

Aplicación del Decreto 092 de 2017 y su alcance e impacto en los principios de selección objetiva y transparencia en la contratación estatal con entidades sin ánimo de lucro en Cartagena de indias.

Yoiner Enoc Campo Hernandez (yoinerentot@gmail.com)

Resumen

Las Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL) han jugado un papel importante como aliadas del Estado para la ejecución de programas y proyectos de interés colectivo a través de la contratación estatal, esto con el objetivo de cumplir con los fines del estado mencionados en artículo segundo de la constitución política de 1991 en el cual establece que son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, sin embargo, la contratación pública en Colombia ha sido objeto de múltiples reformas y cambios normativos orientados a mejorar la legalidad, transparencia y eficiencia en la administración de recursos públicos entre ellas la forma en como el estado realiza convenios y/o asociaciones con entidades sin ánimo de lucro por lo cual se considera pertinente realizar un análisis sobre esta forma contratación entre el estado y las ESAL considerada de régimen especial y evaluar que impacto ha tenido en la administración de los recursos del estado.

Palabras clave: estado, contratación estatal, entidades sin animo de lucro, prosperidad general, reformas normativas, legalidad, transparencia, eficiencia, convenios.

Introducción

En Colombia se garantiza que las personas ya sean naturales o jurídicas puedan desarrollar diferentes actividades sociales como está establecido en el artículo 2 de la constitución política de 1991¹, algunas de ellas con ánimo de lucro y otras sin serlo. Entre estas están las entidades sin ánimo de lucro (ESAL) que de acuerdo a la Cámara de Comercio de Bogotá (CCB) “son personas jurídicas privadas con plena capacidad de goce y de ejercicio que desarrollan objetivos, algunas veces de utilidad pública o interés general, y otras de interés solo para sus fundadores o asociados sin la intención de repartir las utilidades obtenidas del ejercicio de tal actividad y con el deber de reinvertirlas en el objeto para el cual fueron creadas” , estas ESAL generalmente operan en sectores de: cultura, educación, salud, desarrollo comunitario, derechos humanos entre otros de carácter colectivos.

Cuando se habla de entidades sin ánimo de lucro no se habla de un tipo de sociedad en específico, sino que estas pueden clasificarse y adoptar diversas formas jurídicas, según su objeto y la voluntad de sus fundadores² entre las cuales encontramos dos grupos 1. Las entidades sin ánimo de lucro generales, estas están compuestas por: las Corporaciones, asociaciones y fundaciones y 2. las especiales donde están: las juntas de Acción Comunal, Entidades de naturaleza cooperativa, fondos de empleados, asociaciones mutuales, entidades ambientalistas, entidades científicas, tecnológicas, culturales, e investigativas, Instituciones de utilidad común que prestan servicios de bienestar familiar, Asociaciones agropecuarias y campesinas nacionales y no nacionales, , entre otras.

¹ Art 2. Constitución política de 1991 http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

² Rodríguez Burgos, Liliana Patricia. ABC, lo que hay que saber de las ESAL - ESAL - Confederación Colombiana de ONG – CCONG. Disponible en: https://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://ccong.org.co/files/728_at_Lo%20que%20hay%20que%20saber%20de%20las%20ESAL,%20agosto%20de%202016.pdf

Análisis normativo de la contratación pública con entidades sin ánimo de lucro.

antes de la entrada en vigencia del decreto 092 del 2017 la contratación con entidades sin ánimo de lucro fue evolucionando en su marco normativo buscando siempre mejorar la forma en como el estado se asocia con este tipo de entidades, partiendo con la constitución política de 1991 en la cual el estado colombiano pasa a ser un estado social a convertirse en un estado social de derecho lo que significa que en esta nueva organización el estado colombiano no solo se limita a la aplicación de la ley y la garantía de libertades individuales sino que añade un componente principal el cual es la dimensión social de los derechos colectivos y el compromiso del Estado con el bienestar de sus ciudadanos donde prevalece la dignidad humana, la democracia participativa reconociendo que la soberanía reside en el pueblo y la garantía de los derechos fundamentales como la educación, la salud, el trabajo, la seguridad social, la vivienda digna, derechos sociales, la alimentación y derechos culturales.

