



207
110.015.2066

Bogotá, D. C., 1 de marzo de 2006

AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
Alcaldía de Bogotá NUR 110-2-30629 (10:00 AM - 11:00 PM)
Teléfono: 495-1000 CONCEPTO
C-30197 Avenida MIRAFLORES No. 9 Avenida NO
Código 110 OFICINA PÚBLICA
Dpto. CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA

Doctora
GLORIA VILLALBA GONZALEZ
Profesional Universitaria
Contraloría Departamental del Caquetá
Cra 13 No. 15 - 00, Piso 4º
Florencia - Caquetá

NG 13139131
Marzo - 07-2006

Recepcionado

4470 7/2006

Recepcionado

Ref. NUR 110-1--3-30062 de 08 de febrero de 2006

Solicitud de concepto: Contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro, obviando proceso de selección de que trata la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2170 de 2002.

Por medio de la presente, y en desarrollo de la función de conceptualización asignada a esta dependencia, me permito efectuar las siguientes reflexiones en relación con las inquietudes planteadas en el oficio de la referencia, así:

1 - LA CONSULTA

En su comunicación de febrero 03 de 2006, radicada ante este organismo el 08 de febrero del mismo año, se ha solicitado a este Despacho para que conceptúe sobre el siguiente asunto, así:

De conformidad con lo establecido en el artículo 355 de la Constitución Nacional desarrollado por el Decreto 777 de mayo 16 de 1996, el cual fue modificado por el Decreto 1403 de 1992. *¿Es viable la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro sin que se realice el proceso de selección de que trata la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2170 de 2002?*

2 - FUNDAMENTOS

En relación con el tema planteado en su consulta, es necesario realizar las siguientes precisiones conceptuales, no sin antes mencionar que los conceptos que expide esta oficina son de carácter general y abstracto:

2.1 Artículo 355 de la Constitución Política:

Establece la precitada norma constitucional:

Art. 355.- 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.

Del texto del precepto anotado, hay dos aspectos importantes a tener en consideración, el primero de ellos, es la prohibición clara y expresa que recae sobre las ramas u órganos del poder publico en materia de auxilios parlamentarios y, el segundo, constituye la facultad que se le otorga al gobierno en los diferentes niveles, nacional, departamental, municipal y distrital, para celebrar contratos con entidades privadas *sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés publico acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo*. La norma determinó que dicha potestad, debía ser reglamentada por el Gobierno Nacional.

Para comprender aún mejor el alcance de la norma constitucional en comento, es preciso citar lo expresado por la Corte Constitucional, al respecto:

"De lo expuesto puede concluirse: (1) La prohibición de los auxilios y donaciones, es la respuesta al abuso derivado de la antigua práctica de los "auxilios parlamentarios", y en buena medida explica su alcance. (2) La prohibición de los auxilios y donaciones, no significa la extinción de la función benéfica del Estado, la cual puede cumplirse a través de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad. (3) El auxilio o donación, materia de prohibición, se caracterizan

por la existencia de una erogación fiscal en favor de un particular sin que ella tenga sustento en ninguna contraprestación a su cargo. Igualmente, corresponden a estas categorías, las transferencias a particulares, que no estén precedidas de un control sobre los recursos o que éste no pueda realizarse con posterioridad a la asignación. Finalmente se califican de esta manera, las prácticas que por los elementos que incorporen, puedan tener la virtualidad de revivir la proscrita figura de los auxilios. (4) Por vía negativa, no se consideran auxilios o donaciones, las transferencias presupuestales que hacen las entidades descentralizadas. (5) No se estima que se viole el artículo 355 de la Constitución Nacional, cuando el Estado otorga subsidios, estímulos económicos, ayudas o incentivos, en razón del cumplimiento de deberes o principios de origen constitucional que describen actividades públicas irrenunciables". (Corte constitucional, Sentencia C-254, junio 6 de 1996, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz).

