

RÉGIMEN ACTUAL APLICABLE A LOS CONTRATOS CON ENTIDADES
PRIVADAS SIN ÁNIMO DE LUCRO Y DE RECONOCIDA IDONEIDAD
CONFORME AL ARTÍCULO 355 CONSTITUCIONAL, LA LEY 489 DE 1998 Y EL
DECRETO 092 DE 2017 Y LAS BUENAS PRÁCTICAS QUE DEBEN SEGUIR
LAS ENTIDADES PÚBLICAS QUE ACUDAN A ELLOS EN CUMPLIMIENTO DE
LOS PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA GESTIÓN FISCAL

DANIEL ESTEVAN FLOREZ CONTRERAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MAESTRÍA EN DERECHO
MEDELLÍN
2023

RÉGIMEN ACTUAL APLICABLE A LOS CONTRATOS CON ENTIDADES
PRIVADAS SIN ÁNIMO DE LUCRO Y DE RECONOCIDA IDONEIDAD
CONFORME AL ARTÍCULO 355 CONSTITUCIONAL, LA LEY 489 DE 1998 Y EL
DECRETO 092 DE 2017 Y LAS BUENAS PRÁCTICAS QUE DEBEN SEGUIR
LAS ENTIDADES PÚBLICAS QUE ACUDAN A ELLOS EN CUMPLIMIENTO DE
LOS PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA GESTIÓN FISCAL

DANIEL ESTEVAN FLOREZ CONTRERAS

Trabajo de grado para optar por el título de magíster en derecho

Director

DANIEL ESTEBAN FRANCO ARANGO

Mag. en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MAESTRÍA EN DERECHO
MEDELLÍN
2023

19 de septiembre de 2023

Daniel Estevan Flórez Contreras

“Declaro que esta tesis (o trabajo de grado) no ha sido presentada para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o cualquier otra universidad”
Art. 92 Régimen Discente de Formación Avanzada.

Firma



AGRADECIMIENTOS

A Dios, a mi madre; el pilar de mi vida, a mi padre; por su apoyo incondicional.

Fecha: 19 de septiembre de 2023

Nombre del estudiante: DANIEL ESTEVAN FLOREZ CONTRERAS

Nombre del director: DANIEL ESTEBAN FRANCO ARANGO

Nombre del jurado: FREDY ANDRÉS MÉNDEZ RÚA

RÉGIMEN ACTUAL APLICABLE A LOS CONTRATOS CON ENTIDADES PRIVADAS SIN ÁNIMO DE LUCRO Y DE RECONOCIDA IDONEIDAD CONFORME AL ARTÍCULO 355 CONSTITUCIONAL, LA LEY 489 DE 1998 Y EL DECRETO 092 DE 2017 Y LAS BUENAS PRÁCTICAS QUE DEBEN SEGUIR LAS ENTIDADES PÚBLICAS QUE ACUDAN A ELLOS EN CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA GESTIÓN FISCAL

DANIEL ESTEVAN FLOREZ CONTRERAS

Resumen

El artículo de investigación se ocupa de los contratos entre entidades sin ánimo de lucro (ESAL) y entidades públicas en Colombia, creados para reemplazar los auxilios parlamentarios y respaldar actividades benéficas en los planes de desarrollo, como quiera que a raíz de la suspensión provisional de varios apartes del Decreto 092 de 2017, se ha generado incertidumbre en la aplicación de estos contratos, lo que amerita analizar el régimen actual de estos contratos con ESAL y establecer buenas prácticas para las entidades públicas que deseen acudir a ellos, cumpliendo con los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, al igual que determinar los controles y mecanismos para evitar su uso indebido.

Palabras Claves: contratos, ESAL, buenas prácticas, función administrativa gestión fiscal.

Abstract

The research article deals with the contracts between non-profit entities (ESAL) and public entities in Colombia, created to replace parliamentary aid and support charitable activities in development plans, as a result of the provisional suspension of various parts of Decree 092 of 2017, uncertainty has been generated in the application of these contracts, which deserves to analyze the current regime of these contracts with ESAL and establish good practices for public entities that wish to resort to them, complying with the principles of the administrative function and fiscal management, as well as determining the controls and mechanisms to prevent its misuse.

Keywords: contracts, ESAL, good practices, administrative function, public management.

Introducción

Los contratos entre entidades privadas sin ánimo de lucro -en adelante ESAL- y entidades públicas, son una modalidad de contratación que se originó por la necesidad de abolir los auxilios parlamentarios, pero al mismo tiempo, mantener el respaldo estatal a actividades benéficas previstas en los planes de desarrollo. En todo caso, las organizaciones que llevan a cabo estas actividades deben demostrar su idoneidad y deben existir mecanismos efectivos de verificación para asegurar el destino adecuado de los recursos destinados por el Estado en estos contratos, que se encuentran regulados en el artículo 355 de la Constitución Política, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y el Decreto 092 de 2017.

En la actualidad se suscita un problema con respecto al régimen aplicable a los contratos con las ESAL derivado principalmente de la suspensión provisional de distintos apartes de varios artículos del Decreto 092 de 2017, por parte del Consejo de Estado, mediante Auto del 6 de septiembre de 2019. De este modo, la suspensión provisional de estos apartes del decreto implica que ciertas disposiciones que regían para esta forma de contratación especial quedaron temporalmente sin efectos, lo que genera incertidumbre y dificultades en su aplicación y desarrollo, pues al quedar suspendidas algunas normas, se generan vacíos legales o ambigüedades en cuanto a los requisitos, procedimientos y alcance de los contratos con estas ESAL.

Así, la falta de claridad en la normativa vigente puede afectar tanto a entidades estatales como a las ESAL que realizan actividades benéficas, ya que pueden enfrentar dificultades para acceder a los recursos estatales o cumplir con los requisitos exigidos. La suspensión provisional de algunos apartes del Decreto 092 de 2017 puede tener un impacto negativo en la continuidad de proyectos y programas benéficos que dependen de este tipo de contratación especial, generar inseguridad jurídica y dificultades en la gestión y control de los recursos públicos destinados a estas iniciativas. En este contexto, el objetivo del artículo es analizar el régimen actual aplicable a los contratos con ESAL y de reconocida idoneidad, y establecer las buenas prácticas que deben seguir las entidades públicas para cumplir con los principios de la función administrativa y la gestión fiscal.

Lo anterior, se llevará a cabo mediante una investigación de corte documental y con un enfoque jurídico descriptivo del análisis del régimen aplicable a los contratos con ESAL y de reconocida idoneidad, profundizando en las buenas prácticas que deben aplicar las entidades públicas para evitar el uso indebido de estos contratos y así asegurar el cumplimiento de los principios de la función

administrativa y la gestión fiscal. Este análisis se basará en una investigación documental exhaustiva.

En definitiva, es importante señalar, que este artículo de investigación, se desarrollará en cuatro capítulos de la siguiente manera: en el primer capítulo se busca explicar el régimen actual de los contratos con ESAL y de reconocida idoneidad; el segundo tiene como propósito explicar y analizar los aspectos del Decreto 092 que fueron suspendidos provisionalmente por el Consejo de Estado; el tercero, determinar esas buenas prácticas que deben seguir las entidades públicas que acudan a estos contratos en cumplimiento de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal; y finalmente el cuarto capítulo señalará esos controles o mecanismos que existen para garantizar esas buenas prácticas y evitar el uso indebido de este tipo de contrataciones.

Capítulo 1: Los contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad

Los contratos con entes privados sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, son acuerdos legales que pueden ser celebrados con entidades públicas para llevar a cabo actividades benéficas, científicas, culturales, educativas o de solidaridad social y humana (Gómez, 2012).

Estos contratos tienen su base en el artículo 355 de la Constitución, el cual fue reglamentado por el Decreto 092 de 2017. Su finalidad es permitir que ciertos sujetos de derecho privado, como los entes sin ánimo de lucro, obtengan ayuda estatal para desarrollar acciones benéficas o de utilidad pública, siempre que desempeñen con las exigencias establecidas en las disposiciones y existan mecanismos de verificación adecuados para el empleo apropiado de los recursos públicos destinados a dichas actividades (Molina, 2015).

En este sentido, estos contratos son una herramienta para promover la colaboración entre el Estado y las ESAL en el cumplimiento de proyectos de interés social y beneficio colectivo. Sin embargo, es importante que las entidades públicas que acudan a estos contratos cumplan con los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, garantizando la transparencia, eficacia y legitimidad en la concesión y cumplimiento de los recursos públicos. De esta manera, se busca evitar cualquier desvirtuación de la función pública o mal uso de los fondos destinados a proyectos de utilidad social (Oliveros y Álvarez, 2021).

1.1. Regulación que al respecto estableció la Constitución Política en el art. 355 y la finalidad que tenía el constituyente al consagrar estos contratos

La contratación pública con las ESAL está regulada por el Decreto 092 de 2017, el cual tiene su fundamento en el artículo 355 de la Constitución y en la necesidad de brindar respaldo a estas entidades. El artículo 355 autoriza al Gobierno para establecer acuerdos con dichas organizaciones con el propósito de promover programas y actividades de interés público en concordancia con los planes de desarrollo a nivel nacional y regional. La normativa busca asegurar que las acciones filantrópicas contempladas en los planes de desarrollo no sufran daño alguno y se contrate a expertos calificados para llevar a cabo las actividades respectivas y verificar el uso de los recursos contribuidos por el Estado para este propósito. La nueva perspectiva del artículo 355 eliminó los auxilios parlamentarios que antes estaban presentes en la contratación estatal (Colombia Compra Eficiente, 2017).

De esta manera, la doctrina sobre la Constitución establece que el objetivo del artículo es admitir la contratación de actividades benefactoras por entidades privadas que tengan ciertas cualidades, sujetas a mecanismos de control del destino de los recursos y de los procedimientos inherentes a la contratación pública. De este modo, se busca evitar fines distintos de los benefactores y garantizar el apropiado manejo de los dineros públicos, previniendo casos de corrupción, malgasto y proselitismo político. Las personas jurídicas privadas que realizan labores científicas, culturales, educativas o sociales pueden recibir respaldo estatal, con plena observancia de las exigencias señaladas y se garantice la transparencia y eficacia en la implementación de las actividades (Fuente, Campos, Becerra, & Ureña, 1992).