Una vez mencionados cuales son los fines esenciales del estado es importante también mencionar como el estado satisface estos fines o necesidades básicas y derechos colectivos de las personas, aunque existen diferentes mecanismos o herramientas para cumplir con estos una de las más importantes es a través de la contratación pública o estatal definida como el procedimiento a través del cual un órgano del sector público adquiere bienes, servicios y obras.

En la constitución en uno de sus artículos se establece que 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 Desarrollo³. Estos planes de desarrollo (PND) son instrumentos de gestión pública por medio del cual se trazan los objetivos del Gobierno permitiendo la subsecuente evaluación de su gestión.⁴ Los PND señalan los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal en el mediano

3 Artículo 355 de la Constitución Política.

4 Departamento Nacional de Planeación. (2023). ¿Qué es el Plan Nacional de Desarrollo?

<https://www.dnp.gov.co/plan-nacional-desarrollo>

plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por los gobiernos nacionales, departamentales y municipales.

Aunque existe un Estatuto General de Contratación de la Administración pública, las contrataciones estatales no estaban unificadas por una sola norma ni un solo estatuto, sino que se regía por un conjunto de normas complementarias entre sí. Para los contratos con entidades sin ánimo de lucro esto no variaba, iniciando con el decreto 777 de 1992 el cual regulaba los contratos celebrados entre la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público. sin embargo, el decreto no profundiza sobre este tipo de contratación enfocándose solo en aspectos de forma como lo son: formalidades burocráticas, exclusiones, requisitos documentales, la supervisión y las facultades de la administración para este tipo de contrataciones, dejando de lado otros aspectos que se pueden considerar fundamentales como podrían ser: que modalidades de selección pueden ser utilizadas para este tipo de contratos, que excepciones aplican para cada contrato, que factores diferenciales se tienen en cuenta para la selección de las esal además de la debida idoneidad, como se deben publicar, que montos y/o topes se deberían aplicar, que proceso de planeación se debe llevar, entre otros.

Esta falta de claridad en varios aspectos permitía que las entidades contrataran de manera directa con las ESAL teniendo como único factor de escogencia la debida idoneidad lo que daba lugar a posibles hechos de corrupción, discrecionalidad en la selección, favoritismos, falta de seguimiento y de control resultando en una mala utilización del recurso públicos. En un informe especial presentado por funcicar sobre contratación en el distrito de Cartagena con ESAL durante los periodos 2016 - 2019 se analiza el panorama de esta contratación y según los datos presentados en un informe de funcicar se evidencia que de todos los contratos celebrados entre el distrito de Cartagena de indias y entidades sin animo de lucro más del 80% de dichos contratos son adjudicados a 10 proveedores recurrentes, es decir, se presenta una alta concentración de contratos directos para las mismas esal teniendo en cuenta que según los boletines del Registro Único Empresarial y Social (RUES) existen más de 1.000

entidades sin ánimo de lucro registradas en la cámara de comercio. “En la Dirección Seccional de Impuestos de Cartagena se encuentran inscritas 7.377 Entidades del Régimen Tributario Especial de las cuales 4.728 corresponden a la ciudad de Cartagena y 2.649 a los municipios.” (Caracol Radio, 2018). Además, que menos del 50% de dichos contratos tuvo una interventoría o un proceso de seguimiento real.

