

Sistema General de Regalías

**La contratación directa como
mecanismo excepcional de
contratación: un análisis antes y
después del Decreto 092 de 2017**

Diciembre de 2019



República de Colombia
Contraloría General de la República

Carlos Felipe Córdoba Larrarte
Contralor General de la República

Ricardo Rodríguez Yee
Vice Contralor General de la República (E)

José Fredy Arias Herrera
Contralora Delegada Sectorial
Coordinadora Unidad de Seguimiento y Auditoria de Regalías

Elaboración y revisión del Informe:

David Isaac Botero
Contralor Delegado Sectorial
Coordinador Grupo Interno de Estudios Sectoriales de Regalías

Elaboración del Informe

Johana C. Rojano Rodriguez
Contratista Grupo de Estudios Sectoriales
Aníbal José Quiroz Monsalvo
Asesor Despacho

Participación en la elaboración del Informe:

Oscar Gonzalez Valencia

Comunicaciones y Publicaciones

Rossana Payares Altamiranda
Directora Oficina de Comunicaciones y Publicaciones

Diagramación, elaboración de gráficos, edición fotográfica

Contraloría General de la República
Carrera 69 No# 44 – 35
PBX: 518 7000
Bogotá D.C., Colombia
Octubre de 2019
PBX: 518 7000
Bogotá D.C., Colombia
Septiembre de 2019

La contratación directa como mecanismo excepcional de contratación: un análisis antes y después del Decreto 092 de 2017

Introducción

El Sistema General de Regalías, SGR, a partir del Acto Legislativo 05 de 2011 y la Ley 1530 de 2012, promovió prácticas de buen gobierno con el fin de mejorar la capacidad institucional de los entes territoriales, garantizar la pertinencia de los proyectos y promover la transparencia y el buen uso de los recursos, esto último a través de la creación de Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación, SMSCE, y del aumento del presupuesto destinado a fortalecer el control fiscal de las regalías.

Aunque el sistema de regalías ha avanzado en transparencia, gracias a que toda la inversión se realiza a través de proyectos, formulados y registrados en el Departamento nacional de Planeación-DNP, a los cuales se puede hacer seguimiento a través de los sistemas de información creados para ello, la ejecución de los recursos, como bien lo ha planteado en diferentes escenarios la Contraloría General, presenta debilidades no sólo por la lentitud en su ejecución, sino porque en materia de contratación no se están observando plenamente los principios de la contratación pública –transparencia, economía y responsabilidad-. Por esta y otras razones para la Unidad de Seguimiento y Auditoría de Regalías de la CGR los riesgos de corrupción continúan siendo altos.

Según la Guía de Auditoría del marco institucional para el combate de la Corrupción, de la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), la corrupción se fortalece cuando la libertad de hacer negocios está restringida, hay excesiva discrecionalidad en la toma de decisiones, la rendición de cuentas es limitada, hay un ineficiente sistema de control, y falta de transparencia en las actividades de las entidades que utilizan fondos públicos o bienes¹.

Este documento busca realizar un análisis sobre como se ha utilizado la figura del “convenio” y la alta discrecionalidad en la toma de decisiones en la contratación que realizan los entes territoriales con recursos de regalías a través de la figura de contratación directa, como mecanismo general y no como regla excepcional o de aplicación restrictiva.

En un informe del año 2015, la Contraloría General de la República realizó un mapa de riesgos de la contratación que efectúan los entes territoriales con recursos de inversión

¹ CGR 2015, Mapa de Riesgos de la contratación con recursos de regalías.

de regalías y advierte que, en materia de contratación, algunos de los riesgos de corrupción más recurrentes son:

- La indebida y excesiva intervención política
- La concentración de poder de decisión y la discrecionalidad en la toma de decisiones
- Los criterios no definidos de selección de personal y/o contratistas
- Procesos de selección no públicos o con poca divulgación
- Falta de transparencia en las actuaciones
- La ausencia de cultura y control ciudadanos
- La ineficacia de las sanciones².

El Estatuto General de Contratación Pública de Colombia (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto 2474 de 2008, Decreto 4828 de 2008, Decreto 2025 de 2009, Decreto 2493 de 2009, Decreto 2374 de 2010, y demás normas concordantes), insta variados procesos de escogencia de los contratistas las cuales fueron establecidas por el legislador con el propósito de que esta se hiciese de forma objetiva, en donde primara solamente el mérito y la experiencia para efectuar una determinada labor. En dichas normas se establece mecanismos tales como la licitación pública, la selección abreviada de menor cuantía, la subasta inversa y el concurso de mérito, que implican un proceso más o menos largo que contempla varias etapas y que culmina con el acto de adjudicación.

El mismo ordenamiento también establece como mecanismo de selección la figura de la contratación directa, toda vez que existen obras o servicios que, debido a su complejidad o su cuantía, no ameritan otra forma de escogencia, es decir que la entidad sin mayores procedimientos, ni amplias convocatorias, ni abrir concurso para que los interesados presenten sus ofertas, o realizar sendas evaluaciones y de ese grupo oferente elegir con quien contratar. En este tipo de contratación, la selección la adelanta el ordenador del gasto de manera discrecional al considerar cuál es el más idóneo.

En este sentido, la figura donde las entidades estatales gozan de potestad sin previa convocatoria pública para escoger con libertad a la persona natural o jurídica para ejecutar el objeto contractual, se llama contratación directa. Dicha contratación solo procede por los casos previstos en la ley, en este caso el artículo 2º numeral 4 de la ley 1150 de 2007, que define cuándo procede la contratación directa, previa expedición de un acto administrativo de justificación para contratar bajo esta modalidad conforme a lo establecido en Decreto 1082 de 2015, de tal manera que los organismos de control

² Ibid.

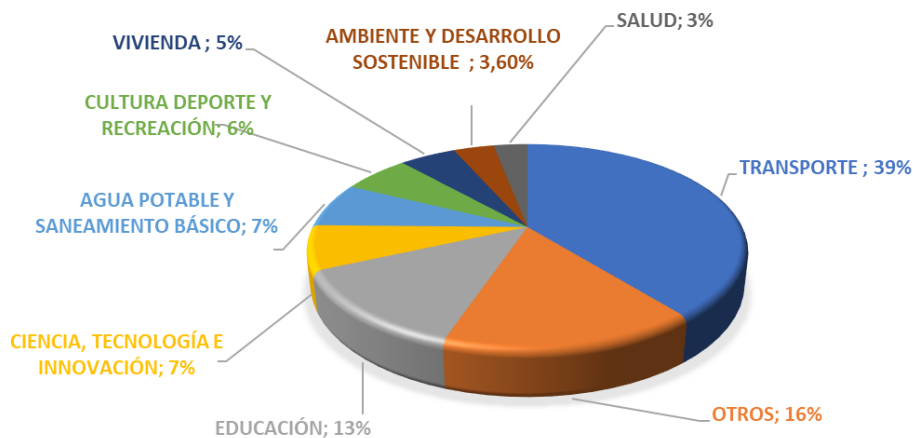
intervienen según sus potestades legales bajo los principios establecidos en el ordenamiento jurídico.

La intervención del control fiscal acaece de manera especial con su poder sancionatorio y capacidad decisoria, frente a la relación de la ejecución y cumplimiento de los contratos celebrados con recursos públicos, especialmente cuando el ente control encuentra responsabilidad por la indebida utilización o aprovechamiento de la contratación directa sin el cumplimiento de los requisitos facticos y normativos para hacerse por esta vía.

Cuando se hace un análisis histórico desde la creación del nuevo sistema y se georreferencia la inversión realizada 2012-2018 con recursos SGR, se observa una amplia cobertura de inversiones en todo el territorio nacional y en una gran variedad de sectores. En efecto, con la creación del Sistema General de Regalías desde el año 2102 a julio 15 de 2019 (Incluyendo Inflexibilidades) se han aprobado 15.775 proyectos de inversión por \$40.9 billones, lo que ha implicado la realización de 69.476 contratos por un cercano a los \$34 billones.