En este sentido, el Consejo de Estado, en el Concepto 1626 de 2005, indica que, aunque el artículo de la Constitución prohíbe que las ramas del poder público destinen recursos a particulares, esta restricción no es absoluta. Se permite que los recursos públicos sean ejecutados mediante contratos con ESAL que gocen de reconocida idoneidad, para realizar actividades y programas de interés público en concordancia con los planes seccionales y nacionales de desarrollo. Los gastos autorizados para este fin deben estar fundamentados en principios constitucionales y ser esenciales para lograr los objetivos estatales en un estado social de derecho, armonizando así la prohibición de donaciones o colaboraciones con los deberes del Estado (Morales, 2018).

1.2. Regulación que sobre el particular dispuso la Ley 489 de 1998, artículo 96

La norma mencionada admite que los entes estatales, se asocien o contraten con personas jurídicas particulares para colaborar en actividades legalmente asignadas, siempre y cuando se acaten los principios del artículo 209 y se cumpla con el artículo 355 constitucional y el Código Civil. Se pueden asociar con ESAL que tengan reconocimiento de aptitudes y se establecen requisitos mínimos para los estatutos de las personas jurídicas (Arroyave, 2020).

De otro lado, la Corte Constitucional determina la constitucionalidad del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 por dos razones principales. En primer lugar, establece que la contratación predicha en esta norma es un medio autorizado por el legislador para realizar los objetivos estatales, y, por lo tanto, siempre debe estar en línea con el interés general y el bien común. En segundo lugar, la Corte afirma que el artículo 355 de la Constitución impone a las entidades estatales la obligación de celebrar contratos con las ESAL con el objetivo de promover acciones de interés público. Por lo tanto, este artículo presenta una herramienta importante para el Estado cumplir con su carga constitucional, ya que las ESAL pueden ser contratadas para impulsar actividades culturales y priorizar el interés general (Corte Constitucional, Sentencia C-671 de 1999).

1.3. Reglamentación que estableció el Decreto 092 de 2017 para estos contratos, y cuál fue la finalidad de la misma

De conformidad con la limitación constitucional de otorgar ayudas y considerando la posibilidad de realizar donaciones a individuos y organizaciones privadas y con el propósito de contribuir al bienestar general y cumplir con los objetivos del Estado Social de Derecho, el Gobierno Nacional promulgó este decreto en 2017. En este sentido, las entidades estatales tienen la facultad de establecer acuerdos de colaboración para llevar a cabo conjuntamente acciones relacionadas con las funciones que les establece la norma (Puerta, 2013).

De esta forma, el propósito de este decreto es regular la manera en que el Gobierno, bien sea, nacional, departamental y municipal, contrata con ESAL para fomentar actividades y programas de interés público. Con este fin, el segundo artículo del decreto instituye las exigencias que deben cumplirse para adelantar el proceso para contratar con ESAL.

De esta manera, el propósito del acuerdo debe estar restringido únicamente a actividades relacionadas exclusivamente con los programas de interés público en

los planes de desarrollo. Los contratos no deben implicar una relación de intercambio o subordinación entre las partes. La contratación con ESAL solo es permitida para impulsar programas y actividades de interés público que estén en consonancia con los planes de desarrollo correspondientes, y solo si no existe otra oferta en el mercado que sea más efectiva, económica, eficiente y que gestione el riesgo de manera óptima. Se requiere la autorización expresa del representante legal de la entidad estatal para consentir el contrato (Colombia Compra Eficiente, 2017).

1.4. Guía que estableció Colombia Compra Eficiente para la aplicación de este decreto y los parámetros y juicios para precisar las particularidades para acreditar las ESAL que contratan con las entidades públicas

De acuerdo con el Decreto 092 de 2017, Colombia Compra Eficiente tiene la responsabilidad de establecer de manera clara los criterios y valoraciones que demuestren la aptitud de las ESAL que contratan con entidades públicas. Conforme a la Constitución Política y el mencionado decreto, para que una ESAL pueda suscribir contratos con entes del Estado, debe contar con un reconocimiento público que avale su idoneidad. Para alcanzar esto, el propósito estatutario de la ESAL debe ser coincidente con el objetivo del proceso de contratación y el programa o actividad establecido en el plan de desarrollo. El ente del Estado debe evaluar las particularidades de la ESAL para determinar su idoneidad, considerando la complejidad del proceso de contratación y los recursos económicos comprometidos. Los servidores públicos encargados del gasto tienen una responsabilidad especial en la toma de decisiones y deben recopilar todos los datos necesarios antes de financiar a una ESAL con recursos públicos (Arroyave, 2020).

De esta manera, la firma de acuerdos de interés público o de cooperación, es decir, aquellos que establecen las entidades estatales de los gobiernos nacional, departamental, distrital o municipal con ESAL, es poco común y solo ocurre cuando el proceso de contratación satisface los requisitos establecidos en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017 de la siguiente manera:

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 se refiere a la correlación directa entre el propósito del contrato y el programa o actividad planificada en el plan de desarrollo. El

propósito debe estar claramente relacionado con el programa establecido en el plan de desarrollo. Si esta condición no se cumple, el proceso de contratación no debe llevarse a cabo según lo establecido en el artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017.

Así, el programa o actividad planificada en el plan de desarrollo que el proceso de contratación tiene la intención de llevar a cabo, debe buscar exclusivamente la promoción de los derechos de personas en situación de vulnerabilidad o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz o las expresiones artísticas, culturales, deportivas y la promoción de la diversidad étnica colombiana. Estos aspectos coinciden con los sectores más desprotegidos, según Alfonso Palacio Rudas, y con el ámbito cultural, educativo o de solidaridad humana, según Carlos Lleras de la Fuente y otros. El ámbito científico mencionado en la cita de Lleras de la Fuente y otros no está contemplado en el Decreto 092 de 2017, ya que cuenta con su propia regulación en el Sistema de Ciencia, Tecnología e Innovación.

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 acuerdo suscrito en cumplimiento del artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017 no implica cargas equivalentes o mutuas, por lo tanto, la entidad estatal contratante no instruye a la entidad sin ánimo de lucro para llevar a cabo los programas o actividades previstas.

Según el artículo 1498 del Código Civil colombiano, un contrato es conmutativo cuando cada parte se compromete a dar o hacer algo que se considera equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez. Los contratos suscritos en cumplimiento del artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017 no entran en esta categoría, ya que la entidad estatal no adquiere bienes o servicios ni encarga la ejecución de una obra siguiendo instrucciones precisas. En este caso, la entidad estatal decide llevar a cabo un programa o actividad del plan de desarrollo en beneficio de la población en general.

De esta manera, la contratación permitida por el artículo 355 de la Constitución Política es un mecanismo de política pública que se diferencia del Sistema de Compra Pública. El Sistema de Compra Pública busca que las entidades gubernamentales adquieran los productos necesarios en el mercado privado para cumplir sus objetivos. Cuando la entidad pública utiliza el Sistema de Compra Pública, está en una relación contractual recíproca, ya que adquiere bienes, servicios u obras a cambio de su presupuesto.

Por tanto, los procedimientos de contratación de las entidades públicas para obtener bienes, obras o servicios en los que existen compromisos recíprocos entre las partes, están regidos por las regulaciones del Sistema de Compra Pública (principalmente la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015) y deben ser el fruto de una selección objetiva.

En cambio, la contratación habilitada por el artículo 355 de la Constitución Política no tiene como finalidad la adquisición de bienes, servicios o la realización de obras, en consecuencia, no puede ser empleada con ese propósito. La contratación que se deriva del artículo 355 de la Constitución Política se enfoca en la colaboración entre el Estado y las ESAL (Moreno, 2015).

Asimismo, el Decreto 092 de 2017 establece que la contratación con ESAL procede cuando no existen órdenes específicas al contratista para cumplir con el objeto del contrato. La expresión “órdenes precisas” no debe incluir las normas generales que la ley ha autorizado a las autoridades administrativas emitir. Las normas generales de regulación de un sector o actividad contenidas en actos administrativos de carácter general no constituyen órdenes precisas para el desarrollo de un proyecto específico. 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” emitida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar contiene las normas y estándares generales y el marco jurídico propio de la atención a la primera infancia, por lo tanto no pueden considerarse como órdenes precisas para un contrato específico.

Así, 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. De conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política, la entidad estatal debe establecer unas condiciones generales del contrato que aumenten el impacto de la intervención y en lo posible disminuyan sus costos y riesgos, y la entidad estatal siempre debe proyectar y argumentar sus determinaciones.

Ahora bien, el artículo 355 de la Constitución establece que el contrato es el mecanismo de colaboración entre el gobierno y las ESAL, sin detallar un tipo específico. Las entidades estatales tienen la independencia para organizar su relación contractual con las ESAL, siempre y cuando no se trate de adquirir bienes, obras o servicios, es decir, no sea una relación conmutativa. Dentro de ese límite, las entidades estatales pueden diseñar diversos mecanismos contractuales que

incentiven a las ESAL a lograr los objetivos del plan de desarrollo de manera innovadora, aumentando así la satisfacción y la calidad de vida de la población beneficiaria del contrato.

A modo de ejemplo, una estrategia contractual que las entidades estatales pueden utilizar para aumentar la efectividad de las ESAL es establecer objetivos medibles y verificables de forma objetiva, realizar un seguimiento de los mismos y aumentar los recursos transferidos a la ESAL en caso de alcanzar o superar dichos objetivos.

Según lo expuesto, el artículo 355 de la Carta Política también puede emplearse para adelantar tácticas transformadoras en sustento de principios sociales o para sufragar labores de las ESAL como los “bonos de impacto social”. Este instrumento de colaboración entre el sector estatal y privado está diseñado para que el dinero público sólo se entregue cuando se alcancen objetivos cuantificables y evaluables. Esto es, el desembolso de los recursos públicos está condicionado al logro efectivo de los objetivos acordados en el contrato. Su empleo aumenta la eficacia, la innovación y la eficiencia para resolver problemas sociales, al premiar únicamente los resultados positivos, eliminando la participación estatal en los procesos de las ESAL y reduciendo los riesgos para los recursos públicos, a cargo de los financiadores privados (Roy, 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.

La cláusula (c) del artículo 2 del Decreto 092 de 2017 establece como requisito para contratar en cumplimiento del artículo 355 de la Constitución Política que no haya una oferta económica del sector privado con fines lucrativos, y utiliza la conjunción condicional “o en caso de que exista”, las actividades realizadas por la ESAL, representen un mayor valor económico (mejoren la efectividad, eficiencia, economía y gestión del riesgo) para lograr los resultados deseados del respectivo plan de desarrollo. Esta regulación indica 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 cumpla con los requisitos establecidos en los incisos (a) y (b) de dicho artículo.

