

	UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA GESTIÓN DE BIBLIOTECAS						
	CARTA DE AUTORIZACIÓN						
CÓDIGO	AP-BIB-FO-06	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	1 de 1

Neiva, 21 de octubre de 2024

Señores
CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN
UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
 Ciudad

El (Los) suscrito(s):

David Alejandro Paredes Trujillo, con C.C. No. **1075280904**,
Daniela Rodríguez Gutiérrez, con C.C. No. **1075282031**,

Autor(es) de la tesis y/o trabajo de grado titulado: **El principio de igualdad en el Régimen General de Contratación de las Entidades Sin Ánimo de Lucro en el Huila (2017-2019)** presentado y aprobado en el año **2024** como requisito para optar al título de **Magíster en Derecho Público** ;

Autorizo (amos) al CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN de la Universidad Surcolombiana para que, con fines académicos, muestre al país y el exterior la producción intelectual de la Universidad Surcolombiana, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo de grado en los sitios web que administra la Universidad, en bases de datos, repositorio digital, catálogos y en otros sitios web, redes y sistemas de información nacionales e internacionales "open access" y en las redes de información con las cuales tenga convenio la Institución.
- Permita la consulta, la reproducción y préstamo a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato Cd-Rom o digital desde internet, intranet, etc., y en general para cualquier formato conocido o por conocer, dentro de los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas generales sobre la materia.
- Continúo conservando los correspondientes derechos sin modificación o restricción alguna; puesto que, de acuerdo con la legislación colombiana aplicable, el presente es un acuerdo jurídico que en ningún caso conlleva la enajenación del derecho de autor y sus conexos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, "Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores", los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

EL AUTOR/ESTUDIANTE:





Firma: _____

Firma: _____

Vigilada Mineducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.

Escaneado con CamScanner

	UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA GESTIÓN DE BIBLIOTECAS						
	DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO						
CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	1 de 4

TÍTULO COMPLETO DEL TRABAJO: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL RÉGIMEN GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO EN EL HUILA (2017-2019)

AUTOR O AUTORES:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
PAREDES TRUJILLO	DAVID ALEJANDRO
RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ	DANIELA

DIRECTOR Y CODIRECTOR TESIS:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
LÓPEZ DAZA	GERMÁN ALFONSO

ASESOR (ES):

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
LÓPEZ DAZA	GERMÁN ALFONSO

PARA OPTAR AL TÍTULO DE: MAGÍSTER EN DERECHO PÚBLICO

FACULTAD: CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

PROGRAMA O POSGRADO: MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO

CIUDAD: NEIVA

AÑO DE PRESENTACIÓN: 2024 NÚMERO DE PÁGINAS: 104 PÁGINAS

Vigilada Mineducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.



UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
GESTIÓN DE BIBLIOTECAS

DESCRIPCIÓN DE LA TESIS Y/O TRABAJOS DE GRADO

CÓDIGO

AP-BIB-FO-07

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

2 de 4

TIPO DE ILUSTRACIONES (Marcar con una X):

Diagramas X Fotografías___ Grabaciones en discos___ Ilustraciones en general___ Grabados___
Láminas___ Litografías___ Mapas___ Música impresa___ Planos___ Retratos___ Sin ilustraciones___ Tablas
o Cuadros X

SOFTWARE requerido y/o especializado para la lectura del documento: Microsoft Word y Excel.

MATERIAL ANEXO:

PREMIO O DISTINCIÓN (En caso de ser LAUREADAS o Meritoria):

PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL E INGLÉS:

<u>E spa ñol</u>	<u>I nglé s</u>	<u>E s pañ ol</u>	<u>I ngl és</u>
1. Contratación	Hiring	6. Financiero	Financial
2. Igualdad	Equality	7. Transparencia	Transparency
3. Interés General	General interest	8. Recursos Públicos	Public Resources
4. Entidades sin ánimo de lucro	Non-profit entities	9. Corrupción	Corruption
5. Proponentes	Proponents	10. Participación	Participation



RESUMEN DEL CONTENIDO: (Máximo 250 palabras)

A partir de la Constitución de 1991, las Entidades Sin Ánimo de Lucro comenzaron a desempeñar un papel importante en la promoción del bienestar colectivo y la mejora de la calidad de vida de la sociedad, sin embargo, el uso de recursos públicos por estas entidades fue marcado por muchos casos de corrupción por lo que se prohibió otorgarles auxilios o donaciones, y en su lugar se estableció un mecanismo de contratación, en aras de garantizar la transparencia y el uso efectivo de estos recursos.

Por tanto, las malas prácticas que en los últimos años fueron identificadas por los órganos de control frente al régimen especial de contratación procedente del artículo 355 de la Constitución de 1991 originaron un cambio en esta regulación con la entrada en vigencia del Decreto 092 de 2017 que buscó que los convenios realizados con las ESAL tengan unos objetivos más específicos, con nuevas reglas que no permitan la mala utilización de este tipo de contratación. Es así como se crea un nuevo escenario para estas entidades, que quieran participar en la contratación con el estado obligándolas de alguna manera a ofertar en el régimen general de contratación.

Por ello, esta investigación se centró básicamente en analizar si en el Régimen General de Contratación, las ESAL están sometidas a evaluaciones y requisitos en igualdad de condiciones con otros oferentes, y si se está cumpliendo con el principio de igualdad entre proponentes o si por el contrario, se les están otorgando privilegios en los procesos de contratación.

ABSTRACT: (Máximo 250 palabras)

Starting with the 1991 Constitution, Non-Profit Entities began to play an important role in promoting collective well-being and improving the quality of life of society, however, the use of public resources by these entities was marked by many cases of corruption, which is why it was prohibited to grant them aid or donations, and in their place a contracting mechanism was established, in order to guarantee transparency and the effective use of these resources.