Los recursos de regalías se han destinado fundamentalmente a la financiación de proyectos del sector de transporte (39%), seguido por la educación con 13%, ciencia, tecnología e innovación (7%), agua potable y saneamiento básico (7%), cultura, deporte y recreación (6%) y vivienda (5%), como se presenta en la gráfica siguiente:

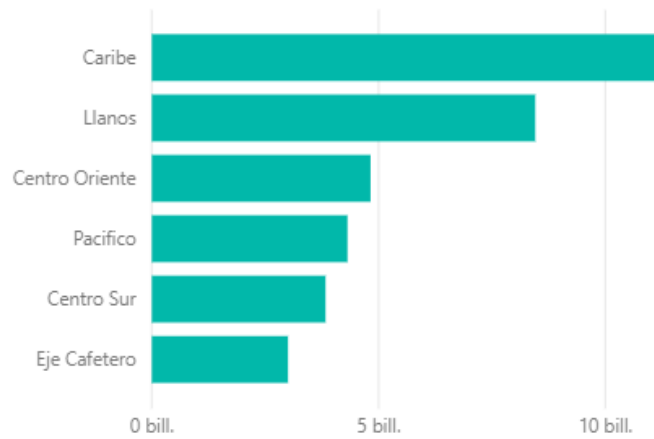
Gráfica No. 1 Distribución por sectores SGR 2012-2019



Fuente: CGR Grupo Interno de Trabajo de Estudios Sectoriales de Regalías, con datos DNP-Gesproy y Plataforma Océano.

Con la puesta en marcha de la herramienta tecnológica Océano-Regalías, con un primer corte a 31 de marzo de 2019, se pudo evidenciar la relación de proyectos aprobados y su posterior contratación por regiones, en donde se identificaron 14.279 proyectos por valor de \$35,7 billones, representados en 63.558 contratos por una cuantía superior a los \$31 billones, distribuida regionalmente de la siguiente forma:

Grafica No. 2. Distribución contractual por Regiones SGR 2012- 2019 (marzo)



Fuente: CGR Grupo Interno de Trabajo de Estudios Sectoriales de Regalías, con datos Plataforma Océano.

Como era de esperarse por la presencia de recursos naturales no renovables, asociado las Asignaciones Directas, las regiones productoras, Caribe y Llanos, concentran la mayor cantidad de recursos y proyectos comprometidos, así como de procesos contractuales, como se observa en los siguientes mapas de calor:

Mapa de Calor No. 1. Valor Proyectos Vs Numero de proyectos SGR 2012-2019

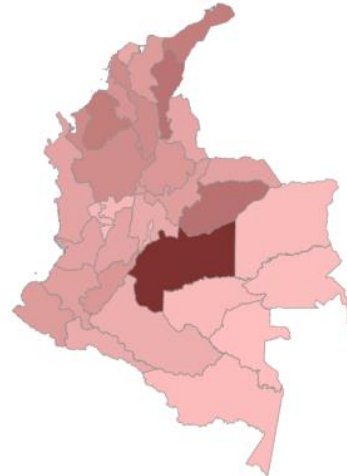
Valor de Proyectos

35.2 bill.

Número de Proyectos

14025

MAPA CALOR PROYECTOS



Fuente: CGR Grupo Interno de Trabajo de Estudios Sectoriales de Regalías, con datos Plataforma Océano.

Mapa de Calor No. 2. Valor Contratos Vs Número de Contratos SGR 2012-2019

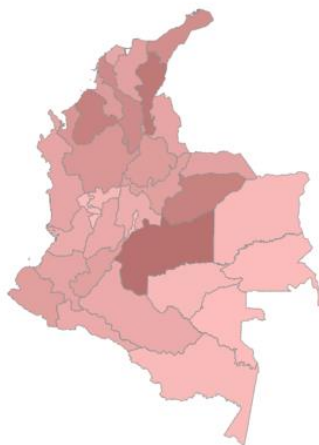
Valor de Contratos

\$ 28.8 bill.

Número de Contratos

62018

MAPA CALOR CONTRATACIÓN



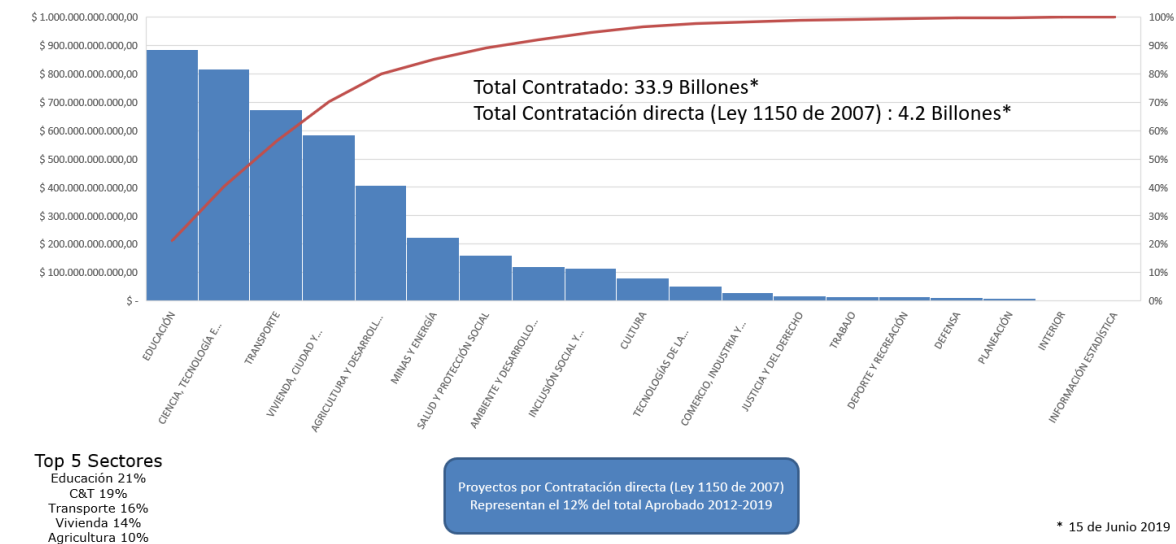
Fuente: CGR Grupo Interno de Trabajo de Estudios Sectoriales de Regalías, con datos Plataforma Océano.

Así mismo, el Grupo de Estudios Sectoriales de Regalías junto con el equipo que lidera la Plataforma Océano han logrado identificar importantes mallas empresariales³, que básicamente pretenden poner la lupa sobre los movimientos atípicos en los procesos contractuales y en la ejecución de proyectos de regalías, emitiendo alertas y enfocando las auditorías y actuaciones especiales.

La Contratación Directa como Mecanismo Excepcional de contratación Frente a los Convenios Administrativos y las Advertencias del Ente de Control Fiscal.

La Unidad de Seguimiento y Auditoría de Regalías de la Contraloría General ha identificado, según información recogida por la Plataforma Océano y los Sistemas de Información del Departamento Nacional de Planeación, que de \$33.9 billones del total contratado a 15 de junio de 2019, se realizaron procesos con la modalidad de contratación directa por cerca de \$4.2 billones, es decir cerca del 12% de la contratación total realizada en el Sistema General de Regalías, donde los sectores de educación (21%), ciencia tecnología e información (19%), transporte (16%), vivienda (14%) y agricultura (10%), lideran los sectores donde más contratación directa se realiza en el país, como se observa en la gráfica a continuación:

Grafica No. 2. Contratación Directa por Sectores SGR 2012-2019

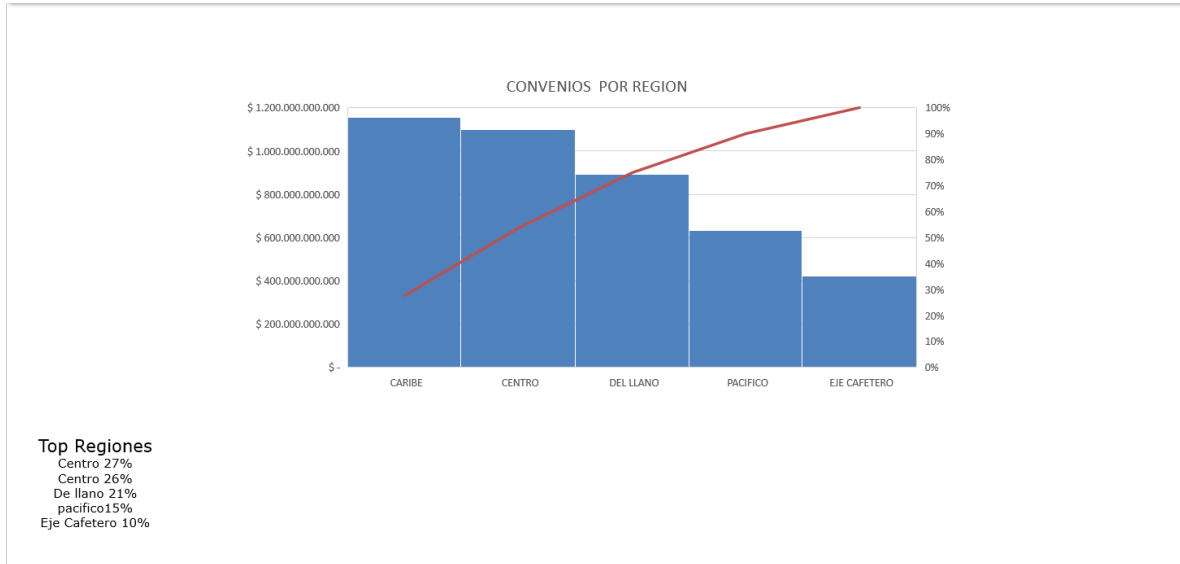


³ Las "mallas empresariales" son la unión de varias empresas y/o personas naturales que se pueden camuflar a través de Uniones Temporales y Consorcios, con el fin de ganar los procesos de selección de las diferentes contrataciones que se realizan en el país

Fuente: CGR Grupo Interno de Trabajo de Estudios Sectoriales de Regalías, con datos Plataforma Océano.

En cuanto a las regiones, la Región Caribe es quien concentra el mayor porcentaje de contratación directa con un 27%, seguido de la Región Centro con el 26%, Llanos con un 21%, Pacífico con un 15% y el Eje Cafetero con un 10%.

Gráfica No.3 Contratación Directa por Región



Fuente: CGR Grupo Interno de Trabajo de Estudios Sectoriales de Regalías, con datos Plataforma Océano.

Contratación Directa en Colombia y su incidencia en la inobservancia de principios rectores de la Contratación Estatal.

En Colombia, la contratación estatal, en cualquiera de sus formas se encuentra supeditada a una serie de principios que son de obligatoria observancia tanto para la entidad contratante como para los contratistas, dichos principios propenden por un proceso contractual recto, eficaz y que se cumpla con los cometidos estatales. Estos principios se encuentran contemplados en la Ley 80 de 1993 y son: transparencia, economía y responsabilidad.

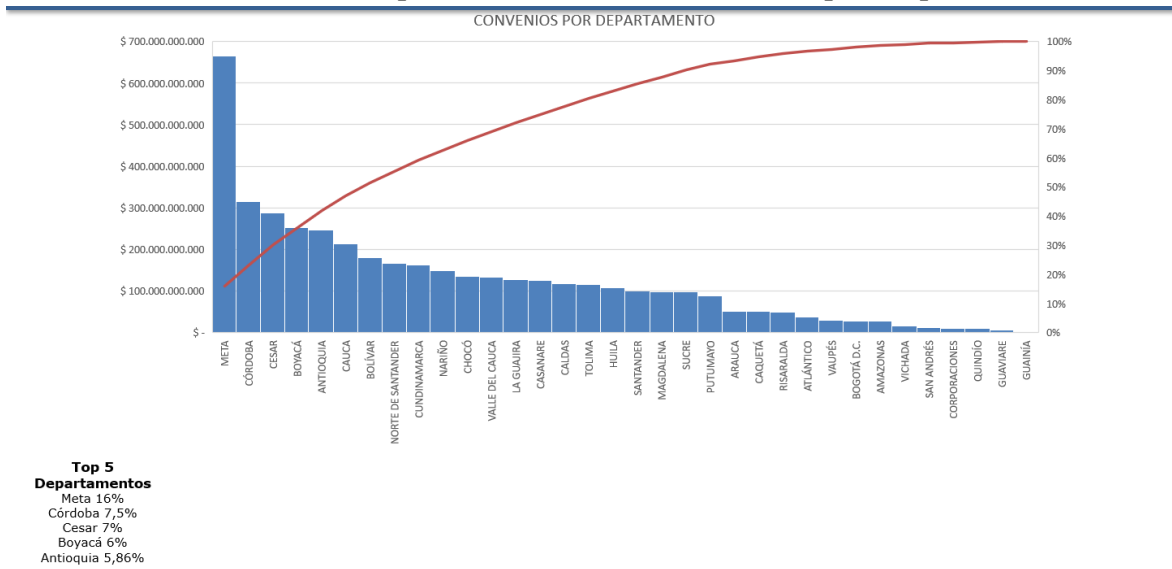
El Consejo de Estado, en relación con los procesos contractuales, ha establecido en su jurisprudencia como características que le son inherentes y que deben ser de obligatoria observancia i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y

detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración". De la misma manera, señala que, para limitar la discrecionalidad del administrador público, se impone el cumplimiento de requisitos y procedimientos que garanticen la selección de la mejor propuesta para satisfacer el objeto del contrato a suscribir (Consejo de Estado, 2011).

Pese a su altísima regulación legal, se ha identificado una creciente tendencia a evadir la obligatoriedad de la licitación pública cuando así se requiere, para realizar contrataciones directas bajo el amparo de las figuras permitidas en la Constitución Política en el artículo 355⁴, los convenios mal llamados contratos en el artículo mencionado.

Al realizar un análisis por departamento con la tipología de “convenio”, se encontró que los departamentos del Meta (16%), Córdoba (7.5%), Cesar (7%), Boyacá (6%), Antioquia (5,86%), concentraron el 42.36% de los recursos contratados.

Gráfica No.4 Contratación por modalidad de Convenios por departamento SGR



Fuente: CGR Grupo Interno de Trabajo de Estudios Sectoriales de Regalías, con datos Plataforma Océano.

⁴ Artículo 355 CP. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

La existencia de vacíos normativos, las imprecisiones técnicas para la utilización de la figura del contrato estatal versus el concepto de convenio de la administración y la confusión de figuras jurídicas disimiles han facilitado la práctica de usos irregulares de los modelos de los tipos de convenio que han sido facultados. Dichas falencias en la estructuración y fundamentación jurídica, se aprovechan en la celebración de cuatro (4) tipologías contractuales:

1. Contratos y Convenios de Ciencia y Tecnología e innovación
2. Contrato de Aporte
3. Contrato de Prestación de Servicios Educativos
4. Convenio de Asociación

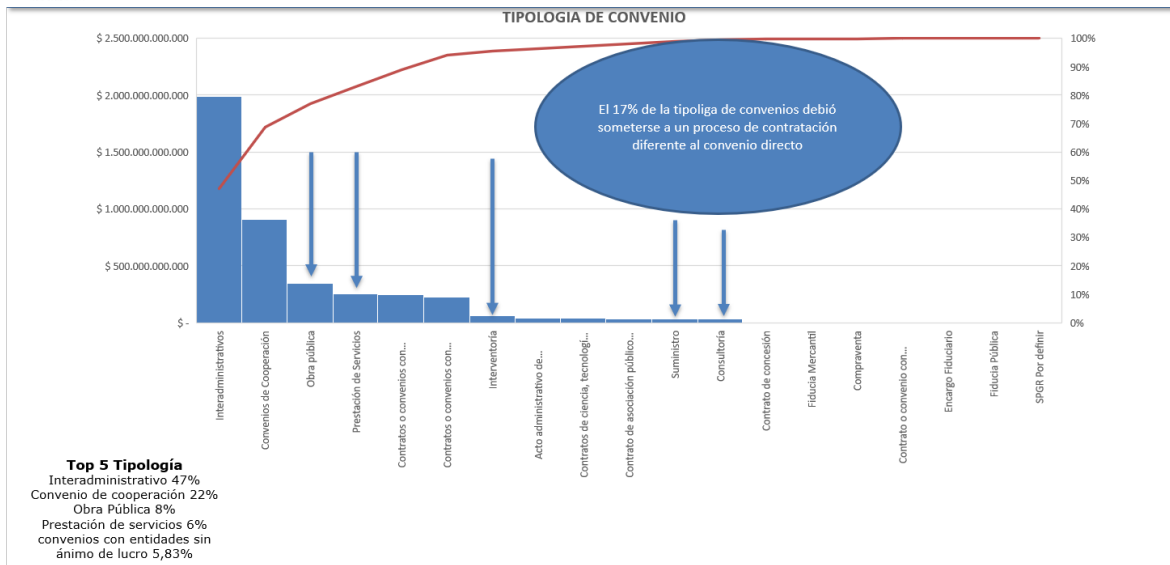
En el escenario de la contratación estatal, y para el asunto que aquí se quiere evidenciar, se identifican irregularidades en los tipos de “convenios” utilizados para contratar de manera directa, que han sido facultados de excepcionalmente en el artículo 355 C.P, pero que se valen de la inobservancia de los requisitos legales.