Así, el objetivo de la cláusula (c) mencionada es que las entidades estatales obtengan un mayor valor económico cuando buscan alcanzar los objetivos

establecidos en sus respectivos planes de desarrollo. El Decreto 092 de 2017 se basa en la observación de que las diferentes formas de organización permitidas por la ley tienen diversas posibilidades de reducir los costos administrativos de un programa o actividad. Por lo tanto, en los procesos de abastecimiento y adquisición de bienes, obras y servicios, la entidad estatal aprovecha el afán de lucro y la competencia entre los proponentes para obtener los precios más bajos. Sin embargo, el criterio de valor económico no se refiere únicamente a obtener el precio más bajo posible, sino que también implica mejorar la efectividad y eficiencia del Estado en atender las exigencias de la comunidad.

En este sentido, la regla mencionada reconoce la existencia de situaciones reales en las cuales las ESAL tienen ventajas para lograr eficiencia y efectividad sin comprometer el bienestar de la población atendida. Estas situaciones se presentan cuando (i) resulta complicado establecer de manera precisa y determinable los resultados del contrato, esto ocurre cuando los resultados esperados del contrato implican evaluaciones de calidad o satisfacción por parte de la población; (ii) los usuarios y la entidad estatal encuentran dificultades para determinar la calidad del servicio proporcionado, situación que ocurre en servicios donde el proveedor cuenta con conocimiento especializado que no es fácilmente adquirible por los beneficiarios; y (iii) el proveedor privado tiene incentivos para reducir costos en detrimento de los ciudadanos. Cuando estas circunstancias se presentan, el Sistema de Compra Pública no es la mejor herramienta para atender la necesidad (Hart, 1996).

Ahora, cuando se presentan las características mencionadas anteriormente con (i), (ii) y (iii), las ESAL se convierten en mejores colaboradores del sector público para cumplir sus propósitos. La entidad estatal debe documentar el grado en que las ESAL ofrecen un mejor rendimiento, desde la perspectiva de alcanzar los objetivos públicos para la actividad que desean financiar. La entidad estatal debe demostrar en el estudio del sector que la única opción para llevar a cabo el plan o actividad contemplada en el plan de desarrollo es a través de las ESAL. Si el estudio de mercado muestra que existen más ofertas en el mercado además de las ESAL, la entidad estatal debe verificar que la oferta de las ESAL representa una optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, efectividad, economía y gestión del riesgo (Colombia Compra Eficiente, 2017).

De esta forma, la labor 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, en ningún caso el análisis se refiere a una simple manifestación de voluntad por parte de los proveedores. La

contratación en cumplimiento del artículo 355 de la Constitución Política está sujeta a un control subjetivo relativo a la idoneidad de la ESAL y un control objetivo relacionado con la necesidad de concordancia entre los planes de desarrollo y el objeto del contrato, así como a un control previo y posterior en cuanto al destino y ejecución de los fondos públicos (Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 1994).

Capítulo 2: Aspectos del Decreto 092 de 2017 que fueron suspendidos provisionalmente por el Consejo de Estado

El Consejo de Estado suspendió de manera provisional algunos aspectos del Decreto 092, como resultado de una solicitud evaluada en agosto de 2019, a continuación, se enuncia aquellos puntos que fueron suspendidos de manera provisional.

2.1. Aspectos del Decreto 092 que fueron suspendidos provisionalmente por el Consejo de Estado

En una decisión del 6 de agosto de 2019, el Consejo de Estado analizó una solicitud de suspensión provisional de ciertas disposiciones del Decreto 092 de 2017, que incluía el inciso 2 del artículo 1, los literales a y c del artículo 2, el inciso 5 del artículo 2, el inciso 2 del artículo 3, el inciso final del artículo 4 y el artículo 5. Como resultado, el Consejo suspendió de forma provisional el inciso 2 del artículo 1 y el inciso 2 del artículo 3, lo que implica que los contratos suscritos con organizaciones sin fines de lucro no están obligados a seguir la "Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad", emitida por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente.

De lo expuesto se deduce que la contratación con ESAL sigue siendo regulada por el Decreto 092 de 2017, excepto lo que ha sido objeto de suspensión provisional. Por lo tanto, las entidades estatales que deseen celebrar acuerdos de interés público, según lo establecido en el artículo 355 de la Constitución Política, deberán contratar con ESAL reconocidas por su idoneidad, como se mencionó anteriormente, a través de un proceso competitivo y teniendo en cuenta lo siguiente: i) no se debe condicionar el proceso de contratación a la falta de oferta en el mercado de bienes y servicios; ii) tampoco se debe condicionar a que la contratación con las ESAL garantice la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, efectividad, economía y gestión de riesgos; iii) el objeto del contrato debe estar en consonancia con el plan nacional o regional de desarrollo; iv) no se puede condicionar exclusivamente a actividades o programas que promuevan los

derechos de personas en situación de vulnerabilidad o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y la promoción de la diversidad étnica colombiana, por lo tanto, basta con cumplir el numeral anterior (iii); y v) el contrato no debe establecer una relación de intercambio en la cual haya una contraprestación directa a favor de la entidad, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato.

De este modo, en caso que se pretenda establecer un acuerdo de asociación con una ESAL de reconocida idoneidad, para cumplir con las funciones asignadas por la ley a las entidades públicas, se deberá aplicar lo establecido en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017. De esta manera, se requerirá un proceso competitivo, a menos que una ESAL comprometa recursos en efectivo por un valor igual o superior al 30% del total del acuerdo, y siempre que la entidad estatal haya verificado previamente que no existen otras ESAL que ofrezcan contribuciones iguales o superiores al 30%. En consecuencia, la obligación de comprometer recursos por parte de las ESAL mencionadas no es aplicable a los contratos de colaboración, ya que estos se rigen por lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017. El artículo 5 del mencionado decreto establece una norma específica para los acuerdos de asociación con ESAL. El artículo 2 del Decreto 092 de 2017 no exige que estas entidades realicen contribuciones como requisito previo para que la entidad estatal pueda desembolsar recursos para la ejecución del contrato correspondiente (Corte Constitucional, Sentencia C-331 de 2022).

En igual sentido, el Consejo de Estado de manera provisional suspendió el literal a), lo que implica que el propósito de los contratos debe estar en consonancia con los planes nacionales o seccionales de desarrollo, sin requerir que estén explícitamente contemplados en ellos, y que no se limiten a los objetivos específicos indicados en el Decreto 092 de 2017. Debido a esto, el último inciso del artículo 4 fue suspendido provisionalmente por violar el principio de igualdad, lo que significa que la contratación de actividades y programas de interés público debe llevarse a cabo mediante un proceso competitivo para seleccionar a la ESAL (Vélez, 2020). En dichos procedimientos, se deben tener en cuenta los criterios aplicables a otros acuerdos legales regulados por el Decreto 092 de 2017, especialmente los requisitos del artículo 2 mencionados previamente. Esto será aplicable siempre que se cumplan las condiciones para la aplicación de dicha normativa, es decir, cuando haya más de una ESAL de reconocida idoneidad (Velásquez y Ortiz, 2023).

2.2. Principales fundamentos del Consejo de Estado para dicha suspensión

La suspensión provisional de ciertos aspectos del Decreto 092 de 2017 por parte del Consejo de Estado se fundamenta en la protección y garantía de principios fundamentales de la contratación pública en Colombia. A continuación, se amplían los puntos mencionados:

1. Principio de igualdad. El Consejo de Estado busca asegurar que la contratación de actividades y programas de interés público con ESAL se realice de manera equitativa y sin discriminación. La suspensión provisional se basa en evitar que ciertas entidades puedan obtener ventajas injustas o preferenciales en la adjudicación de contratos, lo que podría afectar la libre competencia y el acceso de otras organizaciones a oportunidades de contratación (Robayo, Castro y Moreno, sf).

2. Alineación con planes nacionales o seccionales de desarrollo. La suspensión provisional busca garantizar que los objetos de los contratos celebrados por ESAL estén en concordancia con los planes de desarrollo a nivel nacional o seccional. Esto se enfoca en asegurar que los recursos públicos se destinen de manera efectiva a proyectos y programas que realmente contribuyan al desarrollo del país y respondan a las necesidades y prioridades establecidas en dichos planes.

3. Amplitud de los objetos de los contratos. La suspensión provisional busca evitar que la contratación con ESAL se limite únicamente a los aspectos específicamente señalados en el Decreto 092 de 2017. Esto permite una mayor flexibilidad y adaptabilidad en la definición de los objetos de los contratos, lo que facilita la realización de actividades y proyectos de interés público que puedan surgir en distintos contextos y momentos (Vélez, 2019).

4. Cumplimiento de exigencias. La suspensión provisional busca asegurar que la contratación con organizaciones sin fines de lucro se realice de acuerdo con las exigencias y requisitos correspondientes. Esto incluye aspectos como la idoneidad de las entidades, la transparencia en la selección de contratistas y la adecuada verificación del destino de los recursos públicos entregados para el desarrollo de los proyectos.

En conclusión, la suspensión provisional de ciertos apartes del Decreto 092 de 2017 busca salvaguardar principios fundamentales de la contratación pública en Colombia, tales como la igualdad, la eficiencia en el uso de recursos públicos y la transparencia en la selección de contratistas. Asimismo, busca asegurar que la

contratación con ESAL se ajuste a las necesidades y prioridades establecidas en los planes de desarrollo y que se cumplan las exigencias y requisitos necesarios para garantizar la correcta ejecución de los proyectos de interés público (Grajales, 2022).

2.3. Concepto personal del autor al respecto

Ahora bien, en mi opinión la suspensión provisional de ciertos aspectos del Decreto 092 de 2017 por parte del Consejo de Estado refleja una preocupación legítima por preservar los principios fundamentales de la contratación pública en Colombia. La igualdad de oportunidades y la transparencia en los procesos de contratación son pilares esenciales para garantizar que todas las entidades, ya sean públicas o privadas sin ánimo de lucro, tengan acceso equitativo a los recursos y oportunidades para participar en proyectos de interés público.

De esta manera, al enfocarse en la eficiencia en el uso de los recursos públicos, el Consejo de Estado busca asegurar que los contratos celebrados con ESAL estén alineados con los planes de desarrollo del país, maximizando el impacto de los programas y proyectos que se llevan a cabo con fondos públicos. Esto evita la dispersión de recursos en iniciativas que no contribuyan directamente al beneficio colectivo.