También es importante mencionar la ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública es un estatuto que no modifica directamente los contratos que se celebran con las entidades sin ánimo de lucro, sin embargo, al regular todos los contratos con personas jurídicas privadas y públicas incluye implícitamente a las ESAL dentro de este estatuto como personas jurídicas privadas sometiéndolas a este régimen de contratación en calidad de proveedores, contratistas y aliados. La ley 80 implemento medidas que serían la base fundamental para las nuevas normas que regirían estos procesos contractuales: tipos de contratos; los principios de contratación como lo son selección objetiva, transparencia y economía; responsabilidad y control. Aun que permanecía la practica recurrente de contratar de manera directa con las ESAL, La ley 80 de 1993 reforzo en materia regulatoria la contratación pública con las personas jurídicas privadas incluidas las ESAL, es decir, estas contrataciones debían ser para programas de interés público acordes con el plan de desarrollo teniendo la debida idoneidad y experiencia, no obstante, aún se mantenían ciertos vacíos y ambigüedades al momento de celebrar este tipo de contratos como posibles favoritismos, poca competencia y ausencia de selección objetiva.

Con la entrada en vigencia del Decreto 1403 de 1992 el cual realiza algunas modificaciones al decreto 777 de 1992, reglamenta de manera más clara la forma de contratación con las ESAL en aspectos puntuales. mencionando que los contratos cuya cuantía sea igual o superior a cien salarios mínimos mensuales deberán publicarse en el Diario Oficial o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial⁶ aplicando así uno de los principios de contratación el de publicidad y transparencia, además se redefine el concepto de debida idoneidad entendiéndose como “la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La entidad facultada para celebrar el

⁶ Art 1 decreto 1403 de 1992 https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=1510

respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado” (Art 1. Decreto 1403, 1992). aplicando el principio de selección objetiva evitando así contrataciones arbitrarias y direccionadas.

Años más tarde se expide la Ley 489 de 1998 donde dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, estableciendo bases fundamentales sobre la organización del Estado y la colaboración con particulares para cumplir con los fines esenciales. “Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, 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 aquellas la ley”. (Art 96. Ley 489, 1998). Esta ley es importante dado que faculta a las entidades públicas asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación precisando el objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes, además estas se sujetaran a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

Anteriormente no había materia normativa que dispusiera regulaciones respecto a la modalidad bajo la cual se debían celebrar estos convenios, por lo tanto, la mayoría de entidades optaban por realizar contrataciones directas. Con la entrada en vigencia de la ley 1150 del 2007 se introdujeron modificaciones a los principios rectores establecidos en la ley 80 de 1993 de eficiencia, transparencia y selección objetiva organizando a su vez las modalidades de selección incluyendo:

1. selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección prevista para aquellos casos en que, por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual (Art 2. Numeral 2 Ley 1150, 2007).
2. Licitación pública. Es una convocatoria abierta donde la entidad basándose en criterios de evaluación eligen la mejor oferta. La ley establece que por regla general la escogencia del contratista debe realizarse por esta modalidad cuando no aplican las excepciones.

3. concurso de méritos. Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes mediante resolución motivada, que se entenderá notificada en estrados a los interesados, en la audiencia pública de conformación de la lista, utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso (Art 2. Num 3 Ley 1150, 2007)

4. contratación directa con causales más limitadas. la entidad debe demostrar y justificar por qué no realiza un proceso competitivo y opta por contratar bajo esta modalidad especificando los casos y excepciones bajo la cual debe usarse dicha modalidad. Para el caso de las ESAL se debe verificar si es la única o la más idónea.

Respecto a los principios, los criterios de selección objetiva estaban definidos en la ley 80/1993, sin embargo, estos no tenían un desarrollo técnico como el de la ley 1150, en esta se establecen que a diferencia de la ley 80 de 1993 “La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo....” (Art 5. Num 1 Ley 1150, 2007). Además, se menciona que “La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos...” (Art 5. Num 1 Ley 1150, 2007). Esto fortalece el principio de selección objetiva respecto a los requisitos que deben tener en cuenta las entidades para seleccionar al oferente más idóneo haciendo una diferencia fundamental en lo que son requisitos habilitantes (no determinan la escogencia) y factores ponderables (elementos que se pueden puntuar y calificar para seleccionar un oferente).