Therefore, the bad practices that in recent years were identified by the control bodies regarding the special contracting regime arising from article 355 of the 1991 Constitution caused a change in this regulation with the entry into force of Decree 092 of 2017 that sought that the agreements made with the ESAL have more specific objectives, with new rules that do not allow the misuse of this type of contracting. This is how a new scenario is created for these entities, which want to participate in contracting with the state, forcing them in some way to bid in the general contracting regime.

Therefore, this research basically focused on analyzing whether in the General Contracting Regime, the ESAL are subject to evaluations and requirements on equal terms with other bidders, and if the principle of equality between bidders is being complied with or if by On the contrary, they are being granted privileges in the hiring processes.



CÓDIGO	AP-BIB-FO-07	VERSIÓN	1	VIGENCIA	2014	PÁGINA	4 de 4
--------	--------------	---------	---	----------	------	--------	--------

APROBACIÓN DE LA TESIS

Nombre Jurado: Mariela Méndez Cuéllar

Firma:

**EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL RÉGIMEN GENERAL DE CONTRATACIÓN DE
LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO EN EL HUILA (2017-2019)**

David Alejandro Paredes Trujillo

Daniela Rodríguez Gutiérrez

Universidad Surcolombiana

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Neiva, Huila

2023

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	4
1. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO EN COLOMBIA A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991	7
1.1 Reseña histórica de las entidades sin ánimo de lucro en Colombia	8
1.2 Noción de las entidades sin ánimo de lucro	19
1.3 Las entidades sin ánimo de lucro en la Constitución Política de Colombia de 1991 ...	28
2. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN GENERAL DE CONTRATACIÓN CON OFERTA Y RÉGIMEN ESPECIAL DE TRIBUTACIÓN.....	35
2.1 Aspectos básicos del régimen general de contratación con oferta	37
2.1.1 Fase precontractual (procesos contractuales con oferta)	38
2.1.2 Fase contractual	45
2.1.3 Fase postcontractual	46
2.2 El principio de igualdad entre proponentes en Colombia	47
2.2.1 La capacidad financiera y el régimen de tributación de las entidades sin ánimo de lucro.....	54
3. ANÁLISIS DE IGUALDAD ENTRE PROPONENTES EN CONTRATACIÓN PARA ESAL EN EL HUILA.....	65
3.1 Principio de igualdad en contratación para entidades sin ánimo de lucro en Huila	67
3.2 Panorama financiero ENSAL Huila 2017-2019 en contratación con oferta	70
3.2.1 ¿Se garantiza el principio de igualdad entre proponentes en el departamento del Huila para las ESAL en el régimen general de contratación general con oferta?.....	84
CONCLUSIONES	89
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	98
Referencias Jurisprudenciales	101
Referencias Normativas	102
Prensa.....	103
Referencias De La Web.....	103

INTRODUCCIÓN

En el presente documento se presentan los resultados de la investigación desarrollada con ocasión de la realización de la Maestría en Derecho Público, referente a una temática de gran relevancia en el ámbito jurídico y social de Colombia, por tanto, la evolución para consolidarse como proyecto de investigación se centra en el análisis crítico de la contratación pública de las Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL) en el departamento del Huila durante el periodo comprendido entre los años 2017 y 2019.

La Constitución de 1991 estableció un marco para el papel fundamental que desempeñan las Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL) en Colombia. Su enfoque en la promoción del bienestar colectivo y la mejora de la calidad de vida de la sociedad, especialmente en la atención de poblaciones vulnerables y programas de interés público, las convierte en pilares esenciales de la sociedad colombiana. Sin embargo, a lo largo de la historia, el uso de recursos públicos por algunas ESAL ha estado marcado por casos de corrupción. Para abordar este problema, se estableció un mecanismo de contratación en lugar de otorgar auxilios o donaciones, de modo que, este enfoque se centra en garantizar la transparencia y el uso efectivo de los recursos públicos.

Por su parte, la naturaleza fundamental de las ESAL radica en su enfoque sin ánimo de lucro, donde el objetivo principal es contribuir al bienestar general de la sociedad. De modo que, este derecho de libre asociación, garantizado por la Constitución, permite a las personas formar organizaciones con fines diversos, ya sea con o sin ánimo de lucro, fomentando la participación activa de la sociedad civil en la gestión pública y en el desarrollo del país.

El presente trabajo de tesis se centró en analizar la aplicación del principio de igualdad entre proponentes en el Régimen General de Contratación en el departamento del Huila, específicamente en relación con la capacidad financiera de las entidades sin ánimo de lucro durante los años 2017 a 2019. Por lo que, se describió el tratamiento legal de las ESAL en Colombia y se hizo una distinción entre el Régimen Especial de

Contratación y el Régimen General de Contratación. Se examinaron las formas de suscripción de contratos entre las entidades estatales y las ESAL, considerando las características, condiciones y aplicabilidad de los principios de la función administrativa.

En este orden de ideas, el análisis se centró en el principio de igualdad entre proponentes y el Régimen Especial de las ESAL para determinar si se estaba cumpliendo efectivamente con este principio o si se estaban otorgando privilegios a las ESAL en los procesos de contratación. De esta manera, se llevó a cabo una evaluación en las principales entidades territoriales del Huila, como la Gobernación del Huila, específicamente en municipios y ciudades como: Neiva, Pitalito, Garzón y La Plata. La metodología incluyó la revisión de procesos de contratación realizados a través del Régimen General de Contratación y la recopilación de información relevante, como la existencia de pluralidad de oferentes, la participación de ESAL, la exoneración de requisitos financieros, y la adjudicación de procesos a ESAL.

En el transcurso del período 2017-2019, este estudio exhaustivo se adentró en el análisis del panorama financiero de las ESAL en el departamento del Huila, específicamente en lo que respecta a su participación en procesos de contratación con oferta. A través de este análisis, se evaluaron en detalle las tendencias, desafíos y oportunidades financieras que influyeron en la participación de las ESAL en estos procesos, proporcionando una comprensión integral de su desempeño en este contexto particular.