Las licitaciones a la medida de uno de los proponentes que participa, invenciones jurídicas ajustadas para evitar la licitación pública alegando algunas de las causales para la contratación directa, cuando en realidad no existen o no son procedentes para el caso concreto, el desarrollo de proyectos sin la debida acreditación de idoneidad de la entidad sin ánimo de lucro, falsa motivación o motivación equivocada en el objeto contractual, tercerización innecesaria, son solo algunas de las falencias encontradas por los organismos de control.

Los factores de escogencia de los contratistas por parte de la entidad estatal están delimitados por el ordenamiento jurídico para favorecer al proponente que presenta la mejor oferta, condicionados por un acto objetivo de selección y se concreta el acto reglado de selección objetiva y no un acto favorecedor de intereses y de nivel discrecional.

En el universo de las posibilidades de “contratación” a través de convenio, se encontró que el 47% se hacía por convenio interadministrativo, es decir entre dos entidades públicas, mientras el 22% se hacía con la tipología de convenio de Cooperación.

Gráfica No.5 Contratación según tipología en modalidad de convenios SGR



Fuente: CGR Grupo Interno de Trabajo de Estudios Sectoriales de Regalías, con datos Plataforma Océano.

Para esta investigación se hace énfasis en las confusiones presentadas en el convenio de *interés público*⁵ con el convenio de asociación, dado que estos convenios comparten régimen constitucional y reglamentario con características y modelos distintos.

En un análisis posterior al presente, se ampliará a la explicación entre las modalidades de cada convenio como de la diferenciación entre los contratos interadministrativos y los convenios de la administración, para sentar las bases de responsabilidad en las partes de los negocios jurídicos, incluyendo los miembros de los organismos que tienen a su cargo la aprobación de proyectos con evidentes irregularidades en la inobservancia de la normatividad en cada caso, los OCAD (Organismos Colegiados de Administración y Decisión).

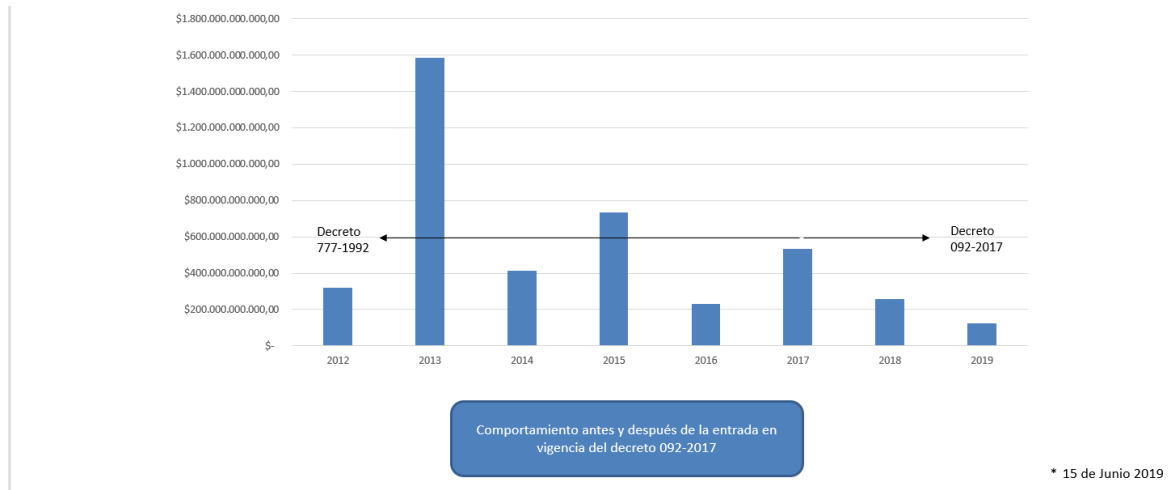
Motivaciones del legislador para la expedición del Decreto reglamentario 092 de 2017

La preocupación por falta de sustentabilidad y régimen propio, generó la expedición del Decreto 092 de 2017, para darle un sentido a esas dos figuras y se lograra diferenciar su alcance, recuperando el fin que dieron origen a estas normas y evitando el uso abusivo y descontrolado de la forma de contratación especial que ellas revisten, no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP), y que resulta tan atractivo para evadir los procedimientos de contratación.

⁵ Denominación dada por el tratadista Augusto Ramón Chávez Marín. Los convenios de la Administración: entre la gestión contractual y la actividad contractual. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2012. Pp 395-435

Como se puede observar en la grafica No. 6, a partir de la expedición del mencionado decreto en el año 2017, la tendencia en la utilización de la modalidad de convenios ha venido decreciendo.

Gráfica No.6 Comparativo Decreto 777-1992 vs Decreto 092-2017. Valor Convenios con recursos SGR 2012-2019



Fuente: CGR Grupo Interno de Trabajo de Estudios Sectoriales de Regalías, con datos Plataforma Océano.

Estos tipos de contratación directa no tienen la misma rigurosidad y condiciones de la licitación pública, no obstante, el proceso de la contratación directa bajo estas modalidades, **es un proceso de selección objetiva reglada y predeterminedada**. Su inobservancia acarrea consecuencias de sanciones fiscales, penales y disciplinarias. (negrilla señalada por el autor).

Se puede proponer una clasificación de los denominados convenios, en razón de la naturaleza de los sujetos que participan en él, es decir que por un lado están los convenios que se constituyen por acuerdos entre dos o más entidades públicas o convenios interadministrativos y por el otro están los que se conforman entre entidades del Estado con el concurso de los particulares.

En esa perspectiva la administración celebra multiplicidad de compromisos para cumplir con los cometidos o fines estatales, surgiendo una gama amplia de los cuales se encuentran: los convenios de cooperación internacional, convenios interadministrativos, convenios de ciencia y tecnología, convenios para la asignación de funciones públicas a particulares, convenios asociativos, convenios para delegar,

convenio público de organización, convenios de desempeño y convenios administrativos de interés público.

En esta diversidad de acuerdos de voluntades, la atención va dirigida a profundizar sobre los convenios administrativos de interés público, surgidos del dictamen constitucional que prohíbe a los órganos del poder público decretar auxilios o donaciones a personas naturales o jurídicas de derecho privado, pero en su lugar habilita a los gobiernos de los tres niveles nacional, departamental y municipal junto con sus entidades, para celebrar contratos con organizaciones sin ánimo de lucro, con los convenios de asociación.

No obstante, se hace una enunciación general para que se tenga claridad sobre las modalidades de “contratación” estatal distintas a las establecidas en la Ley 80 de 1993 a tres regímenes contractuales diferentes: Los convenios de apoyo, los contratos de asociación entre entidades públicas y los contratos de asociación para las actividades propias de las entidades públicas con participación de los particulares.

- **Los convenios de apoyo**, son los contemplados en el artículo 355 de la Constitución política y los Decretos 777 y 1403 de 1992. Contratos celebrados por las entidades públicas con personas jurídicas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo.

- **Contratos de asociación entre entidades públicas**, las cuales podrán asociarse entre sí para el cumplimiento de funciones administrativas o prestar conjuntamente servicios a su cargo mediante convenios interadministrativos o la creación de personas jurídicas sin ánimo de lucro, Artículo 95 de la ley 489 de 1998.