En tal sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado, así:

"Ante la terminante prohibición que consagra el inciso 1º del artículo 355 de la carta Política, en el sentido de que ninguna de la ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, que como se sabe busca proteger el tesoro público, quiso el constituyente abrir un camino para que el Estado pudiese desarrollar algunos de sus cometidos, a través de la celebración de contratos con entidades privadas, y por esto en el inciso 2º ibídem que se señala como infringido por el acto acusado, dispuso:

Del contenido de la norma (...) se infiere que para buscar una garantía en la celebración de tales contratos, deben darse las siguientes condiciones:

- a) Que se trate de entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad;
- b) Que los contratos tengan por objeto el impulso de programas y actividades de interés público, y
- c) Que dichos contratos estén acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. (Consejo de Estado, junio 4 de 1993. Expediente 2138, M P: Miguel González Rodríguez)

2.2 Decretos 777 de 1992 y 1403 de 1992:

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en el mandato constitucional, se expide el Decreto 777 de 1992, modificado parcialmente por el Decreto 1403 de 1992.

El Decreto 777 de 1992, en su artículo 1 señala:

"Artículo 1º -.CONTRATOS CON ENTIDADES PRIVADAS SIN ANIMO DE LUCRO PARA IMPULSA PROGRAMAS Y ACTIVIDADES DE INTERES PUBLICO. Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del Art. 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades sin animo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés publico, deberán constar por escrito y se sujetaran a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el decreto 222 de 1983.

Del texto de la norma, es claro el derecho que, por mandato constitucional y legal, le asiste a los entes indicados en la misma, para celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Por su parte, el inciso 2 del mismo artículo, se encarga de definir qué debe entenderse por "reconocida idoneidad", y al respecto señala: *"Se entiende por reconocida idoneidad 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"*.

Dispone igualmente, que el contrato *deberá constar por escrito y someterse a los requisitos y formalidades que exige la ley entre particulares*, no obstante, por expresa disposición contenida en el mismo, debe demostrarse por parte de la entidad sin ánimo de lucro, su capacidad técnica y administrativa para ejecutar el objeto, mediante la experiencia debidamente acreditada, *la cual deberá ser evaluada por el ente público, dejando constancia de ello por escrito.*

Nótese entonces, que si bien, dichos contratos se rigen por el derecho privado, por expreso mandato de la norma, se introduce un requisito *sine qua non* para la celebración de lo los mismos y es la acreditación de idoneidad para realizar el objeto del mismo, al igual que sucede con la contratación estatal, donde la entidad interesada en contratar, debe saber de antemano, con qué personas cuenta, debidamente capacitadas, clasificadas y calificadas para tener un mayor acierto en la escogencia del contratista, y es por ello que el registro del proponente constituye, un requisito *sine qua non*, que debe ser incluido en los correspondientes pliegos de condiciones. Sobre este tema, cabe traer a colación lo expresado por el Consejo de Estado:

"1. La exigencia de acreditar documentalmente los factores de evaluación no se contraponen al principio de la buena fe consagrados en los artículos 83 de la Constitución y 28 de la Ley 80 de 1993. Por el contrario, por razones de justicia y equidad se debe conceder a los oferentes la oportunidad para acreditar sus calidades y condiciones, que permitan a la administración valorar cuál es la mejor propuesta, siempre y cuando se exijan en el pliego de condiciones.

2. El factor de experiencia referido a las personas naturales se demuestra acreditando la idoneidad de quienes aspiran a contratar con la administración, mediante las constancias o certificaciones pertinentes. Con mayor razón si la experiencia profesional es factor determinante para la ejecución del contrato. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta radicada bajo el número 811, de abril 17 de 1996. Consejero Ponente Dr. Roberto Suárez Franco).

En tratándose del sector salud, el Decreto 777 de 1992, en su artículo 18, precisa cómo deben demostrar, las entidades sin ánimo de lucro, su reconocida idoneidad para ejecutar el objeto, y exige la certificación de que se encuentran inscritas en el *Registro Especial* de personas que prestan sus servicios de salud, debidamente clasificadas y calificadas.