En ese orden de ideas, el análisis de la contratación pública en el departamento del Huila durante dicho periodo arroja luz sobre la participación activa de las ESAL en los procesos de selección, a pesar de que el porcentaje de participación de las ESAL puede parecer modesto, alrededor del 13%, se destaca un hallazgo significativo: estas organizaciones no se limitan a utilizar exclusivamente el Decreto 092 de 2017 para sus operaciones, sino que buscan activamente oportunidades en el régimen general de contratación.

Por otra parte, la participación de las ESAL se concentra principalmente en las entidades territoriales más grandes del Huila, como la Gobernación y el municipio de

Neiva, lo que refleja la importancia de plataformas nacionales, como Secop II, en la presentación de ofertas. Sin embargo, se observa una diferencia significativa en la participación de las ESAL entre las entidades territoriales de mayor y menor tamaño.

Adicionalmente, la evaluación de los requisitos financieros revela que las ESAL se someten a evaluaciones en igualdad de condiciones con otros oferentes, demostrando su voluntad de competir justamente. Aunque tienen ventajas fiscales, están dispuestas a cumplir con los requisitos financieros y operar en igualdad de condiciones.

Por otra parte, en cuanto a la adjudicación de contratos, se destaca que un 67.9% de las ofertas presentadas por ESAL resultaron en contratos estatales, subrayando su capacidad para obtener contratos y contribuir al cumplimiento de sus objetivos sociales. Sin embargo, se identifican preocupaciones sobre la pluralidad de oferentes, ya que en el 53% de los procesos de contratación solo hubo un proponente, lo que plantea interrogantes sobre la garantía del principio de igualdad. Se sugiere la necesidad de acelerar la implementación de la plataforma transaccional SECOP II en municipios de categoría 5 y 6 para garantizar un mayor cumplimiento del principio de igualdad entre proponentes y promover la competencia abierta en los procesos de selección.

En suma, este estudio proporciona una visión integral del desempeño financiero de las ESAL en el contexto de la contratación pública en el departamento del Huila. A pesar de los desafíos y oportunidades, las ESAL están comprometidas con operar en igualdad de condiciones y contribuir al interés general, lo que resalta su papel importante en la sociedad y la contratación estatal.

De igual manera, la importancia de las ESAL radica en su naturaleza jurídica y sus atributos particulares. El Estado puede utilizar estas entidades para impulsar programas y actividades de interés público en línea con los planes nacionales y regionales de desarrollo, lo que las convierte en valiosos instrumentos para el beneficio de la comunidad y la protección de los sectores más desfavorecidos.

En este sentido, las ESAL desempeñan un papel crucial en la sociedad colombiana al promover el bienestar colectivo y atender a poblaciones vulnerables. La

aplicación efectiva del principio de igualdad entre proponentes en la contratación estatal es fundamental para garantizar la transparencia y la eficacia en la utilización de los recursos públicos y para cumplir con los objetivos esenciales del Estado en Colombia.

1. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO EN COLOMBIA A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

La Constitución Política de 1991 marcó un hito significativo en el tratamiento jurídico de las entidades sin ánimo de lucro en Colombia. Este capítulo se adentrará en el análisis y comprensión de cómo este documento constitucional, junto con las leyes y regulaciones posteriores, ha configurado el marco legal que rige a estas organizaciones en el país.

Las entidades sin ánimo de lucro desempeñan un papel fundamental en la sociedad colombiana, contribuyendo activamente al desarrollo social, cultural, ambiental y económico del país. Sin embargo, su naturaleza jurídica particular plantea desafíos y consideraciones especiales en términos de su regulación y funcionamiento.

A lo largo de este capítulo, exploraremos los principios fundamentales que rigen a las entidades sin ánimo de lucro en Colombia, así como las disposiciones legales y constitucionales que definen su alcance, estructura y obligaciones. Además, examinaremos los derechos y responsabilidades de estas organizaciones, así como las implicaciones legales de su operación, financiamiento y fiscalidad.

Sin embargo, a pesar de los avances en el tratamiento jurídico de las entidades sin ánimo de lucro en Colombia desde la promulgación de la Constitución de 1991, persisten varios desafíos y áreas de preocupación que requieren atención crítica.

Uno de los principales problemas radica en la falta de claridad y coherencia en la regulación de estas entidades. Si bien la Constitución establece el marco general, la legislación y las normativas específicas a menudo carecen de precisión y uniformidad, lo que puede generar confusión y ambigüedad en la interpretación y aplicación de las leyes.

Además, la supervisión y el control efectivos de las actividades de las entidades sin ánimo de lucro siguen siendo un desafío. La falta de recursos y capacidades en los organismos encargados de regular y fiscalizar estas organizaciones puede dar lugar a prácticas indebidas, como el uso inadecuado de fondos o la evasión de responsabilidades legales.

Otro aspecto crítico es la falta de transparencia en la gestión financiera y operativa de algunas entidades sin ánimo de lucro. La opacidad en la rendición de cuentas y la divulgación de información puede socavar la confianza pública en estas organizaciones y afectar su legitimidad y credibilidad.

Adicionalmente, la regulación fiscal de las entidades sin ánimo de lucro es un tema sensible y complejo. Si bien estas organizaciones suelen gozar de beneficios fiscales, como la exención de impuestos, la falta de controles adecuados puede dar lugar a abusos y el aprovechamiento indebido de estos incentivos.