Por tanto, la amplitud de los objetos de los contratos también es un aspecto relevante. Al permitir una mayor flexibilidad y adaptabilidad en la definición de los programas de los entes públicos pueden responder de manera más efectiva a las exigencias versátiles de la sociedad y a los desafíos emergentes, fomentando una administración más eficiente de los recursos.

No obstante, es esencial que el Consejo de Estado realice un estudio arduo y bien fundamentado al tomar decisiones de suspensión provisional. Se deben considerar todas las implicaciones y posibles consecuencias de estas medidas para asegurar que, al proteger principios valiosos, no se genere incertidumbre jurídica o se limiten innecesariamente las opciones disponibles para la contratación con ESAL que realizan con los requerimientos señalados en el cerco legal.

En última instancia, la finalidad de esta suspensión provisional es promover una contratación pública más justa, transparente y eficiente, que favorezca a la comunidad de manera global y que resguarde los recursos públicos en proyectos y programas que realmente aporten al desarrollo del país y al bienestar de sus ciudadanos.

Es por lo anterior, que estoy de acuerdo con la decisión y los fundamentos expuestos por el Consejo de Estado en este caso, pues los fundamentos para la suspensión de ciertos aspectos del Decreto 092 se encuentran dirigidos a la protección de los principios fundamentales de la contratación pública, tales como la igualdad, la transparencia y la eficiencia en el uso de los recursos públicos; y en este sentido, estos principios son esenciales para asegurar una contratación justa y ecuánime, impidiendo ventajas injustas o preferenciales para ciertas entidades y asegurando que los recursos se destinen a proyectos y programas de interés público que estén realmente alineados con los planes de desarrollo del país.

Capítulo 3: Buenas prácticas que deben seguir las entidades públicas que acudan a estos contratos en desempeño de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal

Los entes públicos que deseen celebrar contratos con ESAL de reconocida idoneidad, en desempeño de los principios de la función administrativa y la gestión fiscal en Colombia, deben seguir buenas prácticas tales como la selección objetiva en los procesos y procedimientos contractuales, el desempeño de las exigencias establecidas por la ley y la protección de los datos personales. También es importante mantener altos estándares éticos y luchar contra la corrupción, manteniendo la transparencia en los procesos de contratación pública y asegurando la contratación responsable. Además, es fundamental innovar y adaptar prácticas de gobierno corporativo para asegurar la eficacia en el empleo de los recursos públicos y cumplir con los objetivos de la contratación pública.

3.1. Buenas prácticas de las entidades públicas respecto a los contratos con las ESAL

De acuerdo con lo señalado en el Decreto 092 de 2017, este presenta puntos altamente innovadores que merecen destacarse. En primer lugar, se destaca el papel relevante que la norma concede a la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, al autorizarla para emitir la Guía de Contratación con ESAL. Además, se le otorga la responsabilidad de administrar el registro público de las ESAL a través del SECOP.

De esta manera, la guía para la contratación con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, emitida por Colombia Compra Eficiente, trata temas de gran importancia, entre los cuales se resaltan:

1. Esfera de aplicación del Decreto 092 de 2017. Este decreto se aplica a los acuerdos entre los entes del Estado del gobierno nacional, departamental, distrital y municipal, y entidades privadas sin fines de lucro de reconocida idoneidad. Su propósito es fomentar la contratación con estas entidades para promover actividades de beneficio público en consonancia con los programas de progreso respectivos. También es aplicable a la contratación que, por disposición expresa del legislador, esté sujeta a este sistema, como es el evento del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

2. Relevancia de la implementación de la contratación con organizaciones sin ánimo de lucro con reconocida capacidad. La firma de convenios con entidades privadas no lucrativas y reconocida idoneidad, referida en el artículo 355 de la Constitución Política y reglamentada por el Decreto 092 de 2017, es de naturaleza extraordinaria y solamente es válida cuando el procedimiento contractual cumple con los requisitos estipulados en el artículo 2 del mencionado decreto, de la siguiente forma:

- No debe haber una correspondencia de obligaciones entre las partes ni directrices específicas que detallen cómo el contratista debe cumplir con el propósito del contrato. Los convenios establecidos bajo la protección del artículo 355 de la Constitución y el Decreto 092 de 2017 no son conmutativos, ya que el ente del Estado no obtiene bienes y servicios ni encarga la ejecución de una obra siguiendo instrucciones precisas. En este escenario, la Entidad Estatal resuelve llevar a cabo una actividad del programa de progreso en favor de la de la comunidad.

- No existe una oferta en el mercado diferente a la proporcionada por las ESAL; o si coexiste, la contratación con estos entes resulta en una mayor relación valor-precio, lo que implica un incremento en la eficacia, eficiencia, economía y administración del peligro para alcanzar los efectos deseados según el plan de desarrollo correspondiente. El fundamento del Decreto 092 de 2017 radica en que las diversas maneras de organización reconocidas por la legislación tienen variadas probabilidades de minimizar los gastos administrativos asociados a una actividad.

3. Verificación de la evidente aptitud de la entidad sin ánimo de lucro. La aptitud se refiere a la cualidad de ser adecuado o pertinente para alcanzar un objetivo y debe ser reconocida. Por ende, la Constitución únicamente autoriza la suscripción de este tipo de contratos con entidades que gocen de un reconocimiento público notorio. Para establecer esta cualidad, se deben tener en cuenta los subsiguientes puntos:

- Asegurarse que haya correspondencia entre el propósito de la entidad sin ánimo de lucro y el programa o la actividad prevista en el programa de desarrollo.

- Asegurarse que la entidad sin ánimo de lucro disponga de la unidad esencial, tanto misional, como técnico y administrativo, que le permita desempeñar la actividad planeada, así como también adaptarse rápidamente, mediante la incorporación y capacitación de nuevos miembros. Esta capacidad podría evaluarse a través de indicadores relacionados con la permanencia tanto de empleados fijos como temporales.

- Es necesario que la ESAL posea la capacidad exigida, la cual debe haber sido demostrada a través del éxito en la ejecución de programas parecidos para evaluar si la entidad posee experiencias anteriores en iniciativas análogas o relacionadas al programa o actividad proyectada en el plan de desarrollo, y que dichas experiencias sean proporcionales al impacto, valor y complicación del proyecto. En el caso de ESAL recientemente creadas, pueden aportar la experiencia de sus fundadores. En caso que la entidad cuente con una estructura organizacional subordinada a un núcleo supranacional o grupo de organizaciones sin ánimo de lucro vinculadas funcionalmente, pueden presentar la documentación asociada a la experiencia del núcleo.

4. Estructura organizacional. Es importante destacar que el discernimiento de la ordenación en sus procesos, la gestión de los datos y su administración corporativa pueden ser evaluados mediante la verificación de ciertos aspectos clave recomendados por la guía. Entre estos aspectos se encuentran los organismos de gestión y orientación, la presentación de estados financieros verificados por un contador público o revisor fiscal, la existencia de una política documentada de conflictos de interés, una política de gestión de riesgos operativos, así como una estrategia de gestión documental efectiva. Al verificar estos aspectos, es posible garantizar que la entidad está siendo gestionada de manera eficiente y transparente, y que se están cumpliendo con los estándares de buen gobierno corporativo y las regulaciones establecidas por la ley.

5. Índices de eficiencia. Evidencian el grado de desarrollo y compromiso hacia proyectos misionales por parte de las ESAL y se establecen en función de la complejidad del programa a llevar a cabo. La guía enumera los siguientes:

- Evaluación del tratamiento fiscal preferencial mencionado en el artículo 356-2 del Estatuto Tributario.

- Índices de rentabilidad social que accedan a instituir el empleo eficaz de los recursos de la ESAL, de tal manera que el porcentaje invertido en el cumplimiento de las exigencias de la ciudadanía sea superior al invertido en su misma administración.

- Medida de la efectividad del esfuerzo de la ESAL para obtener aportes de la parte privada, con el propósito de evitar que este empuje se vea desalentada por las participaciones del Estado.

6. Reputación. Para valorar el prestigio de la ESAL, la entidad pública debe recabar todos los datos disponibles acerca de las ESAL y obtener un conocimiento detallado de sus acciones y desempeño previo, con el propósito de mitigar los riesgos en la ejecución del proyecto. Asimismo, es fundamental corroborar la percepción que la comunidad beneficiaria tiene de la organización mediante herramientas como encuestas. Igualmente, es necesario examinar los antecedentes fiscales, disciplinarios y penales de los directivos de la entidad sin ánimo de lucro, garantizando que dichas personas no se encuentren catalogadas como individuos políticamente expuestos.

Además, la entidad pública tiene la responsabilidad de evaluar el historial y el desempeño de las ESAL en la ejecución de proyectos similares a los que serán financiados. Esta evaluación debe basarse en las valoraciones disponibles en el SECOP, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 092 de 2017.

De esta forma, el Decreto 092 también incorporó una armonización normativa para la contratación de interés público consistente en ampliar el alcance de los principios y reglas del sistema de contratación estatal, abarcando la Ley 80 de 1993 y las normativas complementarias. Estas disposiciones constituyen una parte esencial del marco legal que rige dichos contratos, manteniendo la aplicabilidad preponderante y específica de las normas concretas consagradas en el decreto reglamentario vigente en este tema (Rodríguez Tamayo, 2017).

Así, la guía para la contratación con organizaciones sin fines de lucro de registrada idoneidad establece tres etapas del proceso de contratación: (i) planificación; (ii) elección; y (iii) realización y cierre.

En este sentido, la etapa de planeación, perteneciente al sistema establecido en la Ley 80 de 1993, se aplica totalmente a la contratación con ESAL, de acuerdo con lo señalado en el artículo 8 del Decreto 092 de 2017. Según Rodríguez Tamayo

(2017), el ejercicio del principio de planificación requiere la ejecución de diferentes actividades por parte de la administración, entre las cuales se incluyen:

(i) Elaborar análisis de caso para definir por qué, cómo y con quién será necesario adelantar el contrato, con el objetivo de cumplir con las exigencias determinadas en el plan de desarrollo. (ii) Disponibilidad de presupuesto. (iii) Conseguir los permisos necesarios, especialmente los del representante legal. (iv) Efectuar un adecuado estudio sobre la conveniencia de la contratación. (v) Precisar los deberes que las ESAL deben cumplir. (vi) Efectuar un examen de riesgos previstos. (vii) Formalizar los contratos, obteniendo la aprobación de las garantías y la emisión del correspondiente registro presupuestal.

