin importar su modalidad, es necesario precisar que la reforma propuesta debe comprender que el numeral 2 del artículo 24 de la ley 80 de 1993 quedara así “2o. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones. Se aplicará todos los principios de contratación estatal en los contratos suscritos por el Estado, en especial el de transparencia, incluso en aquellos que por ministerio de ley tengan tratamiento preferencial como los realizados con las entidades sin ánimo de lucro.”

Finalmente, tras el estudio de la documentación allegada, la Alcaldía de Margarita Bolívar determina que si cumplió con los requisitos para llevar a cabo el convenio, teniendo en cuenta que se requerían 4 años de experiencia y la ESAL contaba con 20 años de experiencia general, y 5 años inscrita en el registro de entidades sin ánimo de lucro de la Cámara de Comercio número 26901, allegando del mismo modo la certificación de experiencia específica bajo Contrato No. 2020-02-20-005, cuyo objeto era: “Apoyo interadministrativo para la gestión integral diurna de adultos mayores en el distrito de Cartagena de Indias” (Alcaldía de Margarita- Bolívar, 2021, p.6), ejecutado de febrero a julio del año 2020, con un índice de liquidez de 1009,30 y rentabilidad sobre

patrimonio y activos del 0,25, cumpliendo así con la verificación financiera, por ello, el día 17 de agosto se da traslado de dicha evaluación, publicando el acto administrativo al día siguiente para adjudicar el convenio y el día 23 de agosto se perfecciona el contrato, expidiendo acta de inicio el día 24 de agosto de 2021 con un plazo de 15 días.

Conclusiones

La contratación estatal se encuentra regulada por la ley 80 de 1993, la cual contiene unos principios a los cuales se debe dar pleno cumplimiento o observancia, dependiendo de cada modalidad de contratación, en el caso de las ESAL, se estructuran ciertas prebendas violatorias al principio de competencia, por cuánto en los casos en que la entidad aporte el 30% o más del valor del contrato a ejecutar no será necesario el proceso de selección, igualmente, cómo se estipula en la Ley 489 de 1988 tampoco deberá realizarse este proceso cuando se trate de actividades artísticas, deportivas, culturales o de promoción de diversidad étnica colombiana, siempre que se justifiquen estas actividades documentalmente, por consiguiente esto coloca en desigualdad a los demás oferentes, ofreciendo a las ESAL una modalidad más favorable dado su objeto social.

La contratación estatal con entidades sin ánimo de lucro se fundamenta en el artículo 355 de la Constitución Política que prohibía las donaciones de recursos públicos a personas privadas, no obstante, introduce la posibilidad de contratar con estas entidades siempre que su objeto coincida con los objetivos del Plan de Desarrollo de la entidad pública, por ello, se tiene como prioridad estas entidades, dado que su objeto social desarrolla uno de los fines del Estado, con el propósito de invertir en programas de interés público para promover los derechos de la población vulnerable, minorías, cuando se trate de la educación, la paz, deportes, pluralidad étnica y manifestaciones artísticas colombianas.

El Decreto 092 de 2017 se expide para regular esta modalidad de contratación, siempre que el contrato no sea conmutativo, se trate de una ESAL con reconocida idoneidad que conste del objeto social acorde al Plan de Desarrollo y, que no exista otra oferta en el mercado a la de la entidad oferente o si lo hay esta genere mayor valor. Esta regulación exime a las ESAL de la obligatoriedad del registro único de proponentes y de la declaración de renta, lo cual coloca en desventaja a los otros tipos de sociedades y no garantiza los principios de selección objetiva en la contratación, al no demostrar el musculo financiero de la entidad.

El Régimen Tributario especial no ejerce el debido control jurídico y tributario de los recursos económicos entregados dentro de la contratación pública, por lo cual, se vulnera el principio de transparencia, puesto que en ocasiones se constituyen como tal para lograr evadir impuestos, igualmente, este régimen es aplicable a objetos sociales demasiado abiertos, estando habilitados en grandes campos para contratar de manera directa con el estado, vulnerando el principio de selección objetiva y competencia dentro de la contratación pública, por lo cual los parámetros deberían ser más estrictos para fiscalizar estas entidades y ejercer un control tributario más exhaustivo sobre los dineros del erario.