Decreto 092 del 2017 es el decreto unificado que reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la

Constitución Política “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” (Art. 355 Constitución Política de Colombia, 1991).

A diferencia de las normativas mencionadas con anterioridad este decreto si unifica, regula y define los parámetros bajo los cuales el estado celebra contratos con las entidades sin ánimo de lucro derogando el Decreto 777 de 1992, el Decreto 1403 de 1992 y el Decreto 2459 de 1993. dentro de estos aspectos fundamentales encontramos: requisitos habilitantes. En su artículo 3ro el decreto establece que” La entidad sin ánimo de lucro es de reconocida idoneidad cuando es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación y cuenta con experiencia en el objeto a contratar”, es decir, no solo debe contar con cierta experiencia acreditada para calificar como entidad con debida idoneidad sino que ahora esa experiencia debe ser demostrable y justificable de acuerdo al objeto de la contratación, teniendo en cuenta que los objetos pueden variar de acuerdo al sector en el que realicen las actividades ya sea Educación, Salud, Cultura, Ciencia, tecnología e innovación, actividades de desarrollo social, actividades de protección al medio ambiente, prevención del uso y consumo de sustancias psicoactivas entre otras.

Además, se regula el procedimiento para la selección, se establece “La Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal deberá adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista, cuando en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar es ofrecido por más de una Entidad sin ánimo de lucro.” (Art 4. Decreto 092, 2017). Esto implica que las ESAL ya no podrán ser seleccionadas de manera directa siempre y cuando exista mas de una con la capacidad e idoneidad para desarrollar el objeto contractual. Además, en el art 5to del decreto en mención también estipula que los contratos celebrados entre entidades sin animo de lucro y entidades estatales también llamados (convenios) 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.

Es importante mencionar que el Decreto regula dos eventos: i) los contratos de colaboración o de interés público, con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998” (Abril, 2025). Aunque ambas figuras buscan la colaboración entre ESAL (asociaciones, fundación y cooperativas) y el estado La diferencia fundamental entre estos dos radica en que primero en los convenios de colaboración se mantiene una relación de cooperación sin contraprestaciones donde el estado financia mayoritariamente la ejecución de proyectos de interés público haciéndolo mas parecido a una relación contratista-contratante sin el lucro de por medio, mientras que los convenios de asociación existe una reciprocidad controlada donde ambas partes realizan aportes con el fin de desarrollar actividades y metas compartidas haciéndolo más una relación de socios estratégicos.

Contratación con ESAL Alcaldia mayor de Cartagena de indias 2014-2020

Es importante realizar énfasis en el análisis de los datos, aclarando que para evaluar el impacto del decreto 092 del 2017 en materia de contratación es importante conocer cómo se celebraran estos contratos o convenios antes de la norma y después de ella para desarrollar un análisis general de esta misma.

El enfoque del análisis se realiza de acuerdo a la información disponible en las diferentes plataformas de contratación pública SECOP I, Secop II y siaobserva.

La alcaldía de cartagena en el año 2014 celebro alrededor de Cuatro mil doscientos ochenta y cinco (4.285) contratos de los cuales alrededor de 32 fueron celebrados con entidades sin ánimo de lucro bajo las siguientes modalidades: Contratación directa: 26, mínima cuantía 5, selección abreviada 1 con un valor aproximado de 2.450 millones de pesos colombianos donde los Objetos Más Comunes de dichos contratos eran Servicios sociales/culturales ,talleres, salud/educación, talleres y Consultorías, Diagnósticos, capacitaciones, Obras

menores entre otras. Dentro de estos 32 contratos 26 se realizaron como convenios de colaboración y 5 como convenios de asociación.