1.1 Reseña histórica de las entidades sin ánimo de lucro en Colombia

El Estado Colombiano reconoce la gran utilidad que adquiere la sociedad al efectuarse el surgimiento de entidades con fines altruistas y con un principal objetivo el cual es promover el mejoramiento del bienestar colectivo, ya sea enfocado en un grupo específico dentro de la sociedad o dirigido a toda la población en su conjunto, a través de la provisión de una variedad de productos y servicios con el objetivo de elevar la calidad de vida de las comunidades. (Suárez, 2016). Es por ello que se les ha dado un gran reconocimiento no sólo en la Constitución Nacional sino también en la legislación civil, pues desde el Código Civil Colombiano, institución que data desde 1873, se regula su naturaleza, considerando que ésta es una de las clases de entidades privadas de reconocimiento más antiguo en nuestra legislación.

En este sentido, la persona jurídica de carácter privada se identifica por su capacidad para ser representada en asuntos legales tanto en el ámbito judicial como fuera de él, es importante destacar que su razón de existir en el contexto legal y jurídico no está orientada hacia la búsqueda de ganancias personales o individuales para sus miembros, sino que, por el contrario, su objetivo principal es contribuir al beneficio y bienestar de la sociedad en general (Naranjo, 2014).

Desde la Constitución de 1886 se señaló en el artículo 76 que al Congreso de la República le correspondía fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulos y apoyo". Esto generó que empezaran a canalizarse recursos públicos a entidades de

derecho privado que buscaban atender económicamente a poblaciones vulnerables como menores de edad, madres solteras, personas de la tercera edad, discapacitados, que se encontraban ubicados en territorios excluidos de la geografía nacional con el propósito de brindarles una mejor calidad de vida. (Suárez, 2016).

En 1968, en virtud del Acto Legislativo No. 1 se crearon los auxilios parlamentarios, los cuales eran atribuciones exclusivas del Ejecutivo en materia de hacienda pública, que buscaban atender necesidades de la población a nivel regional que pasaban inadvertidas en el plano nacional (Suárez, 2016), de esta manera, son asignaciones de recursos económicos que los legisladores, miembros de un parlamento o congreso, pueden destinar a proyectos, organizaciones o iniciativas dentro de sus distritos o circunscripciones electorales, estos fondos se utilizan a menudo como una forma de conexión directa entre los legisladores y sus electores, y pueden ser una herramienta para abordar las necesidades locales.

Según Roa (1997) en un principio, los recursos asignados como auxilios se destinan para la realización directa de obras por parte de municipios o juntas de acción comunal. Sin embargo, hubo un desvío de estos fondos hacia entidades sin ánimo de lucro, que fueron presentados como supuestas ejecutoras de obras locales en lugar de los organismos oficiales correspondientes, aquello resultó en una falta de control e inspección sobre el uso de esos recursos públicos, que terminaron siendo utilizados para satisfacer intereses políticos, dejando de lado los derechos y necesidades de las comunidades locales, en este orden de ideas, el uso de los auxilios parlamentarios a veces puede ser objeto de controversia debido a preocupaciones sobre la transparencia, la equidad y el posible uso con fines políticos.

La corrupción, persistente y en aumento con el paso del tiempo, planteó un desafío crucial que requería ser abordado en profundidad. Ante este escenario, la Constitución de 1991 de Colombia incluyó una disposición específica para hacer frente a esta problemática. En dicha disposición, se establece enfáticamente que ninguna de las ramas u órganos del poder público está facultada para otorgar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

Esta medida fue concebida como un mecanismo esencial para prevenir el desvío de recursos públicos hacia intereses particulares, frenando así el avance de la corrupción en el país. Sin embargo, la disposición también reconoce la importancia de permitir ciertas formas de colaboración entre el sector público y el privado, siempre y cuando se garanticen los principios de transparencia y legalidad.

En este sentido, se contempla que el Gobierno, a nivel nacional, departamental, distrital y municipal, pueda celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Estos contratos se financiarán exclusivamente con recursos provenientes de los respectivos presupuestos, con el objetivo de impulsar programas y actividades de interés público que estén alineados con el Plan Nacional y los planes de desarrollo seccionales.

El propósito de estos contratos es promover iniciativas que contribuyan al bienestar general de la sociedad, abordando áreas como la educación, la salud, la cultura, el medio ambiente y el desarrollo comunitario, entre otras. Además, se espera que estas asociaciones público-privadas fomenten la innovación, la eficiencia y la participación ciudadana en la gestión de los recursos públicos.

Para garantizar la adecuada aplicación de esta disposición, se establece que el Gobierno Nacional será responsable de reglamentar la materia. Esta reglamentación detallada proporciona las directrices necesarias para la correcta implementación de los contratos entre el sector público y el privado, así como para la supervisión y el control de su ejecución.

Es claro que el mismo apartado dispone que ante tal prohibición, existe la posibilidad de que eventualmente pudieran ser destinatarias de recursos públicos, siempre que contrataran de manera adecuada con la Administración para participar de la adjudicación de esas regalías del Estado, acreditaran idoneidad para llevar a cabo el objeto del contrato, e impulsaran programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo.

Así pues, con la finalidad de suprimir las malas prácticas y disminuir la corrupción

que se venía presentando en cuanto al derroche del erario público, el constituyente decidió utilizar el mecanismo de la contratación con el único fin de controlar el uso de los recursos y el cumplimiento efectivo de la actividad de apoyo.

Este mecanismo contractual les concedía a algunos sujetos de derecho privado (idóneos y eficaces en la ejecución de sus funciones) que desarrollaran actividades meritorias en áreas científicas, culturales, educativas o de solidaridad social y humana, el beneficio de recibir apoyo estatal, con la condición de ser sometidos a procesos de verificación del destino, debido a los recursos y a las modalidades de su ejecución, concernientes a la contratación pública.

De esta manera, con el propósito de evitar la desviación o el uso indebido de los dineros del Estado, la corrupción y el tráfico de prebendas políticas con los recursos públicos, la elección de los sujetos de derecho privado tenía que configurarse bajo el proceso de la contratación estatal, con todos los parámetros objetivos verificables por los ciudadanos y los organismos de control. (Suárez, 2016).