Al igual que en la contratación estatal, así mismo se exige, que el contrato conste por escrito y, por el principio de la legalidad del gasto, está condicionado a la obtención del certificado de disponibilidad presupuestal, que asegure los recursos suficientes para su ejecución, y a su correspondiente registro presupuestal (artículos 7 y 14 del Decreto 777 de 1992).

Ahora bien, siguiendo con el análisis de la norma en comento, así mismo se exige, que dichos contratos *"tengan por objeto el impulso de programas y actividades de interés público y que estén acordes con el plan nacional y planes seccionales de desarrollo"*, requisito sin el cual no puede celebrarse este tipo de contratos.

Al respecto señala la Corte constitucional:

Prohibiciones y excepciones en materia de auxilios parlamentarios.
"(...), lo mismo que la disposición del segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Nacional, en el que se plasma la figura de los contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro, a fin de impulsar programas acordes

con el plan nacional de desarrollo. Este esquema de apoyo a actividades benéficas rodeado de controles subjetivos – solamente puede realizarse con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocido idoneidad- y objetivos – la materia del Contrato se limita a actividades o programas concretos de interés público y acordes con el plan de desarrollo a nivel nacional o seccional -, a partir de la Constitución de 1991, es el único canal para la función benéfica que el estado puede llevar a cabo con el concurso de los particulares. (...)⁴

Por su parte ha manifestado el Consejo de Estado:

"1. Es requisito sine qua non la existencia previa de una ley que apruebe el plan nacional de desarrollo e inversiones elaborado por el gobierno (C. N. art. 150, numeral 3º), con la participación activa de las entidades y organismos que señala el artículo 341 transcrito, pues es precisamente a éste al que debe sujetarse, estar conforme, en armonía o consonancia, la celebración de los contratos a que alude el inciso 2º del artículo 355.

2. Dicha ley no puede suplirse mediante la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, pues una cosa es que tenga la facultad para reglamentar lo relativo a los contratos, y otra muy diferente es que so pretexto de hacer tal regulación invada la esfera del legislador en lo que toca con el citado plan, el que por lo demás no sólo tiene cabida frente a contratos que se celebren con entidades privadas.

3. Por la forma como está concebido el tantas veces mencionado plan nacional de desarrollo, no puede pretenderse que los planes, programas y proyectos que haya aprobado u apruebe el Conpes, hagan las veces de aquél. (Consejo de Estado, junio 4 de 1993. Expediente 2138, M P: Miguel González Rodríguez).

En desarrollo de los anteriores mandatos, el Congreso expidió la Ley 188 de 1995 como Plan de Desarrollo Nacional y en el nivel territorial se han adoptado Planes Departamentales, Distritales y Municipales. Estos planes tienen el mismo horizonte temporal del periodo presidencial, del congreso y, de los gobernadores y alcaldes, asambleas y concejos, es decir, cuatro (4) años.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C - 372 de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo mesa

Igualmente, en relación con este punto específico, debe tenerse en consideración que los programas y actividades tienen un condicionamiento adicional en las entidades territoriales, consistente en que los mismos deben coincidir con el programa que expuso el gobernador o el alcalde, durante su campaña electoral, por expresa disposición de la Ley 134 y lo reitera la Ley 152 de 1994 (Ley Orgánica de los Planes de Desarrollo Económico), en sus artículos 36 a 40.

Por último es importante advertir, que el artículo 2º del Decreto 777 de 1992, determina taxativamente, las excepciones al ámbito de aplicación en relación con este tipo de contratación, y que a continuación se transcriben:

ARTICULO 2o. EXCLUSIONES. *Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto:*

1.- Los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes.

2.- Las transferencias que se realizan con los recursos de los Presupuestos Nacional, Departamental, Distrital y Municipal a personas de derecho privado para que, en cumplimiento de un mandato legal, desarrollen funciones públicas o suministren servicios públicos cuya prestación esté a cargo del Estado de acuerdo con la Constitución Política y las normas que la desarrollan.

3.- Numeral subrogado por el artículo 2o. del Decreto 1403 de 1992. El nuevo texto es el siguiente: Las apropiaciones presupuestales decretadas a favor de personas jurídicas creadas por varias entidades públicas, como son las cooperativas públicas, o de corporaciones y fundaciones de participación mixta en cuyos órganos directivos estén representadas entidades públicas en forma proporcional a sus aportes de acuerdo con las disposiciones estatutarias de la corporación o fundación.