Para el año 2015 la alcaldía del distrito de Cartagena de indias celebro 4.912 contratos de los cuales alrededor de 19 fueron celebrados con entidades sin ánimo de lucro bajo las siguientes modalidades: Contratación directa: 14, mínima cuantía 3, selección abreviada 2 con un valor aproximado de 3.820 millones de pesos colombianos. Aun que para el año 2015 la cantidad y cuantía de contratos aumento en un aspecto general para los contratos con ESAL no fue igual ya que hubo una disminución de casi la mitad. Dentro de estos contratos 10 se realizaron como convenios de colaboración y 4 como convenios de asociación. No es posible definir con exactitud la causalidad de esta disminución, sin embargo, es importante mencionar que para el año 2015 la contraloría distrital de Cartagena estableció al realizar autorías la suspensión de diferentes procesos contractuales por irregularidades también llamadas Hallazgos “en enero pasado se conocieron presuntos hallazgos por 6.835 millones en 2015, en dependencias como la Secretaría de Educación, la Secretaría de Participación, Valorización Distrital, Corvivienda, la Secretaría General y el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte, DATT” (Betin, 2017) dependencias cuya misionalidad van de la mano con el cumplimiento de metas propuestas en el PND.

En el año 2016 se celebraron 5.143 contratos dentro de esta cantidad la cifra correspondiente a ESAL fue de 41 distribuidos de la siguiente manera Contratación directa: 33, mínima cuantía 7, concurso de méritos 1 con un valor aproximado de 4.920 millones de pesos colombianos. 24 de estos contratos fueron como convenios de colaboración y 8 convenios de asociación.

Con los resultados sobre la contratación entre la alcaldía de Cartagena y las entidades sin ánimo de lucro en una etapa que se puede definir pre - decreto se evaluan diferentes conclusiones en base a dichos resultados, por ejemplo, que la mayoría de los convenios para los años 2014, 2015 y 2016 fueron celebrados de manera directa, teniendo en cuenta la cuantía total por cantidad de contratos la mayoría de estos convenios no supera la mínima o la menor cuantía.

Entrada en vigencia decreto 092 del 2017.

Para poder realizar un análisis y evaluación del impacto de la implementación del decreto 092 del 2017 en términos de transparencia y selección objetiva era necesario conocer y analizar con datos y ejemplos como funcionaban este tipo de contratos antes del decreto. Por consiguiente, se va analizar una etapa post decreto para poder realizar un análisis de ambas reformas y examinar los resultados que se obtenga de ello. El decreto entra en vigencia el 01 de junio del 2017 es decir segundo semestre de ese año, por lo tanto, es pertinente analizar los datos desde el segundo semestre del 2017 hasta el 2020.

Para el año 2017 se celebraron 5.421 contratos de los cuales 54 fueron convenios con entidades sin animo de lucro de la siguiente manera contratación directa: 49, licitación: 2, selección abreviada: 1 y mínima cuantía 1. para el 2018 de los totales de contratos 5.675, 69 fueron con ESAL por un valor de 5.657 millones donde las modalidades mas utilizadas fueron contratación directa: 62, licitación: 4, selección abreviada: 2 y mínima cuantía:1. Mientras para el 2019 de los 5.927 contratos 75 fueron con ESAL por valor de 7.150 millones de pesos COP. primando las siguientes modalidades: contratación directa: 67, licitación: 5, selección abreviada: 2 y mínima cuantía:1. Para finalizar en el año 2020 se celebraron 6.892 contratos de los cuales 156 fueron con ESAL la mayoría celebrados de forma directa (98).

Es importante mencionar que durante la entrada en vigencia del decreto en sus primeros años se mantenía una relación incremental entre los contratos celebrados y la cantidad con esal, es decir, por cada año que aumentaba la cantidad de contratos celebrados por la alcaldía mayor de Cartagena también lo hacia la cantidad de contratos con las ESAL, sin embargo, en el año 2020 esta relación cambio, donde es notable que la contratación con esal ocupo casi un 50% de la cantidad total de contratos dando una cuantía de aproximadamente 141.000 millones COP, mientras que en los años previos no sobrepasaba el 30%. Esto se debe a la coyuntura del covid-19 donde hubo factores clave como el decreto 488 del 2020 donde se declaraba emergencia sanitaria por el virus covid-19. este decreto permite la contratación directa de bienes y servicios y ejecuciones de obra por lo cual las ESAL se convirtieron en la principal aliada de la alcaldía y del estado para contrarrestar esta emergencia económica ya que, siguiendo los lineamientos de la contratación para procesos de licitación, selección abreviada y otros procesos no respondían a esta necesidad debido a los plazos legales que se establecen en la misma norma.