Actualmente, a pesar de los avances constitucionales, se siguen presentando prácticas de corrupción, a través de procedimientos de contratación directa que utilizan estas instituciones benefactoras, con tal de evitar la realización de procedimientos de selección objetiva, y por ende desviar los dineros públicos, para satisfacer fines políticos o particulares que son distintos al interés general. Así pues, de acuerdo con el informe de la Auditoría General de la República (2016), uno de los riesgos más significativos en cuanto a la ejecución de recursos públicos es el uso de la contratación directa como una forma de evitar los procedimientos de selección objetiva, y esto se hace a través de organizaciones sin ánimo de lucro, por lo que, la mayoría de estas contrataciones están vinculadas a entidades sin ánimo de lucro (ESAL), como sindicatos, fundaciones, agencias temporales, cooperativas de trabajo asociado o intermediarios estatales.

En este sentido, al ser utilizadas estas organizaciones para eludir la aplicación de los procedimientos contractuales seguros e imparciales, genera que las entidades públicas están desconociendo el régimen contractual que establece la Ley 80 de 1993, al quebrantar los principios de transparencia, selección objetiva y planeación, que son

imperiosos para asegurar una adecuada y eficaz prestación de bienes y servicios a la comunidad, así como también que se desconozcan “los procedimientos de licitación pública, que constituyen la regla general de contratación según el artículo 2 numeral 1 de la Ley 1150 de 2007, y que permiten la libertad de concurrencia de los proponentes interesados” (Suárez, 2016, p.5).

Ahora bien, desde otra perspectiva, la naturaleza jurídica de las ESAL parte de la garantía constitucional contemplada en el artículo 38 de la Constitución Política que expresa: “Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”. Según este apartado, el Estado debe garantizar la libertad de las personas para reunirse y desarrollar actividades comunes desprovistas del ánimo de lucro. En cuanto al núcleo esencial de este derecho, el cual se refleja en las organizaciones con y sin ánimo de lucro, la Corte Constitucional en sentencia C- 803 del 10 de noviembre de 2009, explica que comprende las siguientes posibilidades:

- i) la de intervenir en la creación de cualquier nueva institución; ii) la de vincularse a cualquiera que hubiere sido previamente creada por iniciativa de otras personas; iii) la de retirarse a libre voluntad de todas aquellas asociaciones a las que pertenezca; iv) la de no ser forzado a hacer parte de ninguna organización en concreto, especialmente como requisito previo al ejercicio de otros derechos (CConst, C- 803/2009, M.P. N. Pinilla Pinilla).

En igual sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004, señaló:

La Constitución Política reconoce el derecho de asociación como la libertad o facultad autónoma de las personas para unir sus esfuerzos y/o recursos, en aras de impulsar conjuntamente la realización de propósitos o finalidades comunes, mediante la adopción para el efecto de distintas formas asociativas, tales como, las asociaciones, corporaciones, sociedades, cooperativas, etc., (CConst, sentencia C-865/ 2004, M.P. R. Escobar Gil).

Según Taibel (2016), el concepto de "sin ánimo de lucro", definido por Chávez (2012), implica que el objetivo principal de una entidad es incompatible con la realización de actividades comerciales o mercantiles que generen beneficios repartidos entre sus miembros. Esta expresión subraya que la entidad debe orientarse hacia el servicio de intereses generales o de utilidad común, en lugar de centrarse en su crecimiento comercial y patrimonial.

Por otro lado, la Sala de lo Contencioso Administrativo, en una sentencia del 9 de agosto de 2012 (expediente 18128), señala que, a diferencia de las empresas comerciales, las Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL) no buscan distribuir beneficios entre sus miembros. En cambio, los beneficios generados se reinvierten para cumplir con su misión o propósito. El núcleo de las ESAL reside en su compromiso con un objetivo específico, evidenciado por la prohibición de distribuir ganancias entre sus integrantes y la no devolución de las contribuciones de los miembros al retirarse o al disolver la entidad. Cualquier excedente debe destinarse a organizaciones con fines similares.

Lo anterior señala que el aspecto fundamental de las Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL) radica en que su objetivo o propósito no persigue una finalidad lucrativa. En este sentido, si la entidad genera excedentes o utilidades, estos no deben ser distribuidos entre sus miembros, sino que deben ser reinvertidos en el cumplimiento del propósito principal que une a los asociados. Esto resalta la naturaleza no lucrativa de las ESAL, diferenciándolas claramente de las empresas comerciales.

Las ESAL se constituyen a partir del derecho de asociación, un derecho garantizado por la Constitución Política. Este derecho permite que tanto personas naturales como jurídicas se unan para crear este tipo de entidades. Al constituirse, las ESAL adquieren personería jurídica independiente, lo que les otorga capacidad legal propia, separada de la de sus miembros, de manera similar a lo que ocurre con las sociedades comerciales. Sin embargo, a diferencia de estas últimas, las ESAL están diseñadas para cumplir con fines sociales o comunitarios, sin perseguir la distribución de ganancias entre sus integrantes. (Alfaro, 2011).

El hecho de que las Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL) se constituyan

jurídicamente desde su creación sin la necesidad de un permiso previo o licencia de funcionamiento refleja un reconocimiento del derecho fundamental de asociación, consagrado en la Constitución. Este enfoque facilita la formación de estas entidades, permitiendo que cualquier grupo de personas, con un propósito común y no lucrativo, pueda organizarse sin barreras administrativas que retrasen su constitución.

Sin embargo, aunque la creación de una ESAL es relativamente simple, no debe interpretarse como una falta de regulación. El cumplimiento de obligaciones como el registro de estatutos, reformas, libros, administradores, disolución y liquidación es esencial para garantizar la transparencia y la seguridad jurídica tanto para la entidad como para terceros. Estos requisitos no solo aseguran la publicidad y oponibilidad de la ESAL frente a terceros, sino que también son mecanismos de control que buscan evitar el mal uso de la figura de la ESAL, garantizando que estas organizaciones se mantengan fieles a su misión y no se desvíen hacia fines lucrativos encubiertos.