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se crean por la asociación exclusiva de entidades públicas se sujetaran a las disposiciones del código civil y las normas para las entidades de este género; los estatutos determinan la conformación de los órganos directivos y la escogencia del representante legal, funcionamiento, integración de los órganos de administración, duración y causales de disolución.

- **Los contratos de asociación para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de los particulares**. Contratos mediante los cuales las entidades públicas se asocian con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley (Artículo 96 ley 489 de 1998).

En el contenido de los contratos/convenios debe estar plasmado con precisión su objeto, términos, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes y se rigen por el artículo 355 de la Constitución Política.

Diferencias entre los contratos del inciso 2 del artículo 355 de la CP y los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Convenio versus contrato: Antecedentes.

Para entender por qué el mecanismo para la vinculación de particulares en el artículo 355 de la CP se debe llamar convenio y no contrato, nos debemos remitir al antecedente de la actividad de fomento regulada por dicho artículo y que se encontraba consagrada en la antigua carta constitucional de 1886, que atribuyó al Congreso la facultad de apoyar las actividades de fomento, a empresas útiles y benéficas⁶ según los planes y programas sectoriales vigentes y señalando una forma de pago de acuerdo con la ley del presupuesto, como de la obligatoriedad de rendir cuentas a la Contraloría sobre las transferencias recibidas con el fin de que se verifique su uso de acuerdo con lo establecido en objetivos de la ley de presupuesto.

Esa figura se transformó en una práctica llamada “auxilios parlamentarios” y que desencadenó una indiscriminada, irregular y arbitraria destinación de recursos públicos a particulares sin la menor observancia de criterios de contratación objetiva o de pertinencia y efectividad de los mismos, motivo que requirió una prohibición con algunas excepciones en la reforma de la Constitución de 1991, que quitó a los congresistas la posibilidad de gestionar directamente y con recursos del presupuesto las actividades de fomento y de interés público previsto en la Constitución anterior, saliendo a la luz pública el artículo 355 constitucional con la figura de subvención ahí consagrada como una técnica de la actividad de fomento. Sin limitar de manera absoluta los fines sociales del Estado a través de la destinación de recursos a particulares para el apoyo de actividades de fomento o interés público y con entidades sin ánimo de lucro comprometidas que si cumplían su misión.

⁶ El artículo 1 de esta ley definió así a las empresas útiles o benéficas: “Para todos los efectos del numeral 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional, son empresas útiles y benéficas, dignas de estímulos y apoyo por la Nación, que el Congreso puede fomentar por medio de iniciativas legales, aquellas de derecho público o derecho privado, sin ánimo de lucro, que se ajusten a los planes y programas sectoriales vigentes, emprendidos, trazados o puestos en marcha por las administraciones nacionales, seccionales o locales y por los entes descentralizados o aquellas otras que el Congreso adopte”

Fue así como se redactó el inciso segundo en el artículo 355 de la Constitución Política de 1991, que atenúa la prohibición general de la contratación con particulares y permite la destinación de recursos públicos a entidades privadas sin ánimo de lucro para el impulso de programas y actividades de interés público acordes al Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo.

En primer lugar, debemos hacer una acotación a la notable confusión sustancial y unificación al régimen jurídico de los contratos del artículo 355 de la CP y los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, también sustentada (de manera equivocada), en sentencia de la Corte Constitucional C671 de 1999, para referirnos al evidente aprovechamiento de esta causal para la indiscriminada e irregular contratación en Colombia y el desvío del fin último para las que fueron creadas estas normas en nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, se debe hacer mención a la diferencia entre el concepto de contrato y convenio que ha sido desarrollada por tratadistas y diversa jurisprudencia y confirmar que existen marcadas diferencias sobre el convenio de asociación, sus requisitos y procedimientos que no se encuentra contemplados dentro del cuerpo normativo constitucional, sino que este se desprende como una proyección del artículo 355 de la Constitución, y cuyo alcance legal fue definido a través del Decreto 777 de 1992 y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Luego desarrollado por el Decreto 092 de 2017, por lo tanto, es evidente que se trata de una forma especial de contratación estatal en la cual la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios contratan con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público sin que se les aplique en forma general el estatuto de contratación pública previsto en la Ley 80 de 1993 (modificado por la Ley 1150 de 2007), y demás regulación reglamentaria.

Entonces, con relación a los actos jurídicos que permiten el apoyo a las actividades realizadas por entidades privadas sin ánimo de lucro, a pesar que la carta política dice que son contratos, los tratadistas y la doctrina confirma que se refiere a convenios por tratarse de figuras con particularidades y fines distintos.

Pero la particularidad más importante y de la cual se debe hacer una estricta vigilancia es el carácter de contraprestación que reviste el contrato, entendiendo ese negocio jurídico con intereses opuestos entre las partes que lo componen por equivalencia entre las obligaciones y los derechos que cada parte contratante. Diferente a los convenios porque se trata de un acuerdo de voluntades para lograr un fin común con intereses comunes y alcanzar un mismo cometido, entonces llamado negocio jurídico de colaboración.

La finalidad que revisten los convenios previstos en la Constitución permite que no les sea aplicable el Estatuto de Contratación Pública dado que el origen de dicha finalidad es que la administración no espera una contraprestación directa, pues no se trata de la realización de una obra o la prestación de un servicio sino el apoyo financiero por parte del Estado a actividades filántropas. Ya sea convenio de interés público o convenio de asociación. El fin último es la sociedad representada en un grupo de personas determinadas.

Es en el desarrollo del principio de transparencia y selección objetiva, donde la Contraloría General de la República quiere hacer un llamado de atención a los tipos de “contratación” que realizan las entidades públicas de manera directa sin la observación de los principios rectores del ordenamiento legal en materia de contrato estatal. Ausencia en la planeación, falencias en la estructuración, inexactitudes en el fundamento jurídico, no acreditación de idoneidad del contratista sin ánimo de lucro, intermediación innecesaria o indebida subcontratación, entre otros, explican la intervención del organismo de control en los tipos de convenios que aquí nos interesa y que la ley permite celebrar entre una entidad pública y una entidad privada.

De las actuaciones especiales realizadas por la Contraloría General en el proceso auditor del Sistema General de Regalías, llama especialmente la atención la celebración indiscriminada de convenios ya sean interadministrativos o con entidades sin ánimo de lucro, sin el cumplimiento de los requisitos para cada caso, violando el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y evidenciándose vicios de forma y fondo en la elaboración del presupuesto en cada negocio jurídico y confundiendo de manera dolosa las figuras de interpretación y aplicación restrictivas contempladas en el ordenamiento jurídico para consentir la contratación directa.

Tal es el caso del Convenio Interadministrativo de Cooperación No 172 de 2015 suscrito por la Gobernación de Cundinamarca y la Empresa Inmobiliaria Cundinamarquesa por un valor de 8.600 millones de pesos y cuyo objeto es la construcción del centro de atención especializada al servicio del menor infractor de la Ley Penal en el municipio de Girardot Cundinamarca que posteriormente se suscribió un contrato interadministrativo para realizar la interventoría para la construcción de una planta homogeneizadora de mieles para la producción de panela en el municipio de Quipile. Este negocio se realizó mediante contratación directa, disfrazado de la figura de convenio de cooperación, cuando en realidad corresponde a un típico “Contrato de Obra Pública”, toda vez que conlleva e implica una contraprestación directa tanto de la Empresa contratista a favor del ente territorial y viceversa, ya que se trataba por un lado de la realización, para el ente territorial, de obras civiles consistentes en *“obtener la construcción del centro de atención especializada al servicio del menor infractor de la*

ley penal, en el municipio de Girardot-Cundinamarca” y por otro lado del pago de una contraprestación económica por parte de este con recursos del SGR a favor de la Empresa Inmobiliaria.

Avances del Decreto Reglamentario 092 de 2017 y Convenio de Asociación frente al alcance jurisprudencial del artículo 355 de la Constitución Política.

Como ya se dijo, el artículo 355 constitucional menciona “contrato” como la figura para que se adelante la subvención, mientras que el artículo 96 de la ley 489 de 1998 hace relación a los “convenios”. Los contratos del artículo 355 de la C.P. y los convenios del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 son diferentes, no solo a partir de las actividades y sujetos partícipes en cada uno de ellos, cuestión en que la poca doctrina que existe es prácticamente unánime, sino también a partir del mecanismo jurídico definido por la norma en uno y otro caso, para concretar su vida jurídica. Es decir, el contrato y el convenio.