Conclusiones y resultados obtenidos

1. con el análisis de la evolución normativa partiendo desde la constitución de 1991 donde se establecen los fines esenciales del estado hasta el decreto 092 del 2017 por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro, respecto a los principios de selección objetiva, transparencia y también en el uso optimo del gasto público se puede decir que los parámetros regulatorios para contratar han ido desde un aspecto general hacia uno más específico, incluyendo entre esto la idoneidad de la ESAL, antes del decreto no estaba bien definido a que se refería exactamente la idoneidad y tampoco se pedía ser demostrada ni justificada, debido a esto la forma de selección para realizar un convenio con una esal era subjetiva y ambigua, además que no se tenía clara la distinción entre requisitos habilitantes y criterios de selección.

2. Antes del decreto la norma era contratar siempre de manera directa, sin embargo, aunque se sigue manteniendo una mayoría en contratación directa para estos procesos se exige y se debe demostrar el por qué, Con el decreto 092 se debe adelantar primero un proceso competitivo de allí demostrar y justificar el por qué se selecciona la ESAL y también justificar la modalidad. Es decir, las entidades ya no pueden seleccionar a dedo con quien asociarse o realizar el convenio, sino que deben seleccionar a la ESAL más idónea.

Sin embargo, no siempre es del todo así, si bien con la expedición del decreto 092 del 2017 se busca reducir la corrupción y discrecionalidad en este tipo de convenios ciertamente siguen existiendo casos en los que la regulación establecida en la norma no se cumple a cabalidad evidenciando posibles vacíos legales que existen aun en estos proceso de régimen especial, por ejemplo “la secretaria Ana María González es señalada de haber direccionado 2.4 millones de euros a la ‘Fundación por la Educación Multidimensional’, (FEM), de la cual es socia; este dinero, según indica la alcaldía, lo donó Países Bajos en el marco del convenio Cartagena construyendo con el agua (Water as Leverage Cartagena), para la infraestructura hidráulica de la ciudad. Financiación que gestionó la secretaria González cuando fungió como jefa de la Oficina Asesora de Cooperación Internacional de la alcaldía, entre el período 2020 y 2022” (W radio, 2023). Otros casos son los relacionados en un artículo de la revista el universal donde mencionan “Las Empresas Sin Ánimo de Lucro (ESAL) siguen siendo las protagonistas en las presuntas irregularidades que han sido denunciadas en el “libro blanco”

por cada una de las dependencias del Distrito de Cartagena. Esta vez el turno de hacer denuncias contra ESALES fue para los alcaldes locales encargados. Estos aseguran que desde que llegaron a ocupar estos puestos y después de hacer un análisis de los informes finales de gestión de los funcionarios salientes, encontraron presuntas irregularidades en procesos de contratación del año anterior con estas entidades. (El Universal, 2020).