Para el caso de estudio escogido de la ESAL GRUPO INGENIOUS NIT 800095511 – 1 y 900981381 – 4 mediante el Convenio de cooperación No. COO-001-2020, publicado en Secop 1, el cual tenía por objeto ejecutar actividades de fortalecimiento de la calidad de vida de 150 adultos mayores en el municipio de Margarita-Bolívar, se evidenció que si bien se cumplieron los requisitos para que se le adjudicara el contrato por medio de la modalidad de selección abreviada, se encuentra como “único proponente” la ESAL referida, adicionalmente, se encontró vulnerado el principio de transparencia, atendiendo a lo contenido en el artículo 4 de Decreto 92 de 2017, puesto que la publicación de la invitación pública y la recepción de ofertas estuvo disponible menos de 24 horas hábiles en las cuales no se cumple dentro del proceso “competitivo” un espacio temporal razonable para que las distintas ESAL ofertaran y compitieran entre estas para acreditar su idoneidad y se escogida la oferta más favorable, situación que se ha vuelto característica se estos procesos pero que afecta los principios de contratación estatal, para el cual debería primar la licitación pública.

Si según el principio de transparencia, se debe respetar la igualdad de los oferentes, esto no se hizo en el proceso de contratación con la Esal Grupo Ingenious Nit 800095511 – 1 y 900981381 – 4 mediante el Convenio de cooperación No. COO-001-2020, publicado en la plataforma SECOP I, número de proceso PC-001-2021, donde se presentó un único proponente y además se hace un convenio de asociación, con un aporte en especie de \$20.665.332.00, lo cual se prohíbe por el Decreto 092 de 2017.

De igual forma, ocurrió igual caso en el contrato denunciado por Funcicar (entidad de veeduría ciudadana privada), por más de 92.000 millones de pesos para el año 2020, en su gran mayoría por medio de contratación directa sin pluralidad de oferentes, y que además en estos casos

puestos de presente, además de vulnerar el principio de transparencia, no se cumplió con los requisitos que señala el Artículo 2, numeral 4, literal g de la Ley 1150 de 2007, propios de la modalidad de selección de contratación directa,

Asimismo se analizó el contrato denunciado por el diario El Colombiano para la creación de ESAL al parecer relacionada con el alcalde Daniel Quintero, siendo hechos contratos con la Fundación Tenarco, 8 veces por un rubro de 3.254 millones de pesos, por medio de invitación privada y solicitud única de oferentes, vulnerando así tal principio de transparencia, pero lo curioso es, que los contratos los hace la Alcaldía y según la ley 22 de 1987, el presidente de la República, delegó en los Gobernadores y al Alcalde Mayor de Bogotá D.C. inspeccionar, vigilar y controlar las ESAL, es como se pusiera un depravado sexual a cuidar un jardín infantil, pues no se avizora dicho control en tales contratos.

En todos los casos no fue registrada la contratación en el SECOP II, lo cual resalta obligatorio de acuerdo con el Decreto 092 de 2017, artículo 9, indica que las entidades privadas sin ánimo de lucro deben registrarse en el SECOP

En los casos analizados, como ya se explicó, hay incumplimiento de los requisitos legales para celebrar esos contratos estatales, los cuales no solo se configuran como una simple irregularidad, sino que pueden tener trascendencia para los servidores públicos y particulares con funciones publicas transitorias, en los ámbitos fiscal, disciplinario y penal, en la medida que comprometen dineros del Estado,

Finalmente, se propone unificar la regulación contenida en el Decreto 090 de 2017 e incluir esta modalidad de contratación con las ESAL dentro de la ley 80 de 1993, en aras de salvaguardar los recursos estatales y evitar que se evada la modalidad de licitación pública, asegurando el principio de transparencia en esta modalidad, la cual al a ser de carácter excepcional debe ser la más vigilada por los entes de control. Asimismo, se recomienda aplicar los principios de la contratación estatal en igualdad de condiciones a las ESAL en libre competencia y no como único proponente, garantizando además la publicidad e idoneidad, para lo cual se debe demostrar su idoneidad, ausencia de ánimo de lucro, constitución jurídica, la antigüedad y experiencia requerida para garantizar los resultados de calidad en el ejercicio del objeto del contrato, con una estructura organizacional que procure la confianza no solo del Estado sino de la sociedad en general, para garantizar que sea la oferta más favorable.