Al parecer, la confusión que el artículo 355 de la C.P. entre la denominación de convenio equiparándolo a un contrato, se encuentra en la presencia de la “Entidad sin Ánimo de Lucro”- ESAL- que tiene en su esencia y objeto la realización de actividades de interés público y que lleva a equívocos por este solo hecho, pensar que existe conjunción de intereses con el Estado, rasgo característico del convenio en la posición doctrinal tradicional, que lo hace distinto del contrato. Del mismo modo en que un acuerdo de voluntades celebrado entre dos entidades públicas, en las que la presencia del interés público es de suyo incuestionable, no puede calificarse automáticamente y puede asignarse tal condición a aquellos acuerdos que el Estado celebra con una ESAL aun cuando, como se ha dicho reiteradamente, tales entidades han tenido un tratamiento especial como colaboradoras del Estado en la ejecución de actividades de interés público.

Acompañados de la confusión en la contraprestación, se suma a que actividades que debieran contratarse con normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – EGCAP- terminen convirtiéndose en “convenios” celebrados directamente con “entidades sin ánimo de lucro”, así, como su proliferación para apoyar la empresa y burlar las normas EGCAP razón por la que crear una ESAL se convirtió en el “negocio” de quienes celebran contratos con el Estado, sin acudir al procedimiento de la licitación pública.

Lo anterior sumado a que las empresas contratistas encuentran en terceros, la vía para el cumplimiento de su objeto ya contratado y subcontratan a aquel con un porcentaje de los recursos, con detrimento del valor inicial.

Se encontró por ejemplo la intermediación innecesaria surgida de la suscripción del Convenio de Cooperación No. 001 de 2012 entre la Gobernación del Casanare y COMFACASANARE, cuyos estudios previos señalaron claramente que no se optaba por un contrato conmutativo, pues el propósito era el de aunar esfuerzos para un propósito de interés general. Y una vez suscrito el convenio entre la Gobernación del Casanare y COMFACASANARE, se suscribe el contrato 685 de 2012, entre COMFACASANARE y la UT ALIMENTA CASANARE, para el cumplimiento del propósito principal cual era el suministro de los alimentos. Entre la celebración del convenio 001 de 2012 y la celebración del contrato 685 de 2012, se observa la diferencia de \$1.200.036.600, que según COMFACASANARE, utilizó en gastos administrativos y de legalización.

Conforme a lo que se ha explicado, en el presente caso hay una lesión al patrimonio del Estado en la modalidad de perjuicio y detrimento de los recursos del departamento del Casanare, por cuanto la celebración del Convenio 01 de 2012 conllevó a que se incluyeran con cargo a los recursos del convenio, el pago de tales gastos de legalización y administrativos, los cuales de no haberse presentado dicha intermediación innecesaria, hubieran sido asumidos por el contratista, como corresponde, máxime si tenemos en cuenta que COMFACASANARE contrató con un tercero todos los servicios que le correspondían en el marco del convenio.

Ese desembolso de los recursos públicos en favor de COMFACASANARE determina la inobservancia a los fines estatales consagrados en el art 3° de la Ley 80, configurándose a todas luces un daño al patrimonio del Estado, en calidad de detrimento en cuantía de \$1.196.983.600, producto de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna. Así, analizada la conducta desplegada por el contratista COMFACASANARE, materializada a través de su representante Legal, quien actuó como gestor fiscal, se determina que con su actuar incurrió en **CULPA GRAVE** observándose negligencia y una gestión antieconómica en la ejecución adecuada de los recursos.

Convenio de Asociación

Como régimen legal, la Ley 489 de 1998 en su artículo 96 señala que los convenios de asociación se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución y esto significa que estos convenios deben regirse principalmente por las disposiciones especiales contenidas en la ley que las desarrolla, en segundo lugar por las disposiciones del artículo 355 de la Constitución Nacional, relativo a ello, en tercer lugar a las disposiciones especiales del Decreto 92 de 2017 y en lo no previsto en ellos, a las normas legales y reglamentarias del Estatuto General de Contratación Estatal, que no sean contrarias a las disposiciones especiales.

El convenio de asociación según el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 lo define como el acuerdo de voluntades celebrado entre una Entidad Estatal y una persona jurídica particular (entidad sin ánimo de lucro), para desarrollar conjuntamente actividades que tienen relación con los cometidos y funciones que les asigna la ley a las Entidades Estatales. Y habla expresamente de convenios que tienen por objeto el “desarrollo conjunto de *actividades* en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley”. El Convenio de Asociación permite a la Administración realizar actos técnicos o materiales a través de agentes que no implican ninguna modificación de situaciones jurídicas o la producción de efectos jurídicos específicos ligados a su sola emanación, sino que sujetas a la actividad jurídica que las hace posibles, permiten a la administración el cumplimiento de sus fines. El Convenio de Asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 es un ejemplo de esto. Faculta a las entidades del Estado para que busquen apoyo en la realización de ciertas “actividades”, es decir, el “Conjunto de operaciones o tareas propias de una entidad para el cumplimiento de una función o de un fin público”. Se trata entonces de la ejecución conjunta de actividades como un medio para lograr los fines estatales o el cumplimiento de una función que permanecerá siempre y de manera total radicada en la entidad Estatal. Tales actividades no deben implicar determinaciones de tipo jurídico, ya que de ser así y tener estas incidencias en la modificación de una situación jurídica particular deberán ejecutarse con un particular, si así lo determina el Estado con base en lo establecido en el capítulo XVI de la Ley 489 de 1998, *Ejercicio de funciones administrativas por particulares*.

Se puede decir que en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, la ejecución de las actividades es de carácter mixto en el entendido de que el Estado y el particular ejecutan la actividad conjuntamente y no como ocurre con el artículo 355 de la C.P., en el que la actividad la ejecuta directa y autónomamente el particular, en concreto, la ESAL, es decir el *Convenio de Interés público*. En otras palabras, la transferencia de recursos a los particulares según el convenio de asociación, hay un beneficio directo para la entidad pública pues la finalidad es generar una alianza para el logro de los cometidos señalados en la ley, independientemente si tiene o no ánimo de lucro la entidad privada, pero en defensa de la transparencia de los dineros públicos.

El problema radica cuando bajo el amparo de un contrato de asociación, existe no un beneficio para la entidad pública en términos de logros para fines comunes a todos, sino en contraprestaciones a favor de una de las partes como encontramos en el mismo ejemplo anterior, donde del análisis de las pruebas, además se desprende que dichos gastos **no se encuentran debidamente justificados**, por cuanto a través del Convenio de Cooperación se desconocieron las formalidades de la contratación estatal, por la naturaleza del objeto, al trasladarse los recursos del Estado a terceros eludiendo las modalidades de selección y procedimientos de la contratación pública

Deficiencias de la implementación de la potestad reglamentaria en el Decreto 777 de 1992

Es necesario mencionar que el último inciso del artículo 355 constitucional ordenó al Gobierno Nacional reglamentar la materia. Con base en tal facultad, se expidió el Decreto 777 de 1992, posteriormente modificado por el Decreto 1403 del mismo año.

En vigencia de este régimen algunos de los convenios celebrados fueron mal utilizados, pues su propósito real era: a) Evitar realizar los procesos de selección dispuestos por el Estatuto General de Contratación Pública, b) pactar contraprestación directa para la entidad estatal contratante, y c) tercerizar la ejecución del contrato, es decir, la entidad sin ánimo de lucro subcontractaba con otra entidad que sí tuviera la aptitud que ella no tenía para desarrollar el objeto del convenio suscrito. Ejemplo que se extiende a lo largo del territorio nacional y evidente en la mayoría de las veces con una misma entidad sin ánimo de lucro que se repliega en varios departamentos con el mismo uso de irregularidad.

Vigencia y explicación del Decreto 092 de 2017 frente a los convenios celebrados entre el Estado y las Entidades Sin Ánimo de Lucro

Por lo anterior, en el año 2017 el Gobierno Nacional expidió el decreto 092 de 2017, con el objetivo de frenar la utilización de este tipo de contratación que favorecía la presencia de conductas corruptas y decidió cambiar el régimen de los convenios de asociación, derogando el decreto 777 de 1992 y reglamentando la contratación con entidades sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política.