3. Evasión de competitividad. De acuerdo a los datos consultados post decreto se evidencia un amento en cuanto competitividad de estos contratos disminuyendo la contratación directa de promedio 90% hasta 80% y aun que el decreto 092 insta en que se deben adelantar procesos competitivos en la práctica se puede utilizar la contratación con régimen especial para evadir y no contratar mediante procesos que deberían ser bajo modalidad competitiva. Un caso específico es donde se expone que “En la localidad Industrial y de la Bahía, según denunciaron en el “libro blanco”, contrataron con la empresa de Desarrollo Urbano de Bolívar (Edurbe S.A.), por un valor de \$3.268.941.320, la construcción de vías en pavimento rígido y construcción y adecuación de escenarios deportivos. Sin embargo, señalaron que, presuntamente, no se entregaron las canchas con la totalidad de la calidad y se investiga la indebida celebración de contrato, por tercerización total de la ejecución del mismo.” (El Universal, 2020). En este ejemplo se evidencia que las entidades para evadir procesos competitivos y elegir al contratista de su preferencia (manera subjetiva) simulan un proceso de régimen especial para desarrollar actividades propias de desarrollo colectivo y fines sociales, se simulan proyectos cuya finalidad y objeto verdaderamente es la prestación de servicios que por su regulación se deben adquirir mediante un proceso competitivo por ejemplo, suministros o apoyo logístico y una vez entra adjudicado y en fase de ejecución la “ESAL” que fue seleccionada de manera directa subcontrata otra persona jurídica para que desarrolle las obligaciones contractuales y así evitar todo el proceso de una licitación o proceso competitivo donde hay pluralidad de oferentes.

4. Uso de “convenios” con estructura clara. Antes del decreto no existía una diferencia clara entre Convenio de asociación, Convenio de interés público y convenios de colaboración. El decreto es claro y hace énfasis en que en los convenios de asociación la ESAL debe realizar aportes recíprocos ya sea en dinero o en especie de al menos 30% de valor total del contrato mientras que en los convenios de colaboración la entidad financia la mayoría del valor del

contrato. Esto fortalece en parte la utilización y eficiencia de recursos públicos ya que la entidad y la ESAL se apalancan mutuamente con el objetivo de desarrollar actividades de bienestar social vinculadas al PND, además que de acuerdo a la necesidad que se va a satisfacer, misionalidad de la esal y objeto a ejecutar una estructura puede ser más

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICeAS

Abril, G. (05 de 06 de 2025). Obtenido de relatoria.colombiacompra.gov.co:

<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/conceptos/c-373-de-2025/>

Art 1. Decreto 1403. (26 de 08 de 1992). [funcionpublica.gov.co](https://www.funcionpublica.gov.co). Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1510>

Art 2. Num 3 Ley 1150. (2007). www.funcionpublica.gov.co. Obtenido de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=184686

Art 2. Numeral 2 Ley 1150. (16 de 07 de 2007). www.funcionpublica.gov.co. Obtenido de https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=184686

Art 4. Decreto 092. (2017). www.funcionpublica.gov.co. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=78935>

Art 5. Num 1 Ley 1150. (16 de 07 de 2007). www.funcionpublica.gov.co. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=184686>

Art 96. Ley 489. (29 de 12 de 1998). <https://www.funcionpublica.gov.co>. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=186>

Art. 355 Constitución Política de Colombia. (1991). www.constitucioncolombia.com. Obtenido de <https://www.constitucioncolombia.com/titulo-12/capitulo-3/articulo-355>

Betin, T. (12 de 06 de 2017). www.elheraldo.co/bolivar. Obtenido de www.elheraldo.co/bolivar:
<https://www.elheraldo.co/bolivar/2017/06/12/contraloria-establece-hallazgos-fiscales-en-cartagena-371765/>

Caracol Radio. (15 de 04 de 2018). Obtenido de caracol.com.co:
https://caracol.com.co/emisora/2018/04/15/cartagena/1523793026_812182.html?utm_source

El Universal. (26 de 07 de 2020). www.eluniversal.com.co/cartagena/. Obtenido de www.eluniversal.com.co/cartagena/:
<https://www.eluniversal.com.co/cartagena/2020/07/26/alcaldes-locales-denuncian-presuntas-anomalias-en-contratos/>

W radio. (12 de 04 de 2023). www.wradio.com.co. Obtenido de www.wradio.com.co:
<https://www.wradio.com.co/2023/04/13/embajada-de-los-paises-bajos-envuelta-en-presunto-escandalo-de-corrupcion-en-cartagena/>

funcional.