Referencias

- Acosta y Guarnizo, M. (2018). Los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro, y su inclusión como modalidad en el estatuto general de la contratación estatal. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/15535>
- Alcaldía de Margarita - Bolívar. (2021). Acta de inicio. Convenio de cooperación No. coo-001-2020, celebrado entre el municipio de Margarita – Bolívar y Fundación social amigos generando progreso. <https://acortar.link/Wu4fqP>
- Alcaldía de Margarita- Bolívar. (2021). Convenio de cooperación No. coo-001-2020, celebrado entre el municipio de Margarita – Bolívar y Fundación social amigos generando progreso. <https://acortar.link/Wu4fqP>
- Alcaldía de Margarita- Bolívar. (2021). Estudios previos. Proceso competitivo de selección de Esal No. PC-001-2021. <https://acortar.link/Wu4fqP>
- Alcaldía de Margarita- Bolívar. (2021). Invitación Pública Especial del Proceso Competitivo No. Pc-001-2021. “Seleccionar el cooperante para aunar esfuerzos y recursos para la ejecución de las actividades de fortalecimiento de la calidad de vida de ciento cincuenta (150) adultos mayores mediante la implementación de actividades lúdicas, recreativas, culturales, educativas, productivas, saludable y nutricional, del municipio de Margarita – Bolívar”. <https://acortar.link/Wu4fqP>
- Alcaldía de Margarita- Bolívar. (2021). Informe evaluativo. Invitación pública especial del proceso competitivo No. PC-001-2021. Recuperado de: <https://acortar.link/Wu4fqP>
- Álvarez, F. y Oliveros, A. (2021). Manual de contratación estatal para las Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL) en los procesos de selección pública en Colombia. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Ingeniería. Programa de Ingeniería Civil. Bogotá, Colombia. <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/27052>
- ANDI. (2019). Guía para la aplicación de las entidades sin ánimo de lucro al régimen tributario especial. <http://www.andi.com.co/Uploads/Gu%C3%ADa%20para%20la%20aplicaci%C3%B3n%20de%20las%20ESAL%20al%20RTE.pdf>

- ANDI. (2020). Principios de la contratación estatal. <http://proyectos.andi.com.co/es/GAI/GuiInv/ConEst/ConEst/Paginas/PCEst.aspx>
- Avellaneda, S. (2018) Evolución, retos y riesgos del control contractual en Colombia. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/especiales/administrativo-y-contratacion/evolucion-retos-y-riesgos-del-control-contractual>
- Barrera, A., Jimenez, N., Gonzalez, L., y Suarez, M. (2013). Tensiones y contradicciones de instituciones sin animo de lucro (ESAL). <http://polux.unipiloto.edu.co:8080/00001285.pdf>
- Cámara de Comercio de Bogotá. (2021) Manual básico sobre entidades sin ánimo de lucro – ESAL. <https://recursos.ccb.org.co/ccb/recursos-aplicaciones/manual-esales/Manual%20b%C3%A1sico%20sobre%20entidades%20sin%20%C3%A1nimo%20de%20lucro.pdf>
- Caracol (12 de octubre de 2021). Alcaldía de Cartagena contrató \$264 mil millones en 2020. Para atención al COVID-19 se identificaron 113 contratos por más de \$54 mil millones. https://caracol.com.co/emisora/2021/10/13/cartagena/1634088106_582621.html
- Carrasquilla, O.N. (22 octubre 2021) Entérese cómo se gastan la plata las alcaldías locales de Cartagena. Para algunos estas entidades se han convertido en figuras poco claras. Funcicar hizo un análisis de su contratación, quedando más preguntas que respuestas. *El Universal*, <https://www.eluniversal.com.co/politica/enterese-como-se-gastan-la-plata-las-alcaldias-locales-de-cartagena-AH5595893>
- CCONG (2016). Lo que hay que saber de las Entidades sin Animo de Lucro. Confederación Colombiana de ONG. https://ccong.org.co/files/728_at_Lo%20que%20hay%20que%20saber%20de%20las%20ESAL,%20agosto%20de%202016.pdf
- Charry J (1992). Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia. Bogotá.: https://repository.urosario.edu.co/oai/request?verb=ListRecords&set=com_10336_565&metadataPrefix=qdc

Colombia Compra Eficiente (2017). Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. https://www.urosario.edu.co/Servicios-Legales-Y-Construccion-de-Paz-Colombia/Dialogo-Guiado-3/materialDeApoyo/guia_esal.pdf

Colombia Compra Eficiente (2020). Concepto C – 483. http://www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/doct/cce_483_20.pdf

Colombia Compra Eficiente (2020). Etapa precontractual: principios de la contratación estatal. Obtenido de Etapa precontractual: principios de la contratación estatal. <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/1-etapa-precontractual-principios-de-la-contrataci%C3%B3n-estatal>

Contratación en línea, 2020, <https://contratacionenlinea.co/index.php?action=view&id=5538&module=newsmodule&src=%40random6117e16c9d429>

DIAN (2018). Concepto 000276 (6 de marzo) <https://global.co/wp-content/uploads/2018/07/37-Con-DIAN-00276-2018-retencion-RTE.pdf>

DIAN. (2019). Oficio N° 0288, (19 de marzo) <https://cijuf.org.co/normatividad/oficio/2019/oficio-288.html>

DIAN. (2019). Recuperado: <https://www.dian.gov.co/impuestos/sociedades/ESAL/Paginas/default.aspx>

El Colombiano. (8 de noviembre de 2021). Extraño boom de ONG ligadas con equipo del Alcalde. Hay un entramado de entidades sin ánimo de lucro que se valdría de recursos de la administración para hacer política. <https://www.elcolombiano.com/antioquia/extrano-boom-de-ong-ligadas-con-equipo-del-alcalde-DE15993707>