Para ejemplificar este tema, Rodríguez Tamayo emplea el fallo del Consejo de Estado que enfatiza que, en asuntos contractuales, las entidades gubernamentales tienen la obligación de acatar y cumplir con el principio de planeación, dado que es crucial realizar previamente inspecciones exhaustivas y rigurosas previas al inicio del contrato. La inexistencia de esta obligación legal infringe los fundamentos generales de la contratación, especialmente los de organización, transparencia, responsabilidad, selección objetiva, etcétera. (Consejo de estado, Sala Contenciosa Administrativa, 2520-12 de 2014).

De este modo, la guía para contratar con ESAL de reconocida idoneidad señala que, en la etapa de planeación, la entidad estatal debe documentar los estudios que fundamentaron la elección de emplear la contratación permitida por el artículo 355 de la Constitución Política, así como la situación de la población beneficiada por el proyecto que la ESAL llevará a cabo.

En este examen se deben registrar la complejidad del problema social, la cantidad y procedencia de los recursos que el ente del Estado empleará para apoyar a la ESAL, las metas del proyecto, los instrumentos de seguimiento que el ente empleará y los criterios de evaluación definitivos. Además, se debe establecer los dispositivos de reducción de los peligros identificados, los instrumentos de mitigación que pueden incluir las garantías de cumplimiento estipuladas en la legislación, el acuerdo de cláusulas de renegociación de los términos del contrato o de terminación anticipada, entre otros. (Colombia Compra Eficiente, 2017).

Asimismo, el Decreto 092 de 2017 y la guía para la contratación con ESAL establecen que en la etapa de planeación se debe realizar un análisis del área económica relacionada con actividades de beneficio público para fundamentar la elección del régimen de contratación y la singularidad de selección. Además, se

debe cumplir con el principio de transparencia y equidad en los procesos de selección de contratistas del Estado.

Para llevar a cabo un proceso competitivo, se deben definir y divulgar los criterios de idoneidad, experiencia, efectividad, eficiencia, economía y gestión de riesgos, así como los factores de ponderación; establecer un plazo para que las ESAL presenten sus propuestas y documentos; y evaluar las ofertas presentadas. En caso de no existir una pluralidad de ESAL con la suficiente aptitud para ejecutar el contrato, se puede recurrir a la contratación directa. También se precisa que no se puede realizar un proceso competitivo cuando el objeto del contrato se refiere a labores de arte, cultura, deportes y de desarrollo de la pluralidad étnica de Colombia, las cuales únicamente pueden ser llevadas a cabo por personas naturales o jurídicas específicas, y esto debe estar debidamente justificado en la documentación previa del proceso. Es fundamental vincular y verificar el tipo de actividad a contratar con las características excepcionales de la ESAL para llevarlas a cabo de manera efectiva (Rodríguez, 2017).

En su investigación, Rodríguez (2017), identifica una evidente discrepancia entre el artículo 4 mencionado y la disposición constitucional establecida en el artículo 355, donde los contratos de interés público están restringidos a ESAL y no se aplican a personas naturales, como erróneamente lo establece el reglamento. Del mismo modo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se refirió al alcance de la aplicación del sistema de contratos del artículo 355 de la Constitución para personas jurídicas sin ánimo de lucro, lo que implica que no es aplicable, ni por extensión, a las personas naturales mencionadas en el tercer inciso de la norma citada (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio civil, 2319 de 2017).

En cuanto a otra forma de contratación directa que se encuentra contemplada en el primer párrafo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, se menciona una modalidad específica relacionada con los convenios de asociación, los cuales se refieren a aquellos casos en los que se celebran acuerdos de colaboración a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. En estos convenios, las ESAL realizan aportes que representan al menos el 30% del valor total del convenio. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha emitido una opinión acerca de la distinción entre los contratos de interés público, que están establecidos en el artículo 355 de la Constitución, y los convenios de asociación previstos en la Ley 489 de 1998. Según lo expresado, existen diferencias entre los contratos de apoyo a programas y actividades de interés público, regulados por el Decreto 777 de 1992 y, a partir del 1 de junio de 2017, por el Decreto 092 de 2017, y los

convenios de asociación contemplados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, los cuales se detallan enseguida:

(a) Los contratos de interés público se firman con entidades sin fines de lucro. En cambio, los convenios de asociación se realizan con entidades privadas que pueden ser con o sin fines de lucro.

(b) Los contratos de interés público se suscriben con el fin de fomentar proyectos y acciones de provecho público que concuerden con los planes de desarrollo. Por otra parte, los contratos de asociación pueden realizarse con el mismo objetivo, empero, además para llevar a cabo actividades en colaboración con las responsabilidades y labores legalmente establecidas a los entes del Estado y, asimismo, para establecer entidades jurídicas.

(c) Los contratos de interés público se llevan a cabo utilizando el presupuesto correspondiente a la entidad pública. En cuanto a los contratos de asociación, se deben indicar los “aportes” del ente público y de la entidad jurídica en cuestión, como se muestra en el segundo inciso del artículo 96 citado (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio civil, No 11001-03-06-000-2016-00221-00(2319), 2017).

En la Fase de implementación y cierre, las pautas para la contratación con la ESAL, sugieren que el contrato debe admitir la verificación continua en la realización para asegurar que la ESAL siga siendo idónea para llevar a cabo los programas y actividades estipulados en el plan de desarrollo. Para ello, es necesario establecer instrumentos que permitan un monitoreo apropiado de la ejecución del programa o actividad, así como la definición de metas y juicios de servicio o calidad. La evaluación resultante de dicho proceso debe ser un documento transparente y de acceso público, para que otras entidades estatales puedan considerarlo al contratar con organizaciones sin ánimo de lucro. En cuanto a la liquidación del contrato de interés público, el Decreto 092 de 2017 no proporcionó directrices específicas ni hizo obligatoria esta etapa. Sin embargo, la guía sugiere que se realice la liquidación para realizar un balance final de la ejecución contractual (Muñoz, 2018)

3.2. Principios de la función administrativa y/o de la gestión fiscal que desarrollan las buenas prácticas

En cuanto a las buenas prácticas relacionadas con los contratos con las ESAL, se basan en principios que promueven la transparencia, equidad, efectividad, moralidad, imparcialidad y publicidad. Estos fundamentos garantizan una utilización adecuada de los recursos públicos y el cumplimiento de los objetivos propuestos en

los contratos establecidos con las ESAL. Además, se incluye una gestión cuidadosa de los riesgos asociados a dichos contratos, con el fin de reducir los posibles efectos negativos en la gestión fiscal y administrativa.

Principio de igualdad. El principio de igualdad de la función administrativa y de la gestión fiscal que se desarrollan en las buenas prácticas respecto a los contratos con las ESAL busca garantizar que estas entidades sean tratadas de manera equitativa y justa en comparación con las empresas comunes, asegurando que los procesos de contratación sean transparentes e imparciales. Además, se busca garantizar que las ESAL tengan la misma capacidad y oportunidades que otras empresas en los procesos de contratación y que se les otorgue un trato justo en el cumplimiento de los contratos. Esto contribuye a la promoción de la igualdad de oportunidades y al fortalecimiento del sector sin ánimo de lucro como actor clave en la entrega de servicios públicos de calidad.

Principio de transparencia. El principio descrito se refiere a la transparencia en los procesos de contratación, lo que garantiza que las decisiones tomadas por la administración sean conocidas y cuestionables por los particulares. Todos los documentos que respalden estas decisiones deben ser públicos, excepto aquellos que la ley establezca como reservados, y deben estar bien justificados y divulgados oportunamente. La selección del contratista no debe verse afectada por favoritismos o intereses y las condiciones deben ser equitativas y abiertas a todos los interesados. Además, la selección del contratista se basa en asegurar la imparcialidad, neutralidad y precisión de las normas estipuladas para la presentación de propuestas, garantizando el derecho a la contradicción, la transparencia en las acciones de la administración y la elección objetiva del contratista más adecuado que ofrezca la propuesta más beneficiosa para los intereses de la entidad. Se sugiere incluir la autorización para recibir notificaciones electrónicas en los documentos previos, de acuerdo con lo determinado en el artículo 56 del CPACA.

Principio de publicidad. Las entidades están obligadas a proporcionar a las personas de manera oportuna y completa toda la información que no esté protegida por reserva legal. Este derecho de acceso a todos los datos es primordial para garantizar la participación ciudadana y la práctica responsable de la democracia. La publicidad implica que los ciudadanos deben tener acceso a la información sobre las acciones, decisiones y procesos llevados a cabo por las entidades públicas. Esto incluye la divulgación de presupuestos, contratos, informes, resultados de auditorías y cualquier otro dato relevante que permita a los ciudadanos conocer el desempeño y la gestión de las instituciones gubernamentales.

Además de proporcionar la información, las entidades deben fomentar la colaboración ciudadana en los espacios de discusión y toma de decisiones. La intervención de la ciudadanía es clave para la rendición de cuentas y para garantizar que las políticas y acciones del gobierno reflejen verdaderamente los intereses y necesidades de la población (Secretaría Jurídica Distrital, 2020).

Principio de moralidad. Hace referencia al cúmulo de principios y valores esenciales admitidos por la mayoría de los sujetos, que deben guiar constantemente las acciones del Estado, mediante sus entidades y funcionarios, con el objetivo de conseguir una convivencia justa, digna y respetuosa entre sus miembros, así como el bienestar de la sociedad tanto en lo individual como en su dimensión colectiva. En este sentido, se destaca la importancia de este principio en las acciones del Estado, ya que pretende suscitar el bien común y asegurar que las actuaciones de los funcionarios públicos estén guiadas por los valores comunes de la sociedad. Además, se reconoce que la moralidad en la función pública contribuye a lograr una comunidad en justicia y equidad para todos sus miembros.

Principio de eficacia. Se refiere a garantizar que la gestión se lleve a cabo de forma pertinente y se relacione con las finalidades y términos establecidos. En este sentido, la selección objetiva debe ser utilizada en los procesos contractuales con el fin de escoger la oferta más beneficiosa para la entidad y sus fines, sin considerar factores subjetivos como afecto o intereses personales. Según el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, las autoridades deben buscar que los procesos cumplan su objetivo, removiendo dificultades formales, evitando demoras y determinaciones inhibitorias, y corrigiendo cualquier irregularidad de procedimiento. El principio de eficacia busca lograr que la gestión pública sea efectiva y se enfoque en los objetivos y metas fijados, sin permitir factores subjetivos que puedan influir en la selección de ofertas o en la toma de decisiones. Además, este principio busca que los procedimientos sean adecuados y eficientes, evitando dilaciones o irregularidades que puedan afectar el resultado final.