4.- Las transferencias que realiza el Estado a personas naturales en cumplimiento de las obligaciones de asistencia o subsidio previstas expresamente en la Constitución y especialmente de aquellas consagradas en los artículos 43, 44, 46, 51, 368, 13 transitorio y 46 transitorio de la misma.

5.- Numeral adicionado por el artículo 3o. del Decreto 1403 de 1992. El texto es el siguiente: Los contratos que de acuerdo con la ley celebre la entidad pública con otras personas jurídicas, con el fin de que las mismas desarrollen un proyecto

específico por cuenta de la entidad pública, de acuerdo con las precisas instrucciones que esta última les imparta.

PARAGRAFO. Adicionado por el artículo 3o. del Decreto 1403 de 1992. El texto es el siguiente: *Para efectos del presente Decreto se consideran entidades públicas, además de las otras previstas por la Constitución y la ley, a las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen de dichas empresas.*

3.- SE CONCLUYE

Con base en lo anteriormente expuesto se tiene, que por expresa disposición contenida en el inciso 2 del artículo 355 de la Carta Política, el gobierno en sus distintos niveles, nacional, departamental, municipal y distrital, puede celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, la cual deberá ser evaluada para efectos de determinar, que éstas se encuentran en capacidad de ejecutar los programas o proyectos contenidos en el plan de desarrollo económico nacional, o en los planes de desarrollo territoriales, que a su vez deben obedecer al programa de gobierno presentado por el mandatario seccional, en su campaña electoral.

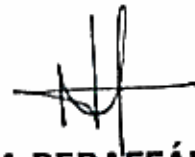
Con estricta sujeción a las condiciones que la misma norma señala, además, este tipo de contratos deberán constar por escrito y se sujetaran a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, con las salvedades o exclusiones taxativamente señaladas (artículo 2º del Decreto 777 de 1992), y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993, que modificó la señaladas en el Decreto 222 de 1983 (artículo 1º y 15 del Decreto 777 de 1992).

Así las cosas, en virtud de norma especial y específica que regula lo relacionado con la contratación de que trata el artículo 355 constitucional, ésta deberá ceñirse a lo dispuesto en el Decreto 777 de 1992, el Decreto 1403 de 1992 y, demás normas que la regulen. Por tanto ha de entenderse que no será obligatorio someter esta clase de contratos a la regla general de Licitación Pública o concurso para la escogencia del contratista

Sólo resta puntualizar que este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, con base en la información que ha sido suministrada por usted a este Despacho y, por tanto, no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Confiando en que la inquietud planteada haya sido absuelta, se suscribe de usted,

Cordialmente,



ANA LYDA PERAFFÁN CABRERA
Directora Oficina Jurídica

CIGN/ALPC



CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA

Promovemos el Desarrollo de la Gestión Pública, la Lucha
Contra la Corrupción y la Participación Ciudadana

NIT. 891.190.246-1

DCF- PU - 004

Florencia, 03 FEB. 2006

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cite N.º R. 110-1-30062, 08/02/2006 02:44 PM
Trámite 435-CONCEPTO
E-29776 Actividad: 07 RESPUESTA, Folios: 1, Anexos: 110
Origen: CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA
Destino: 110 OFICINA JURIDICA

Doctora
AMPARO QUINTERO ARTURO
Jefe Oficina Jurídica
Auditoría General de la República
Calle 10 No. 17-18, piso 9
Tel: (571)2432969-2820917
Bogotá D.C

Febrero 8 / 2006.
Dra:
Claudia Gómez
H. *Para Feb 15/07*
(Proyecto de Respuesta
Feb 24 / 2006)

Asunto: Solicitud Concepto

Respetada doctora Amparo:

En desarrollo de la función de conceptualización asignada a esa dependencia, comedidamente me permito solicitar concepto en relación con lo siguiente:

De conformidad con lo establecido en el artículo 355 de la Constitución Nacional, desarrollado por el Decreto 777 de mayo 16 de 1992, el cual fue modificado por el Decreto No.1403 de 1992, ¿es viable la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro sin que se realice el proceso de selección de que trata la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2170 de 2002?