Gesal(2020) Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad G Gesal 03, Colombia compra eficiente. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf

- Gómez, A., y Díaz, C. (2018). Los convenios de interés público y de asociación en el régimen de contratación pública colombiana. *Revista Derecho del Estado*, (44), 285-325. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.11>
- Gómez, P. (2017). Contratación Pública para ESAL en época del COVID-19. : <https://probono.org.co › pdf › ProBonoenCovid19>
- Guecha Medina, C. (2010). Contratos administrativos Control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Mejía Turizo, J., Ahumada Primo, E. V. Coavas Castro, C. J. (2020). Estándares de transparencia y selección objetiva en procesos de compra pública reflejados en el SECOP relativos al covid-19. *Erg@ omnes*, 12(1), 192-204.
- Mintic. (2021) Manual de contratación. https://mintic.gov.co/portal/715/articles-135690_manual_contratacion_u20210326.pdf
- Mora. C. (2015). Principios de la contratación estatal en Colombia. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2002/Moracesar2015.pdf?sequence=1>
- Morales, A. (2018). Análisis acerca de la aplicabilidad del decreto 092 de 2.017 a la contratación estatal con organismos multilaterales, cuando la participación financiera de estos es menor al 50% de los recursos. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/42976/TESIS.pdf?sequence=2>
- Ortiz, J. Perdomo. S, y Romero, L. (2018). Contratación estatal directa con entidades sin ánimo de lucro: revisión de las condiciones de selección a partir del decreto 092 de 2017. Recuperado de: <https://1library.co/document/4yr7x1jq-contratacion-estatal-directa-entidades-revision-condiciones-seleccion-decreto.html#fulltext-content>
- Pinedo, M. (2019). Régimen contractual de las fundaciones frente al principio de transparencia y selección objetiva. *Revista Vis Iuris*, 6(12), 81-104. <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/1547>
- Rico, M. (2017). El principio de transparencia como lucha contra la corrupción en la contratación estatal en Colombia.:

<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14358/4/EL%20PRINCIPIO%20DE%20TRANSPARENCIA.pdf>

Ruiz (2016). La re-definición de la entidad sin ánimo de lucro (ESAL) como entidad con ánimo.
[https://xperta.legis.co/visor/rimpuestos/rimpuestos_07430be12aca454ba77dd456d49ca840/revista-impuestos/la-redefinicion-de-la-entidad-sin-animo-de-lucro-\(esal\)-por-su-animo-de-alteridad-en-el-e.t.](https://xperta.legis.co/visor/rimpuestos/rimpuestos_07430be12aca454ba77dd456d49ca840/revista-impuestos/la-redefinicion-de-la-entidad-sin-animo-de-lucro-(esal)-por-su-animo-de-alteridad-en-el-e.t.)

Vélez (2019). La contratación estatal con entidades sin ánimo de lucro en Colombia de cara a las modalidades abusivas del contrato público.
<https://repository.upb.edu.co/handle/20.500.11912/9434>

Vega Pinzón, G. (2005). La Discrecionalidad Administrativa, en temas de derecho Administrativo Contemporáneo. Bogotá: Universidad del Rosario Editores.

Constitución Política (1991) Asamblea Nacional Constituyente
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso 26103.
 (C.P Ramiro Saavedra Becerra; Julio 2 de 2007)

Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección tercera; C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia 15324 de agosto 29 de 2007.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subseccion C, Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767) (Consejera ponente: Olga Mérida Valle De De La Hoz, 31 de enero de 2011)

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda - Subsección "B" Consejera Ponente: Doctora Bertha Lucía Ramírez De Páez 9 de febrero de 2012 Radicación No. 11001-03-25-000-2009-00140-00

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subseccion A, Radicación número: 11001-03-26-000-2018-00113-00(62003) (Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 6 de agosto de 2019)

Corte Constitucional. Sentencia C-840/2001, Referencia: expediente D-3389 , M.P Jaime Araújo Rentería. Agosto 9 de 2001. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-840-01.htm>

Corte Constitucional.Sentencia C-932/2007, Referencia: expediente D-6794, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra. Noviembre 08 de 2007
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-932-07.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C- 300/2012, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Abril 25 de 2012.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-300-12.htm>

Decretos 150 (1976) Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1708308>

Decreto 222 (1983) Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones., <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1049915>

Decreto 777 (1992) Por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0777_1992.html

Ley 80 (1993). Estatuto de Contratación Colombiano. Bogota. :
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304>

Ley 489 (1998). Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional y otras disposiciones.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=186>

Decreto 092 (2017). Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso 2o del artículo 355 de la Constitución Política.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0092_2017.html

Ley 1150 (2007). Disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html