Principio de imparcialidad. Se refiere a la objetividad al tomar determinaciones por la administración, lo cual se logra a través de la obligación de selección objetiva en los procesos contractuales. En otras palabras, este principio busca garantizar que las decisiones tomadas por la administración sean objetivas y estén basadas en criterios justos y equitativos. Se destaca que la imparcialidad es un elemento esencial en la función pública, ya que evita la influencia de intereses personales o subjetivos al tomar determinaciones y promueve la igualdad de opciones para quienes hacen parte de los procesos contractuales. Además, este principio busca garantizar que las decisiones se basen en criterios claros y

transparentes, fomentando así la confianza de la ciudadanía en las instituciones públicas y en la forma en que se toman las decisiones en nombre del interés común (Camacho, 2020).

Capítulo 4: Controles o mecanismos que existen para garantizar esas buenas prácticas y evitar el uso indebido de este tipo de contrataciones

4.1. Control fiscal

Ahora bien, en cuanto a la gestión fiscal, la Ley 610 de 2000 indica que abarca todas las acciones económicas, jurídicas y tecnológicas que realizan los servidores públicos y entidades privadas que administren o manejen recursos o dineros públicos. Su objetivo es la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado. Para lo cual, en todo momento se deben tener en cuenta los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

En resumen, la gestión fiscal abarca todas las actividades dirigidas a administrar y manejar adecuadamente los recursos y fondos públicos, asegurando su eficacia, transparencia y eficiencia en su uso, así como el acatamiento de los principios éticos y legales que rigen el servicio público. Es relevante destacar que la gestión fiscal se rige por principios como la equidad, la imparcialidad y la consideración del impacto ambiental, entre otros, con el fin de asegurar una administración responsable y comprometida con el bienestar colectivo.

Por su parte, en el ámbito jurisprudencial, la Sentencia C-529 de 1993 de la Corte Constitucional hace mención a la gestión fiscal como la habilidad para gestionar los recursos públicos y establece que, siguiendo la concepción generalmente aceptada de que el fisco o tesoro abarca los bienes o fondos públicos, independientemente de su origen, la gestión fiscal se refiere a la administración o manejo de dichos bienes en todas las etapas sucesivas de recaudación o adquisición, custodia, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición (Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 1993).

La Sentencia C-840 de 2001 de la Corte Constitucional afirma que la gestión fiscal es el elemento determinante y obligatorio en lo que respecta a las obligaciones ingénitas a la administración de los dineros y bienes estatales por parte de los

funcionarios públicos y terceros. Esto conlleva que la administración financiera es esencial para asegurar la efectividad, la transparencia y la eficacia en la utilización de los recursos públicos, y apoyar al progreso y bienestar de la comunidad. La gestión fiscal, por tanto, debe ser entendida como un proceso integral que abarca desde la recaudación, conservación, administración, inversión, disposición y control de los recursos públicos, y se gobierna por una sucesión de principios como la equidad, la transparencia y la eficiencia, entre otros (Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001).

De otro lado, el Consejo de Estado, al analizar la eventual responsabilidad económica del líder de la oficina jurídica de una entidad estatal, ha destacado que la gestión financiera no solo comprende la dirección y el control de los bienes y recursos de la entidad, sino también la facultad de disponer de los mismos. Al analizar las funciones específicas del jefe de la oficina asesora, esta corporación estableció que estas no entran al interior del ámbito de la gestión financiera, ya que no estaban vinculadas con la planificación, supervisión, conducción, administración y manejo de los bienes o recursos de la entidad, o no implicaban una capacidad de toma de decisiones sobre esos bienes o capitales (Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, No 05001-23-31-000-2004-01667-01, 2015); (Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, No 68001-23-33-000-2013-01024-01, 2016).

Además, esta misma corporación ha afirmado que el hecho de que se involucren recursos públicos en un contrato con una entidad estatal no significa necesariamente que el contratista sea un gestor fiscal. Se debe demostrar que la conducta del contratista ha ocasionado un perjuicio al patrimonio estatal y que ha tenido bajo su gestión la administración de los recursos públicos entregados, para que se le pueda imputar responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal no puede imputarse de manera generalizada a todos los particulares que suscriben un contrato estatal, ya que el requisito indispensable es que ejerzan un comportamiento que cause un perjuicio al erario del Estado, producto de la gestión fiscal que hayan realizado sobre los recursos públicos entregados (Sánchez, 2019).

Ahora bien, el control fiscal puede entenderse como una labor orientada a supervisar la gestión fiscal de la administración pública y de aquellas personas o entidades que manejan recursos y bienes públicos (Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 267). Por tanto, es necesario establecer medidas que permitan verificar el uso adecuado de los recursos, en caso de sospechas de malversación de fondos. Según Rincón (2014), el control fiscal surgió en respuesta a problemas de mal manejo de fondos. Antes de la Constitución de 1991, el control

fiscal se enfocaba en una planificación previa, lo que creaba oportunidades para la corrupción y el clientelismo en las entidades públicas. A partir de entonces, el control fiscal se lleva a cabo de forma posterior y selectiva, siguiendo procedimientos y sistemas establecidos por la ley. Estos sistemas están regulados por la Ley 42 de 1993, la Ley 610 de 2010 y la Ley 1474 de 2011, y fueron modificados por el Acto Legislativo 4 de 2019. Los principios del control fiscal, como economía, eficiencia, imparcialidad, transparencia, equidad y valoración del impacto ambiental, están establecidos en la Constitución y en la ley. Con la reforma constitucional, el rol de la Contraloría General de la República, como órgano independiente de las demás ramas del poder público, ha experimentado cambios significativos en sus funciones (Presidencia de la República, 2019).

Lo anterior, con el objetivo de lograr un control fiscal más autónomo, eficaz y preventivo, se espera que se realice de forma concomitante. Adicionalmente, surge la necesidad de descentralización, lo que conllevó a la creación de las contralorías regionales. La supervisión de la gestión fiscal del Estado implica la implementación de un control financiero, de gestión y de resultados, basado en los principios antes referidos (Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 267).

Finalmente, en Colombia la responsabilidad fiscal se establece cuando un gestor fiscal ha actuado con dolo o negligencia grave en el desempeño de sus funciones. Al respecto, el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, establece la determinación de la culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal. El dolo se presume cuando el gestor ha sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por los mismos hechos relacionados con un delito o una falta disciplinaria. Por otro lado, la negligencia grave se presume en diversas situaciones, como cuando el gestor ha redactado pliegos de condiciones o términos de referencia de manera incompleta, ambigua o confusa, lo que ha llevado a interpretaciones o decisiones técnicas que afectan el patrimonio de la entidad contratante. También se considera negligencia grave si se ha omitido injustificadamente el deber de comparar precios, ya sea a través de estudios o consultas de las condiciones del mercado o mediante la comparación de las ofertas recibidas. En este caso, se han aceptado ofertas sin una justificación objetiva que superen los precios del mercado.

Otra situación en la que se presume negligencia grave es cuando el gestor no ha cumplido con las obligaciones propias de los contratos de interventoría o las funciones de supervisión, como realizar revisiones periódicas de obras, bienes o servicios de manera que no se garantice una correcta ejecución del contrato o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los

contratistas. Asimismo, se considera negligencia grave cuando se ha violado la obligación de asegurar los bienes de la entidad o de hacer cumplir las pólizas o garantías en caso de siniestros o incumplimientos contractuales.

En conclusión, para determinar la responsabilidad fiscal en Colombia, se debe demostrar que el gestor fiscal ha actuado con dolo o negligencia grave, y en este último caso, hay diversas situaciones en las que se presume esta culpa (Ley 1474 de 2011, artículo 118).

4.2. Control disciplinario

La faceta disciplinaria es un elemento crucial de la función pública, dado que su propósito radica en garantizar que el servicio a la comunidad sea provisto en su favor y salvaguardar los derechos y libertades de los ciudadanos. El derecho disciplinario abarca el cúmulo de reglamentos que requieren a los servidores públicos actuar de manera adecuada en el desarrollo de sus labores, responsabilizándolos no solo por violaciones a la Constitución Política y la legislación, sino además por omisiones o excesos en el desempeño de sus funciones (Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 6).

Inicialmente, el control disciplinario interno se origina de la relación de dependencia y jerarquía que existe entre los servidores públicos, con el fin de mantener la organización dentro de las distintas instituciones estatales y asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos por la Constitución. De esta manera, el control disciplinario interno, por su esencia, estaba delegado a los superiores jerárquicos correspondientes, quienes tienen la responsabilidad de asegurar que cada entidad estatal se enfoque en los propósitos del servicio público que le son inherentes.

Sin embargo, con el fin de atestiguar la integridad y la autonomía del procedimiento disciplinario, se han implementado mecanismos adicionales de control, como las procuradurías y órganos disciplinarios autónomos. Estas instancias se encargan de evaluar y sancionar cualquier irregularidad o mala conducta de los funcionarios públicos, incluyendo la contratación estatal, garantizando que se apliquen los castigos apropiados cuando haya inobservancia de sus deberes y responsabilidades.

La importancia del control disciplinario radica en que promueve la responsabilidad y la ética en el servicio público, lo que a su vez vigoriza la confianza de la comunidad en los entes del Estado. Al exigir el cumplimiento de altos

estándares de comportamiento, se asegura que los servidores públicos actúen en interés de la comunidad y se mantenga la integridad en la administración de los temas públicos. Es fundamental que el control disciplinario sea transparente, imparcial y efectivo, ya que esto contribuye a prevenir la corrupción y la mala utilización de los dineros públicos. Además, garantiza que los derechos de la ciudadanía se acaten y que las acciones del Estado estén orientadas hacia el bienestar general y el desarrollo del país (López y Madrid, 2022).

Ahora bien, la Ley 1952 de 2019, por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, consagra varias faltas disciplinarias específicas en las que se puede incurrir por una indebida gestión de los contratos estatales en Colombia. Algunas de ellas incluyen la redacción de pliegos de condiciones o términos de referencia de manera incompleta, ambigua o confusa; la omisión injustificada del deber de comparar precios; el incumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión; y la violación de la obligación de asegurar los bienes de la entidad o de hacer cumplir las pólizas o garantías en caso de siniestros o incumplimientos contractuales (Colombia Compra Eficiente, s.f.).

4.3. Control penal

El control penal en contratos públicos con ESAL busca garantizar la legitimidad y transparencia en la administración de los dineros públicos. Este control tiene como objetivo asegurar que las ESAL seleccionadas sean idóneas y cumplan los requisitos necesarios. Así las cosas, se requiere por parte de las autoridades competentes realizar un riguroso seguimiento durante la ejecución del contrato, que permita identificar posibles conductas contrarias a la ley penal.