Este equilibrio entre la facilidad de creación y las obligaciones posteriores es clave para el funcionamiento adecuado de las ESAL. Aunque la normativa prohíbe la exigencia de requisitos adicionales fuera de los establecidos en leyes especiales, es crucial que las ESAL cumplan estrictamente con sus deberes legales para mantener la confianza pública y asegurar su operatividad en el ámbito social.

Desde una perspectiva crítica, es importante considerar que la ausencia de un control previo podría facilitar la creación de ESAL que no siempre operen con los fines para los cuales fueron diseñadas. Por lo tanto, la verdadera eficacia del marco regulatorio depende del cumplimiento riguroso de las obligaciones posteriores y de una supervisión adecuada por parte del Estado y la sociedad civil. Este modelo subraya la confianza en el autogobierno y la autorregulación de las ESAL, pero también exige un compromiso continuo de todas las partes involucradas para que estas entidades realmente cumplan con sus objetivos no lucrativos y contribuyan al bien común. (Valdivieso, 2004).

Por su parte, la Ley 489 de 1998 en su artículo 32, que fue modificado por la Ley 1474 de 2011 en su artículo 78, señaló que es responsabilidad de todas las entidades y organismos de la Administración Pública llevar a cabo sus funciones de acuerdo con los

principios fundamentales de la democracia participativa y la democratización de la gestión pública. Con este fin, se les otorga la facultad de emprender todas las medidas necesarias para involucrar a los ciudadanos y a las organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública. Entre las acciones posibles se encuentra la incentivación para la creación de asociaciones y mecanismos de asociación de intereses destinados a representar a los usuarios y ciudadanos.

Con la promulgación de esta norma, “las ESAL se convierten en una herramienta esencial para impulsar el desarrollo y progreso del país, a través de la ejecución de actividades contractuales no sólo con el Estado, sino también con particulares” (Alfaro, 2011, p. 42). De esta manera, existe una regulación complementaria en lo atinente a asuntos contractuales de estas ESAL, esta se encuentra establecida en los artículos 633 a 652 del Código Civil, en el Decreto N° 2150 de 1995 y en el Decreto Reglamentario N°427 de 1996, los cuales contienen los requisitos sustanciales para que estas personas jurídicas puedan existir válidamente dentro del orden jurídico colombiano y por ende dentro del escenario público contractual (constitución, registro, inscripción de estatutos, reformas, libros, disolución y liquidación). Así pues, dispone el artículo 633 del Código Civil Colombiano que, dentro del género de las ESAL, se encuentran las especies de las corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.

De acuerdo con Valencia (2002), la primera categoría de entidades surge de la unión de personas que se agrupan con el fin de alcanzar un objetivo común, donde la decisión colectiva es fundamental para su establecimiento y funcionamiento continuo. Por otro lado, la segunda categoría se caracteriza por la dedicación de recursos financieros por parte de un fundador con el objetivo de promover un beneficio general para la sociedad. A pesar de estas diferencias, ambas formas de organización comparten un origen común: el acuerdo voluntario entre varias personas para llevar a cabo un fin social (Penagos, 2004).

Este planteamiento destaca la importancia del consenso y la intención colectiva en la creación de estas entidades, subrayando que, independientemente de su estructura

específica, el propósito subyacente siempre es la consecución de un bien social. La diferencia principal radica en cómo se materializan los recursos y esfuerzos para alcanzar dicho propósito, ya sea a través de la acción colaborativa de un grupo o mediante la contribución económica destinada a una causa de interés público. Este enfoque revela la diversidad de caminos posibles para el cumplimiento de fines sociales, pero también la necesidad de un compromiso claro y compartido por parte de quienes impulsan estas iniciativas.

Empero, entre ellas existen diferencias, pues, mientras que en las Corporaciones o asociaciones prima el factor personal, persiguen un fin determinado por sus miembros y estos últimos son quienes aportan los medios para la subsistencia de la misma; en las fundaciones, en cambio, prevalece el factor real, se orientan hacia la consecución de un fin trazado por el fundador y se sostienen con los recursos que éste suministra, exclusivamente (Arciniegas, 1982).

Seguido a ello, el artículo 634 del Código Civil establece que era la persona jurídica aquella que fuera creada o establecida por una ley. En ese período, era el legislador supremo quien poseía la autoridad para conceder o denegar la autorización necesaria para que una entidad legal pudiera ser establecida, por lo que, se consideraba riesgoso permitir la formación libre de asociaciones, por lo que se requería que el grupo que buscaba obtener su reconocimiento como entidad jurídica fuese más que una simple asociación con objetivos legales; además, se imponía el requisito de que su propósito beneficiara al interés general, en consecuencia, la autorización se convertía en un reconocimiento de utilidad pública (Torrente, 2001).

Las personas jurídicas de carácter privado se originan dentro del ámbito del derecho privado, lo que implica que su funcionamiento y regulación están sujetos a las normas establecidas por este marco legal. Este tipo de entidades, como asociaciones, fundaciones y sociedades, deben actuar en conformidad con los principios fundamentales del derecho privado, respetando no solo las disposiciones legales y constitucionales vigentes, sino también las buenas costumbres y las normas éticas que rigen la convivencia social. Esto asegura que su actividad no solo sea legal, sino también

moralmente aceptable dentro de la sociedad en la que operan.

El marco normativo que regula a estas entidades privadas también exige que su funcionamiento interno esté claramente delineado en los estatutos. Estos estatutos no son meros documentos administrativos, sino que constituyen la expresión formal de los objetivos, principios y compromisos asumidos por los miembros de la entidad. En ellos se detallan aspectos clave como la estructura organizativa, los derechos y deberes de los asociados, y las normas que guiarán el actuar de la entidad. Este documento, en esencia, es el pacto social que rige la vida interna de la persona jurídica y garantiza que sus operaciones se alineen con su propósito fundacional.