Entonces, se explica que los convenios de asociación que se celebren con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro o con otras personas jurídicas, les es aplicable el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, en virtud de los cuales pueden asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley, sometidos a lo señalado en el artículo 355 de la Constitución Nacional.

El artículo 1º del Decreto 092 remite a la Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad expedida por Colombia Compra Eficiente para complementar sus disposiciones, pues esta desarrolla muchos conceptos contemplados en el Decreto.

La guía en el literal A sobre el ámbito de aplicación del Decreto 092 de 2017 establece:

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

Hay una clara diferencia señalada en el Decreto 92 de 2017, que reglamentó en forma separada los convenios de interés general celebrados en desarrollo del artículo 355 de la constitución y los convenios de asociación previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

En términos de inhabilidades e incompatibilidades para suscribir contratos estatales, como los principios de la contratación estatal y las normas presupuestales, se aplicará a este tipo de convenios, el régimen de las normas contenidas en el Estatuto General de la Contratación Pública.

Según el artículo 7 del Decreto 92 de 2017 señala la aplicación del principio de publicidad, en el sentido de solicitar que los documentos del proceso y la actividad contractual del convenio deben ser publicados en el Sistema Electrónico de la Contratación Pública – SECOP. Este mismo artículo faculta tanto a los convenios de asociación como a los de interés público a subcontratar previa publicidad en el mismo SECOP, y con un régimen privado por ser la misma Entidad sin Ánimo de Lucro la que ha realizado dicha subcontratación. Esta inobservancia del principio de publicidad es una de las faltas más frecuentes pues el SECOP faculta a cualquier persona natural o jurídica, enterarse de los procesos de contratación con recursos públicos. Este es el caso de los hallazgos donde se establecieron sanciones fiscales y disciplinarias por la omisión del principio de publicidad.

Legalmente el artículo 96 de la Ley 489 dispone que los convenios de asociación se sujetarán a la reglamentación del artículo 355 constitucional, el artículo 5° del Decreto 092, diferencia a los convenios de asociación de los convenios de interés general y, establece que los primeros se rigen por los artículos 5,6,7 y 8 del mismo Decreto. En consecuencia, una interpretación literal podría concluir que los demás artículos del Decreto 092 no le son aplicables a los convenios de asociación.

No obstante lo anterior, se entiende que por el contenido de varios artículos del Decreto 092, así estos no se mencionen en forma expresa en el artículo 5 como aplicables a los convenios de asociación, son plenamente procedentes para este tipo de convenios.

Importancia de la acreditación de Idoneidad en las Entidad Sin Ánimo de Lucro

En efecto, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se limita a mencionar que los convenios de asociación se celebran con personas privadas, pero al remitir al régimen del artículo 355 de la C.N., estas personas deben ser de reconocida idoneidad.

Entonces: ¿Cómo se acreditaría la idoneidad de las personas jurídicas con que se celebrarían los convenios de asociación?

- ¿Cómo se regularía la “competencia” para seleccionar a los contratistas de convenios de asociación en los términos del artículo 5o del Decreto 92?

La idoneidad se deberá verificar de acuerdo con lo previsto en el artículo 3o del Decreto 092 y el proceso competitivo de selección, igualmente se debe sujetar a lo previsto en el artículo 4o, relacionados con las normas aplicables por su naturaleza y contenidos, así no se encuentren expresamente mencionadas en el artículo 5o del Decreto.

En concordancia con dicha interpretación, la Guía de Colombia Compra Eficiente sostiene la aplicación de la causal de contratación directa de los convenios de interés general prevista en el inciso tercero del artículo 4 del Decreto a los convenios de asociación, basándose en la especialidad excepcional de la ESAL requerida, cuando el objeto del convenio sea el desarrollo de actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de diversidad étnica colombiana, pues se supone que solo pueden desarrollarlo determinadas entidades.

Entidades Sin Ánimo de Lucro que hacen aporte en recursos y no entran a concurso

Adicionalmente a la causal de contratación directa antes mencionada, el artículo 5° del Decreto 92 de 2017 regula otra causal de contratación directa especial aplicable a los convenios de asociación, en los siguientes términos “(...) *no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Los recursos que compromete la Entidad Sin Ánimo de Lucro pueden ser propios o de cooperación internacional.*

En este caso, al no estimarse un valor real de lo aportado por la entidad sin ánimo de lucro y se ha evidenciado contratación directa, la Contraloría advierte que se ha identificado que la entidad privada hace un aporte no correspondiente a lo permitido y adjudican sin concurso un convenio de asociación, existiendo varias ESAL que cumplen con el perfil requerido.

Convenio de Interés Público

Los intereses, a diferencia del Contrato Estatal, el Convenio de la Administración pública o de Interés General, son coincidentes, es decir que las partes aúnan esfuerzos para la consecución de un fin común. No quiere decir que no exija obligaciones para cada una de las partes o que en el ejercicio de dichas obligaciones se encierre la necesidad de satisfacer el interés de la contraparte, dado que no es un negocio jurídico de contraprestación sino de colaboración.

El tratadista Chávez Marín adoptó el término de Convenios de interés público definiéndolos como: *“Acuerdo de voluntades celebrado por la Nación, departamentos, distritos, municipios o alguna de sus entidades descentralizadas, con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro con el objeto de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional o los planes seccionales de desarrollo, sometido a la reglamentación especial expedida por el Gobierno Nacional.”* (Chávez Marín, Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual, 2012)⁷

Adiciona el literal a) del artículo 2° del Decreto 92 de 2017 la restricción del objeto del convenio exclusivamente a promover los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y promoción de la diversidad étnica colombiana.

Entonces, de acuerdo con el reglamento, las entidades estatales solo pueden suscribir estos convenios si tienen como objeto alguno de los mencionados en el párrafo precedente, y en esta medida, sobre este debe demostrarse la conexión con los programas y actividades de interés público del plan de desarrollo correspondiente. Tal reglamentación supone una restricción al objeto de los convenios no prevista en la constitución en forma expresa, y teniendo en cuenta que los decretos que se expidan por parte del Gobierno Nacional en ejercicio de facultades especiales derivadas directamente de la constitución, y no en ejercicio de la facultad reglamentaria contemplada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional, son

⁷ El mismo autor señala que las Entidades Sin Ánimo de Lucro se caracterizan por que no tienen como propósito el reparto de utilidades, si no la realización de actividades de beneficencia pública, utilidad común, interés público o social.

formalmente actos administrativos pero con fuerza material de ley. Según esa posición no podría predicarse exceso de la facultad reglamentaria.

El Artículo 355 constitucional, dispone que la entidad contratante, busca aunar esfuerzos para desarrollar conjuntamente con el contratista, el objeto contractual para adelantar e impulsar los programas de interés público de acuerdo con el Plan Nacional de Desarrollo y el Plan Seccional de Desarrollo. Con fines e intereses comunes para sacar un cometido común, distinto a que una de las partes actúe como ejecutora de labores a favor de otra, teniendo intereses diferentes.

Se encuentran mecanismos para aunar esfuerzos entre el Estado y los particulares en el convenio de apoyo, el convenio de asociación y el convenio especial de cooperación ciencia y tecnología. No obstante, la Contraloría General ha encontrado que en casos como el mal llamado Convenio de Cooperación No SP-008 realizado por el municipio de Nechí en el Departamento de Antioquia y la fundación “Corporación para el Desarrollo de mi País” para la *“CONSTRUCCIÓN DE SEGUNDA ETAPA DEL RESTAURANTE ESCOLAR DEL CORREGIMIENTO DE COLORADO DEL MUNICIPIO DE NECHÍ, ANTIOQUIA”*, viola abiertamente la regulación dado que se trata de una contratación directa para la realización de obra pública, porque al apreciar las consideraciones del convenio, no se evidencia la unión de esfuerzos sino de un contrato que no busca la consecución de un fin común, sino la clara existencia de una contraprestación, con aspiraciones asimétricas entre las partes y un interés patrimonial a cambio de la realización de una obra por un valor de \$83.842.599.