Es fundamental que los servidores públicos involucrados en los contratos cumplan con la normativa establecida y eviten prácticas que puedan comprometer la integridad del proceso. De esta manera, la correcta aplicación del control penal contribuye a fortalecer la confianza de la ciudadanía en los entes públicos y promueve una cultura de transparencia y legitimidad en la contratación pública, lo que significa una utilización más eficaz y responsable de los dineros destinados al desarrollo de programas y proyectos públicos (Perdomo y Romero, 2018).

Ahora bien, la corrupción y los delitos contra la administración pública son temas que preocupan a gran parte a la sociedad colombiana. Estos actos criminales afectan la confianza en las instituciones públicas y obstaculizan el desarrollo y la

justicia social. En ese orden, se abordará cómo se definen, cuáles son y cómo se sancionan los crímenes contra la administración pública en Colombia.

Por tanto, los delitos contra la administración pública son aquellos actos criminales que atentan contra el correcto funcionamiento de las instituciones estatales y la práctica legítima de sus labores. Estos delitos involucran a servidores públicos y otras personas que, de manera directa o indirecta, influyen o participan en actividades que socavan el sector público.

El título XV del Código Penal, consagra varios delitos contra la administración pública que se pueden cometer en sede de contratos estatales, tales como el peculado, la concusión, el cohecho, el tráfico de influencias, el prevaricato, el abuso de autoridad, entre otros. En algunos casos, estos delitos pueden involucrar a los contratistas, mientras que en otros casos pueden implicar a los servidores públicos que tienen la responsabilidad en los contratos. Es importante tener en cuenta que la comisión de estos delitos puede tener graves consecuencias legales que comprenden pena de prisión, de multa e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Particularmente, dentro de los delitos contra la administración pública, se encuentra el delito de celebración indebida de contratos, el cual, es una forma específica de corrupción que afecta la administración pública. Este tipo de delito ocurre cuando un servidor público, valiéndose de su cargo y poder, tramita, celebra o liquida un contrato sin seguir los procedimientos y requisitos legales establecidos.

Este delito está consagrado en el Código Penal a partir del artículo 408 al 410, bajo diferentes modalidades, como la violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, interés indebido en la celebración de contratos, contrato sin cumplimiento de requisitos legales, acuerdos restrictivos de la competencia y las consecuencias judiciales para los servidores públicos que cometen este tipo de delito pueden ser graves. En este sentido, el Código Penal establece pena de prisión máxima de 216 meses, multa e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas (Ortega, 2020).

En efecto, para prevenir y combatir este tipo de delitos, es crucial fortalecer los mecanismos de control y fiscalización, así como promover una cultura de integridad y ética en la administración pública. La implementación de políticas de transparencia, potenciar las instancias de supervisión y fiscalización, así como el compromiso activo de la sociedad civil en la inspección de los recursos públicos son

fundamentales para reducir los casos de contratación irregular y garantizar una administración eficaz y comprometida de los recursos públicos.

En conclusión, el delito de la celebración indebida de contratos es una forma de corrupción que socava los principios fundamentales de una administración pública. Es responsabilidad de todos, tanto de las autoridades como de la ciudadanía, trabajar juntos para erradicar esta práctica y asegurar que los recursos del Estado sean utilizados de manera justa y en beneficio de toda la sociedad (Ramírez, 2019).

Ahora bien, es importante señalar, que los castigos para los crímenes contra la administración pública en Colombia son severos y buscan disuadir a los infractores de cometer estas conductas. La gravedad de las sanciones varía conforme a la clase de delito y los contextos particulares de cada caso. En algunos casos, cuando la corrupción ha sido masiva y ha generado un gran impacto en la sociedad, las penas pueden ser especialmente duras para enviar un mensaje claro de rechazo a estas prácticas.

Por consiguiente, los delitos contra la administración pública en Colombia son una problemática que afecta la credibilidad y el buen funcionamiento del Estado. La corrupción y la impunidad erosionan la confianza de la comunidad en sus entes y dificultan el progreso y la justicia social. Para combatir eficazmente estos delitos, es necesario promover la transparencia, la rendición de cuentas y la educación cívica. Además, se debe fortalecer el sistema de justicia para que los responsables de estos actos enfrenten sanciones proporcionales a la gravedad de sus acciones. Es primordial que la comunidad de manera global se una para erradicar la corrupción y exigir un gobierno ético y responsable. Solo así será posible construir una Colombia más justa, equitativa y próspera para todos (Castro, 2009).

4.4. Las veedurías

Las veedurías desempeñan un papel esencial en el fortalecimiento de la intervención ciudadana y la rendición de cuentas en la contratación pública con las ESAL. Estos mecanismos permiten que la sociedad civil tenga una participación en la supervisión y control de los programas que se adelanten en favor de la ciudadanía.

Mediante la vigilancia ciudadana, las veedurías pueden acceder a información pública relevante sobre los contratos con las ESAL y, verificar que los recursos se usen de manera eficaz y responsable. Esto ayuda a prevenir posibles

situaciones de corrupción, desfalco de dineros o anomalías en la ejecución de los proyectos. Además, permite asegurar que las metas y objetivos planteados en los contratos se cumplan adecuadamente, y que se acaten las garantías e intereses de la población beneficiaria.

De este modo, la existencia de veedurías promueve la transparencia en el proceso de contratación, ya que las actividades de supervisión y monitoreo son públicas y están abiertas a la comunidad. Esto fomenta la confianza de la ciudadanía en las entidades del Estado y en la gestión de los recursos destinados a proyectos de interés general.

Así, las veedurías también juegan un papel educativo y de concientización, ya que informan a la comunidad sobre sus garantías y obligaciones en el contexto de la contratación pública, promoviendo una cultura de responsabilidad e intervención en la vigilancia de los temas públicos. En este sentido, la labor de las veedurías es complementaria al control que ejercen los organismos de control y las autoridades competentes, ya que aporta una perspectiva ciudadana y una mirada cercana a las exigencias y expectativas de la ciudadanía.

En este sentido, la Ley 850 de 2003 tiene como propósito regular las veedurías ciudadanas, las cuales se crean con el fin de supervisar la gestión pública. Estas veedurías son especialmente importantes para vigilar la correcta asignación de los recursos públicos, cumpliendo con las disposiciones legales y los planes, programas y proyectos debidamente aprobados. Igualmente, su función es velar por el cumplimiento de los objetivos, metas y cobertura efectiva de los beneficiarios, garantizando una calidad, oportunidad y efectividad en las intervenciones y contratación pública. Además, deben supervisar la diligencia por parte de las autoridades en la consecución de los objetivos del Estado en diferentes áreas de gestión.

Por lo tanto, las veedurías son responsables de ejercer vigilancia preventiva y posterior en el proceso de gestión mediante la formulación de recomendaciones oportunas y escritas dirigidas a las entidades encargadas de ejecutar el programa, proyecto o contrato, así como a los organismos estatales de control. Su objetivo principal es mejorar la eficiencia institucional y la actuación de los funcionarios públicos (Ley 850 de 2003)

Por tanto, la Ley 850 de 2003 establece varios artículos que se relacionan con el control a la gestión contractual. Por ejemplo, en su artículo 4 se establece el uso de los recursos públicos y el deber de los gestores fiscales de actuar con

probidad y transparencia en el manejo de los mismos. Asimismo, en el artículo 21 se hace referencia a los diferentes tipos de veedurías que pueden ejercer control sobre la gestión pública. En general, la ley busca establecer mecanismos de control contra la corrupción en la gestión pública y garantizar la eficiencia y transparencia en la gestión contractual (Tapiero, 2013).

En conclusión, las veedurías son aliadas fundamentales en el procedimiento de contratación pública con ESAL, contribuyendo a la nitidez, rendición de cuentas y buena gestión de los dineros del Estado. Su participación fortalece la democracia y garantiza que los proyectos y programas se desarrollen en beneficio de toda la sociedad (Perdomo y Romero, 2018).

Conclusiones

Los contratos entre entidades del Estado y las ESAL tienen un importante efecto en el progreso social y económico del Estado. Estos contratos permiten la materialización de proyectos y programas que buscan abordar problemáticas sociales, culturales, educativas, ambientales y de salud, entre otras, que afectan a comunidades vulnerables y marginadas. El marco normativo establecido en el Decreto 092 de 2017 y el artículo 355 de la Constitución ha sido diseñado para fomentar una contratación con enfoque social, donde se priorice el interés general y la complacencia de los intereses de la comunidad. La normativa establece criterios claros para la selección de las ESAL que puedan ser contratadas, asegurando que estas entidades cuenten con la idoneidad y experiencia necesarias para llevar a cabo los programas en el escenario del programa de desarrollo.

Es importante resaltar que estos contratos no solo benefician a las comunidades destinatarias de los programas y proyectos, sino que también generan un impacto positivo en las propias ESAL al fortalecer sus capacidades y reconocimiento en la sociedad. Al colaborar con el Estado, las ESAL pueden obtener recursos para ampliar su alcance y contribuir a la transformación social, lo que a su vez refuerza su legitimidad y confianza en la ciudadanía.

Además de la normativa, los principios de la función pública cumplen una labor esencial en el desempeño de estos contratos. La moralidad, transparencia, eficiencia y responsabilidad son fundamentales para garantizar que los dineros públicos se usen de forma pertinente y que las acciones estén orientadas hacia el bienestar común y la equidad.

Para que estos contratos sean exitosos, es necesario que se apliquen buenas prácticas en las distintas fases del proceso, empezando en la individualización de proyectos hasta la ejecución y seguimiento. La planificación adecuada, la definición clara de objetivos, la asignación eficiente de recursos y el seguimiento riguroso son elementos clave para alcanzar resultados positivos y medibles. Sin embargo, la efectividad de estos contratos también depende de mecanismos de control y supervisión adecuados. La existencia de controles fiscales, disciplinarios y penales, así como la participación de veedurías ciudadanas, garantizan que los recursos sean utilizados de manera transparente y que se cumplan las finalidades planteadas en beneplácito de la ciudadanía.

Ahora bien, los principios de la función pública, como la moralidad, la transparencia y la eficiencia, juegan un papel fundamental en la contratación con ESAL, garantizando que los recursos públicos se empleen de forma responsable y en concordancia con los fines establecidos en el plan de desarrollo. Además, se busca fomentar la participación ciudadana y la rendición de cuentas para atestiguar que los proyectos se ejecuten con idoneidad y en beneficio de la comunidad.