A pesar de su origen y operación en el ámbito privado, estas personas jurídicas no están exentas de control por parte del Estado. En particular, la administración pública, a través de las alcaldías en el lugar donde la entidad tiene su sede principal, ejerce una supervisión que busca asegurar el cumplimiento de las normas legales y los estatutos establecidos. Este control no es solo formal, sino que implica una vigilancia continua para garantizar que la entidad cumpla con sus obligaciones legales y que su actividad se mantenga dentro de los límites del orden público y las buenas costumbres.

La intervención de las alcaldías y otras autoridades competentes es fundamental para asegurar que las personas jurídicas privadas no se desvíen de sus propósitos originales ni infrinjan la ley. Este control también protege a los miembros y a terceros de posibles abusos o malas prácticas que podrían surgir dentro de la organización. Por tanto, aunque estas entidades gozan de autonomía para gestionar sus asuntos internos, están obligadas a operar dentro del marco legal y bajo la vigilancia estatal, lo que asegura un equilibrio entre su libertad de acción y el cumplimiento de los principios que rigen el orden social.

Este sistema de regulación y control refuerza la idea de que, aunque las personas jurídicas privadas están diseñadas para operar en función de intereses particulares, deben hacerlo de manera que no contravengan el bien común, los principios de legalidad y las normas éticas que sostienen la estructura social en su conjunto. (Naranjo, 2014).

En suma, el objetivo primordial de las ESAL es su finalidad no lucrativa, orientada hacia el interés público (Tafur, 1991), esto las acerca a las metas y acciones propias del Estado, lo que les brinda un trato favorable y en ocasiones ciertas prerrogativas estatales. Sin embargo, a cambio, el Estado ejerce una supervisión y control especial sobre ellos para garantizar el cumplimiento adecuado de actividades de interés general y el correcto de los recursos asignados. Esta supervisión puede implicar el ejercicio de poderes de orientación e intervención en la gestión de las entidades, ya sea mediante la participación de representantes estatales en sus órganos internos o mediante la exigencia de requisitos de validez para sus acciones, que requieren autorizaciones o aprobaciones de las autoridades competentes (Tafur, 1991).

Las Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL) en la legislación colombiana han evolucionado más allá de ser simplemente el resultado de un acuerdo de voluntades entre individuos, regulado por el derecho privado. Originalmente concebidas para promover actividades humanitarias, de bien común o de beneficio general, estas entidades han adquirido un rol mucho más significativo en el marco del ordenamiento jurídico y social del país. Su transformación en un mecanismo que no solo facilita, sino que también garantiza, el derecho constitucional de libre asociación, destaca su relevancia en el contexto del Estado colombiano.

Este cambio refleja una profunda reconfiguración del papel de las ESAL en la sociedad. Al trascender su función inicial de promover intereses colectivos, estas entidades se han convertido en un vehículo esencial para la participación ciudadana en la esfera pública. En otras palabras, las ESAL no solo representan los intereses de sus miembros, sino que también actúan como actores clave en la consecución de los fines del Estado. Esta doble función—como promotoras de objetivos específicos y como garantes de derechos constitucionales—les otorga una importancia que va más allá de lo puramente privado.

Desde una perspectiva crítica, es importante destacar que esta evolución también plantea desafíos y tensiones. Al asumir un papel más amplio en la consecución de los fines estatales, las ESAL se encuentran en un espacio de interacción entre lo privado y

lo público que puede generar conflictos. Por un lado, la naturaleza no lucrativa y voluntaria de estas organizaciones puede entrar en contradicción con las exigencias de eficiencia y eficacia que se asocian a las políticas públicas. Por otro lado, su autonomía puede verse limitada por las regulaciones y controles que el Estado impone para asegurar que contribuyan efectivamente a los objetivos colectivos.

Además, esta nueva función de las ESAL como garantes del derecho de libre asociación y su papel en la realización de los fines del Estado también abre la puerta a una mayor responsabilidad y escrutinio. Si bien las ESAL son cruciales para llenar los vacíos donde el Estado no puede o no quiere actuar, también deben rendir cuentas no solo a sus miembros, sino a la sociedad en general. Su contribución al bien común debe ser evaluada continuamente para garantizar que realmente estén cumpliendo con los fines para los que fueron creadas y no se conviertan en instrumentos para intereses particulares disfrazados de causas colectivas. (Naranjo, 2014).

1.2 Noción de las entidades sin ánimo de lucro

En una sociedad en donde el sistema económico capitalista ha triunfado rampantemente, la idea de movimiento de capital que genere utilidades y produzca riqueza es el ideal implantado en la mentalidad del ser humano actual, por lo anterior se ha producido lo que se ha denominado el capitalismo salvaje caracterizado por el ánimo de lucro a toda costa sin importar las consecuencias de ello sin el más mínimo rastro de sentido humano y solidaridad social resultando entonces las grandes desigualdades que caracterizan los países de América latina.

La pobreza derivada de la desigualdad de las naciones y la mala distribución de la riqueza ha sido una de las grandes preocupaciones de los Gobernantes, el costo social de una sociedad mayoritariamente pobre se aumenta de tal manera que vuelve financieramente inviable un estado, razón por la cual se han implementado diferentes estrategias para la mitigar el efecto que produce mantener una población vulnerable por extrema desigualdad desde un ámbito privado y desde hace varios años nace una

disciplina llamada economía social soportada en las denominadas Empresas de Economía Social (en adelante ES).

En el entendimiento presentado por Salgado en 2008, la Economía Social (ES) abarca diversas organizaciones que incluyen algunas ONGs, juntas comunales, cajas de compensación, fundaciones y asociaciones que promueven el bienestar económico, entre otras entidades similares. Estas organizaciones se distinguen porque, aunque proveen beneficios a los sectores populares, las personas que reciben estos beneficios no participan en la propiedad ni en la gestión de las entidades, ni contribuyen financieramente a las mismas; su papel se limita al de beneficiarios de las acciones y aportes de terceros.