Agradezco de antemano su valiosa colaboración.

Atentamente,

Gloria Villalba González
GLORIA VILLALBA GONZÁLEZ
Profesional Universitaria.

Archivo
Respuesta 04706/2006
H.
08/feb/2006
[Signature]



AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
 Alameda de la Cruz 110-1-30062 - 1300000-0501000
 Teléfono: 435-0001 (línea 10)
 C-100391 A. y J. del 07-FEBRUERO 2006 - 2. Anexo LO ANUNCIADO
 C. J. 110 OFICINA JURÍDICA
 REGIONAL CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ

Bogotá, D. C., 10 de marzo de 2006

Devolver Copia Firmada

Doctora
GLORIA VILLALBA GONZALEZ
 Profesional Universitaria
 Contraloría Departamental del Caquetá
 Cra 13 No. 15 - 00, Piso 4°
 Florencia - Caquetá

13139165

14-03-06

147015/2006

Archivo

Ref. NUR 110-1--3-30062 de 08 de febrero de 2006

Solicitud de concepto: Contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro, obviando proceso de selección de que trata la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2170 de 2002.

Acorde con el asunto de la referencia, esta Dirección estima pertinente, dado su interés en el tema "de la contratación del gobierno en los diferentes niveles, con entidades sin ánimo de lucro, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 355 de la Carta Política"; dar a conocer los conceptos proferidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, referentes a la Ley Estatutaria 996 de 2005, de las restricciones a la contratación Directa, y que en lo atinente se transcriben a continuación:

Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, febrero dos (2) de 2006, con número de radicación 1712, Consejero Ponente: José Enrique Arboleda Perdomo:

"Para determinar el alcance general del artículo 33 antes mencionado, debe esclarecerse el sentido de las dos locuciones

Gestión para creer en lo público

1
 C. Villalba
 3-15-06
 1

legales, a saber: todos los entes del Estado y contratación directa. La primera de ellas hace referencia a los sujetos o destinatarios de la prohibición, que son organismos o entidades autorizados por la ley para suscribir contratos, y en consecuencia, comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin que resulten relevantes su régimen jurídico, forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía. (...) La segunda expresión contiene el elemento objetivo, constituido por la contratación directa en cuanto cualquier mecanismo de escogencia del contratista en el que se prescinde de la licitación o concurso, sin que se tenga en cuenta por el legislador estatutario el régimen de contratación aplicable, ya sea contenido en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -ley 80 de 1993-, o uno especial en razón del objeto del contrato o del órgano que contrata. Para efectos de la ley de garantías, y dada su finalidad, el enunciado "contratación directa" es sinónimo de cualquier sistema diferente de la licitación pública, y no del procedimiento especial regulado por la ley 80 de 1993. Por tanto, las entidades públicas pueden seguir contratando previa licitación pública, salvo las excepciones de la misma ley 996 de 2005." (Resaltado y subrayado fuera de texto)

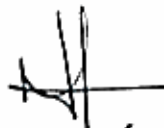
Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, veinte (20) de febrero de 2006, con número de radicación 1.727, Consejero Ponente: José Enrique Arboleda Perdomo:

"Siguiendo la doctrina expuesta por esta Sala de Consulta y Servicio Civil, se tiene que la expresión todos los entes del Estado hace referencia a los sujetos o destinatarios de la prohibición, que son los organismos o entidades autorizados por la ley para suscribir contratos, y en consecuencia, comprende a la totalidad de los entes del Estado, sin que resulten relevantes su régimen jurídico,

forma de organización o naturaleza, su pertenencia a una u otra rama del poder público o su autonomía." (Resaltado fuera de texto).

Se anexa la presente, fotocopia de los referidos conceptos, en siete (7) folios.

Cordialmente,



ANA LYDA PERAFFÁN CABRERA
Directora Oficina Jurídica

ALPC