En este sentido, para que se cumplan de manera adecuada los contratos con ESAL es esencial, tener en cuenta las buenas prácticas, para garantizar una administración adecuada y responsable de los dineros estatales destinados a programas y proyectos sociales. Estas prácticas buscan asegurar que los proyectos financiados por el Estado se ejecuten de manera óptima y alineada con las finalidades del plan de desarrollo, maximizando así su impacto y beneficios para la comunidad.

En primer lugar, la verificación de la idoneidad de las ESAL es un paso crucial para asegurar que estas entidades cuenten con las condiciones técnicas, administrativas y financieras para llevar a cabo los proyectos propuestos. Es importante evaluar su experiencia previa en proyectos similares, su reputación y trayectoria en el ámbito social, así como su compromiso y dedicación a las causas misionales que persiguen.

La selección rigurosa de proyectos acordes con el plan de desarrollo también juega un papel clave en la promoción de buenas prácticas. Es esencial que los proyectos a financiar se alineen con las prioridades y necesidades identificadas en el plan de desarrollo, de manera que los recursos se destinen a iniciativas realmente relevantes y que contribuyan al bienestar y progreso de la sociedad.

El seguimiento y vigilancia adecuados del cumplimiento de los contratos son fundamentales para garantizar la eficacia, eficiencia, economía y gestión de riesgos en la consecución de los resultados esperados. Esto implica establecer mecanismos de monitoreo y evaluación periódica, que permitan identificar posibles desviaciones o problemas en la ejecución de los proyectos y tomar medidas correctivas a tiempo.

Además, las buenas prácticas en la contratación con ESAL también deben promover la transparencia en la administración de los dineros y la rendición de cuentas ante la ciudadanía. La divulgación de información sobre la realización de los proyectos y los efectos obtenidos es clave para generar confianza y legitimidad en el uso de los recursos públicos.

Por consiguiente, las buenas prácticas en los contratos con ESAL son fundamentales para asegurar que los recursos estatales sean gestionados de forma eficaz y en favor de la comunidad, la corroboración de la capacidad de las entidades, la cuidadosa elección de proyectos, el monitoreo y control adecuado de la ejecución, así como la apertura y responsabilidad, son fundamentales para alcanzar el éxito en la realización de programas y proyectos que contribuyan al progreso y bienestar social. Estas prácticas reflejan la responsabilidad y dedicación del Estado para fomentar el bienestar común y cumplir con los objetivos estatales en pos de una sociedad más ecuánime y justa.

De esta manera, para garantizar el desempeño de las buenas prácticas, además de la regulación de estos contratos con ESAL, se establecen mecanismos de control, como el fiscal, disciplinario, penal y la participación de veedurías ciudadanas. Estos mecanismos permiten una supervisión constante y transparente de la ejecución de los contratos, asegurando que se respeten los principios de legalidad, transparencia y responsabilidad en la administración de los recursos estatales.

Los contratos entre entidades del Estado y las ESAL representan una oportunidad para promover el desarrollo social y la defensa de las garantías esenciales. La ejecución adecuada de los principios, normas y buenas prácticas, junto con los mecanismos de control y vigilancia ciudadana, es esencial para asegurar que estos contratos sean una herramienta efectiva en la consecución del bien común y la optimización de las condiciones de vida de los ciudadanos.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, F. (2022). *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. Bogotá, Colombia. Recuperada de <https://repository.ucatolica.edu.co/entities/publication/93a6757c-6755-410e-b6cd-9c3bf390da08>
- Arroyave, J. (2020). ABCES sobre contratación pública o estatal. Recuperado de <https://repository.ces.edu.co/bitstream/handle/10946/3132/35-Contratacion%20Publica%20o%20Estatal.pdf;sequence=1>
- Camacho, G. (2020). *La Gestión fiscal en la contratación estatal* (Trabajo de grado). Universidad Nacional Abierta y a Distancia, Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://repository.unad.edu.co/bitstream/handle/10596/35978/gdcamachog.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Colombia. Congreso de la República. Acto Legislativo 04. (18, septiembre, 2019). Por medio del cual se reforma el régimen de control fiscal. Bogotá. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=100251>
- Colombia Compra Eficiente. (2017). Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Recuperado de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf
- Colombia Compra Eficiente. (2020). Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Recuperado de https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf
- Consejo de Estado [CE], Sala Consulta y Servicio Civil, octubre 20, 2014. M. P.: L. Vergara. No 1001-03-25-000-2012-00762-00(2520-12). (Colombia). Recuperado de https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_seccion_segunda_e._no._2520_de_2014.aspx#/

- Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa, noviembre 12, 2015. M. P.: M. Rojas. No 05001-23-31-000-2004-01667-01. (Colombia). Recuperado de <https://vlex.com.co/vid/615467418>
- Consejo de Estado [CE], Sala Contenciosa Administrativa, mayo 19, 2016. M. P.: M. García. No 68001-23-33-000-2013-01024-01. (Colombia). Recuperado de <https://vlex.com.co/vid/647684833>
- Consejo de Estado [CE], Sala Consulta y Servicio Civil, mayo 30, 2017. M. P.: E. González. No 11001-03-06-000-2016-00221-00(2319). (Colombia). Recuperado de <https://vlex.com.co/vid/842440128>
- Corte Constitucional [CC], noviembre 11, 1993. M.P.: E. Cifuentes. Sentencia 529/93. (Colombia). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-529-93.htm#:~:text=C%2D529%2D93%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20concepto%20de%20gesti%C3%B3n%20fiscal,%20%20gasto%20%20inversi%C3%B3n%20y%20disposici%C3%B3n>
- Corte Constitucional [CC], septiembre 9, 1999. M.P.: A. Beltrán. Sentencia 671/99. (Colombia). Recuperada de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-671-99.htm>
- Corte Constitucional [CC], agosto 09, 2001. M.P.: J. Araujo. Sentencia 840/01. (Colombia). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-840-01.htm#:~:text=%2D%20Cuando%20el%20Estado%20permite%20que,una%20gesti%C3%B3n%20ineficiente%20o%20dolosa>
- Corte Constitucional [CC], febrero 26, 2002. M.P.: A. Beltrán. Sentencia 127/02. (Colombia). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-127-02.htm>
- Cruz, M. (2022). *Incidencias en los hallazgos en la gestión contractual del Distrito Capital*. Bogotá: Secretaría Jurídica Distrital. Recuperado de <https://secretariajuridica.gov.co/sites/default/files/Incidencias-hallazgos-gestion-contractual-Distrito-Capital.pdf>
- Fuente, C. L., Campos, C. A., Becerra, A. H., & Ureña, J. M. (1992). *Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia*. Bogotá: Cámara de Comercio.

- Gómez, I. (2012). *El derecho de la contratación pública en Colombia*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Grajales, C. (2022). *Análisis al Decreto 092 de 2017, por medio del cual se reglamentan los contratos estatales en modalidad convenio de asociación con las entidades sin ánimo de lucro- ESAL* (Trabajo de grado). Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia. Recuperado de https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/28770/1/GrajalesCarlos_2022_ContratosEstatalesConvenio.pdf
- López, A. y Madrid, D. (2022). *Control interno disciplinario en la Contraloría General de la República* (Trabajo de grado). Universidad Libre, Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/22732/CONTROL%20INTERNO%20DISCIPLINARIO%20EN%20LA%20CONTRALOR%c3%8dA%20GENERAL%20DE%20LA%20REP%c3%9aBLICA%20%282%29.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Molina, C. (2015). *Principios de la contratación pública en la jurisprudencia*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Morales, O. (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* (Trabajo de grado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Recuperada de <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/42976/TESIS.pdf>
- Muñoz, M. (2018). *Modificaciones al régimen especial de contratación de las entidades sin ánimo de lucro en Colombia* (Trabajo de grado). Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/13674/2018mariamunoz.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- 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* (Trabajo de grado). Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/15448/2018luisaromero.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Puerta, L. (2013). *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. Bogotá: Leyer.

- Rincón, C. (2014). Diferencias y relaciones entre la responsabilidad fiscal y la responsabilidad disciplinaria de conformidad con el tipo de control. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la administración pública. Recuperado de <https://studylib.es/doc/7461813/diferencias-y-relaciones-entre-la-responsabilidad-fiscal->
- Robayo, A., Castro, Y. y Moreno, D. (2019). *¿Como analizar el diseño organizacional de una E.S.A.L desde el modelo star de jay galbraith? – caso biblioseo* (Trabajo de grado). Universidad EAN. Recuperado de <https://repository.universidadean.edu.co/bitstream/handle/10882/9783/RobayoAndrea2019?sequence=1>
- Rodríguez, M. (2017). *Contratación pública con entidades sin ánimo de lucro*. Bogotá: Legis
- Sánchez, N. (2019). *La gerencia pública y el sistema de mérito en el empleo público en Colombia* (Trabajo de grado). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/24e6414b-4c5f-4133-a9e6-219cdc242187/content>
- Secretaría Distrital de Planeación [SDP], diciembre 14, 2005. Concepto radicado 20051-1626. (Colombia). Control interno contable. Presentación de información. Recuperada de https://www.redjurista.com/Documents/concepto_1626_de_2005_contaduria_general_de_la_nacion.aspx#/
- Secretaría Jurídica Distrital. (2020). Documento Único en Contratación. Recuperado de https://sisjur.bogotajuridica.gov.co/sisjur/adminverblobawa?tabla=T_NORMA_ARCHIVO&p_NORMFIL_ID=22154&f_NORMFIL_FILE=X&inputfileext=NO RMFIL_FILENAME
- Segura, L. (2019). *El Control fiscal en Colombia: análisis de sus retos y problemáticas actuales* (Trabajo de grado). Universidad Libre, Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/23644/EL%20CONTROL%20FISCAL%20EN%20COLOMBIA.pdf?sequence=2>

- Velásquez, C. y Ortiz, M. (2023). Los contratos de fomento como técnica de intervención administrativa en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (56), 305-333. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/8644/13946>
- Vélez, D. (2019). *La contratación estatal con entidades sin ánimo de lucro en Colombia de cara a las modalidades abusivas del contrato público* (Trabajo de grado). Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia. Recuperado de https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/9434/Contrataci%C3%B3n_estatal_entidades_sin_%C3%A1nimo_de_lucro_Colombia.pdf?sequence=1
- Vélez, L. (2020). *Obstáculos administrativos de organizaciones sociales (ESAL) en Colombia* (Trabajo de grado). Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. <https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/29781/LINA%20Final%20final%20%281%29%20%283%29.pdf?sequence=7&isAllowed=y>