Otro ejemplo sucede también con la misma alcaldía y la “Fundación Crecemos” en el convenio de cooperación SP-003-2014 para la *“REMODELACIÓN DE LAS INSTALACIONES DE LA CASA DE LA CULTURA DEL MUNICIPIO DE NECHI, ANTIOQUIA, OCCIDENTE”*, que como contraprestación la alcaldía pretende recibir un bien en diferentes condiciones a cambio de un precio a favor de la entidad sin ánimo de lucro llamado realmente contrato de obra por un valor de \$183.017.042.

Se repite también en el mal llamado y “revuelto” convenio de asociación, cooperación y apoyo (figuras diferentes y así presentadas), en el caso del contrato No 151-2015 celebrado con el municipio Valle del Guamez en el Departamento de Putumayo para la *“CONSTRUCCIÓN PLAZA PARQUE INTERNACIONAL CAMPESTRE LA HORMIGA - I ETAPA”*, por un valor de \$3.999.961.632.

El impulso al cual hace referencia el artículo 355 de la CP, es sobre programas y actividades de interés público de iniciativa de la entidad sin ánimo de lucro como parte del convenio a celebrar. El objeto del convenio es la financiación de la entidad sin ánimo

de lucro bien sea para el desarrollo de una actividad propia u ordinaria de esta, o para el desarrollo de un proyecto de su iniciativa, que necesitan financiación para su desarrollo o ejecución, que el Estado puede brindar. (Marín, Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual, 2012).

Por oposición, el convenio no puede versar sobre actividades de la entidad estatal, es decir que tales convenios sean instrumentos de ejecución de proyectos propios que la misma debe cumplir, pues esto supondría que mediante el convenio de asociación se están realizando funciones de la entidad estatal contratante.

Caso que encontramos en el Convenio No. 1929 del 14 de diciembre 2015 que realizó la Gobernación del Magdalena con la Fundación Empresarial de Nuevas Tecnologías de la Información en Colombia-FUNTICS para “Fortalecimiento de la cultura ciudadana y democrática en CT+I a través de la IEP apoyada en TIC en el departamento del Magdalena por un valor de \$26.656 millones.

La no diferenciación de estos convenios puede conllevar implicaciones penales para el servidor público por contratación sin cumplimiento de requisitos legales.

En definitiva, La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 25 de septiembre de 2008, desarrolló los componentes del objeto de los convenios de interés público, concluyendo que estos deben impulsar programas y actividades de interés público, acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo, ser concordantes con el objeto social de la entidad sin ánimo de lucro, el gasto del convenio debe estar presupuestado (principio de la legalidad del gasto) y debe existir un mandato constitucional que lo autorice.

Pero además de ser necesaria la naturaleza privada de la ESAL debe acreditarse su reconocida idoneidad. Una entidad es de reconocida idoneidad en los términos del artículo 3° del Decreto 92 de 2017 cuando tiene experiencia y esta es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades objeto del convenio, lo cual debe reflejarse en el objeto de la entidad sin ánimo de lucro.

Las características por acreditar de la ESAL serán las que defina la entidad estatal en los documentos del proceso, en todo caso deberán seguir las pautas y criterios establecidos en la Guía, la cual supedita la idoneidad de la entidad sin ánimo de lucro a la acreditación de:

- La correspondencia entre el objeto social de la entidad privada sin ánimo de lucro y el programa o actividad prevista en el Plan de Desarrollo correspondiente.

- La capacidad del personal de la entidad: debe acreditarse el equipo misional, técnico y administrativo necesario para cumplir con el convenio, así como acreditar la adaptabilidad de la entidad midiendo su capacidad de vincular y entrenar rápidamente nuevo personal.
- La experiencia de la entidad: está asociada al éxito que ha tenido la entidad en el desarrollo o ejecución de programas afines al objeto del convenio a suscribir. Debe ser proporcional a las condiciones de complejidad del proyecto identificando la cantidad de recursos comprometidos y los riesgos de su desarrollo. Puede aportarse también la experiencia de los fundadores de la entidad o de la matriz o grupo del cual la entidad contratante sea subordinada.
- La estructura organizacional de la entidad: hace referencia al gobierno corporativo de la entidad (v. organización de procedimientos, manejo de información, etc.), la entidad estatal debe buscar acreditar la estructura organizacional de la entidad sin ánimo de lucro, atendiendo al objeto del convenio.
- Los indicadores de eficiencia de la organización: dirigidos a demostrar la cantidad de gastos que utiliza la entidad sin ánimo de lucro en su funcionamiento y la capacidad y eficiencia de la entidad sin ánimo de lucro para conseguir financiación privada.
- La reputación de la entidad: La entidad sin ánimo de lucro debe contar con un reconocimiento público manifiesto en los términos del artículo 355 constitucional. Se acredita una buena reputación de la entidad revisando que los administradores de la entidad no estén en la categoría de personas políticamente expuestas y revisando también sus antecedentes fiscales, disciplinarios y penales. La verificación de antecedentes también debe hacerse con el personal clave de la entidad. Debe igualmente revisar la trayectoria y desempeño de la entidad en la ejecución de proyectos similares.

La idoneidad de la ESAL se valora teniendo en cuenta sus atributos, se busca entonces que la entidad estatal considere los aspectos de la Guía reseñados anteriormente y los fije para cada caso específico fundamentando su relación con el objeto del proceso de contratación, su complejidad y la cantidad de recursos comprometidos por la Entidad Estatal (página 12, numeral IV. Determinación de la reconocida idoneidad de la entidad sin ánimo de lucro).

Este fue uno de los mayores cambios incorporados por el Decreto 92 de 2017 respecto a la anterior reglamentación, pues el Decreto 777 de 1992 no desarrollaba los componentes que certificarán la reconocida idoneidad de la ESAL, por lo cual esta decisión quedaba a total discrecionalidad de la entidad estatal, quien tenía que justificar la idoneidad y certificarla por medio un acto administrativo expedido por ella misma.

Entonces el Decreto 092 de 2017, contribuye a la verificación de la idoneidad de la ESAL la publicidad que sobre su situación financiera y capacidad jurídica debe realizar la entidad.

Un problema recurrente en los casos de prácticas corruptas a través de los convenios de asociación presentado bajo el anterior régimen fue la laxitud de las entidades estatales en la calificación de la idoneidad de la ESAL.

Así las cosas, se puede concluir que la selección de contratistas para desarrollar actividades de contratación directa dado su nivel de especialidad, conocimientos y costos asociados puede hacerse, pero de manera restringida por ser una excepción al régimen general de la licitación pública según las normas del Estatuto General de Contratación Pública.

Si bien es cierto que a partir del año 2017, desde la vigencia del Decreto 092, la contratación a través de convenios ha venido decreciendo, no solo por la especialidad que se exige hoy con la idoneidad de las entidades sin ánimo de lucro, también lo es que desde las auditorias dicho decreto, ha facilitado la identificación de manera más eficiente de figuras que burlan la transparencia y los principios de eficiencia y economía y la propia ley, porque ha evitado que la indefinición y ambigüedad de ciertos conceptos jurídicos queden al arbitrio del intérprete.

Gracias al nuevo modelo de control fiscal preventivo y concomitante, la Contraloría General de la Nación podrá hacer un acompañamiento a las entidades territoriales para fortalecer sus procesos en materia de gasto público y permitirá otorgar competencias para la utilización de figuras de contratación para mejorar el uso de los recursos. Son \$4.2 billones que han sido destinados en el pasado a contratación directa y que representan el 12% de la contratación total en el realizada en el Sistema General de Regalías, son recursos que podrán destinarse a obras que generan real desarrollo y bienestar social y evitar focos de corrupción y malversación de recursos.

La Contraloría General de la República busca que las falencias en el fundamento, estructuración de las tipologías contractuales, sean solucionadas para proponer cambios y revisiones en la regulación de los contratos de gasto público y lograr así que la regulación en la contratación directa tenga concordancia y armonía con las diferentes variaciones legales que van surgiendo.

Finalmente, el llamado es a observar las normas y principios que lo regulan, con una interpretación restringida a este tipo de contratación por tratarse de recursos públicos en aras de promulgar buenas practicas en un marco de transparencia.