A diferencia de la ES, la economía solidaria se caracteriza por una participación más activa de sus miembros, quienes no solo se benefician de los servicios y productos ofrecidos, sino que también contribuyen como inversionistas o aportantes financieros, además de desempeñar roles de copropietarios, gestores, y consumidores. Esta dualidad de roles fomenta una mayor implicación y responsabilidad en la gestión y los resultados de las organizaciones pertenecientes a la economía solidaria.

Esta estructuración nos ayuda a entender la ES como un sistema complejo que, aunque centrado en el bienestar social, opera bajo diversos formatos y modelos organizacionales, cada uno con sus propias características y objetivos específicos.

El segundo subsector es el de no mercado, donde se encuentran entidades privadas, mayormente asociaciones y fundaciones, que proveen servicios a terceros, como familias y hogares. Estas entidades pueden comercializar en los mercados, pero a precios económicamente poco significativos. Sus principales fuentes de recursos son las donaciones, las cuotas de socios y las subvenciones, entre otros. Es importante mencionar que los excedentes, en caso de haberlos, no pueden ser apropiados por los miembros de la entidad, y se identifican generalmente como instituciones sin fines de lucro (Grosso, 2013).

Conforme a la definición anterior se empieza a ubicar conceptualmente sobre una de las instituciones más preponderantes en relación con el objeto de estudio del presente trabajo, esto es que, las ESAL estas hacen parte de un macro sistema de ES, ubicado especialmente en el subsector del no mercado, que se distinguen por la ausencia de ánimo de lucro y perseguir un fin meramente social, por lo tanto dentro de los socios no se permite el reparto de utilidades solo acrecentar el patrimonio de la ESAL para el desempeño de su fin social.

Sin duda alguna, el derecho de asociación es fundamental en la creación de las ESAL, el constituyente entendió la importancia del mencionado derecho para el desarrollo de la economía del país y lo dejó implantado en los artículos 38 y 39 de la Constitución Política Colombiana garantizando a toda persona la libertad de reunirse y asociarse para realizar cualquier tipo de labor, esto es importante para entender el contexto de cómo se forman, como se desarrollan, como funcionan y como se liquidan las ESAL.

Las Cámaras de Comercio son instituciones que, a pesar de su carácter privado, desempeñan un papel fundamental en colaboración con el Estado para cumplir funciones de interés público. Una de estas funciones es la de llevar registros públicos de las personas que realizan actos de comercio, lo que implica mantener registros mercantiles, de proponentes y, según el Decreto 2150 de 1995, registros de Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL). No obstante, es importante señalar que las Cámaras de Comercio no son las únicas entidades encargadas de llevar el registro de ESAL, ya que algunas de estas organizaciones no están obligadas a registrarse en las Cámaras de Comercio. Dependiendo del ámbito, la responsabilidad del registro puede recaer en diferentes entidades estatales, como instituciones de educación superior, entidades del sector salud, entidades del sector defensa y otras más.

Según lo señala Gaitán (2014), el Decreto 427/1996 ha intentado clasificar las ESAL de la siguiente manera:

- a) ESAL Gremiales: Integradas por personas que comparten una misma profesión u oficio.

b) ESAL de Beneficencia: Establecidas con el propósito de brindar apoyo a personas de bajos recursos.

c) ESAL de Profesionales: Creadas para generar beneficios específicos para un grupo particular de profesionales.

d) ESAL Juveniles: Orientadas a desarrollar actividades con la juventud y fomentar su participación en la sociedad.

e) ESAL Sociales: Destinadas a la recreación y esparcimiento de la sociedad, a menudo funcionando como clubes sociales.

f) ESAL de Bienestar Social: Establecidas para promover una mejor calidad de vida en la comunidad.

g) ESAL Democráticas y Participativas: Creadas para fomentar la democracia y la participación ciudadana en diversos ámbitos de la gestión pública.

h) ESAL Cívicas y Comunitarias: Orientadas a promover el desarrollo integral del individuo en la sociedad.

i) ESAL de Egresados: Fundadas por exalumnos de instituciones educativas con el fin de promover el bienestar y la solidaridad entre ellos.

j) ESAL de Ayuda a Indigentes, Drogadictos e Incapacitados: Establecidas para apoyar la rehabilitación social de personas marginadas por sus circunstancias.

k) ESAL Agropecuarias y de Campesinos: Creadas por aquellos que se dedican a actividades agrícolas, pecuarias, forestales, piscícolas y avícolas, con el objetivo de satisfacer los intereses de sus asociados y contribuir al desarrollo del sector rural.

Por otra parte, de acuerdo a los datos aportados por la Cámara de Comercio de Bogotá las ESAL de más frecuente uso son las fundaciones, asociaciones y

corporaciones, entidades del sector solidario, veedurías ciudadanas y entidades extranjeras de derecho privado sin ánimo de lucro con domicilio en el exterior, y por su importancia es necesario hacer un acercamiento al concepto de cada ellas y poder entender sus semejanzas y diferencias.

La Real Academia Española (RAE) define a la fundación como “persona jurídica dedicada a la beneficencia, ciencia, enseñanza o piedad, que continúa y cumple la voluntad de quien la erige”. Dentro de la normativa colombiana no se encuentra definición expresa de las fundaciones, sin embargo, el Código Civil hace un acercamiento de la significancia de esta, en el libro primero título 36 artículos 633 a 652, en los cuales dispone que: “se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública” (Código Civil colombiano, 1887).

Así mismo, el artículo 634 establece que no son personas jurídicas las fundaciones que no se hayan establecido en virtud de la ley, incluyéndole un formalismo para la constitución de una fundación que más adelante es regulado por el Decreto 1529 de 1990, por el cual se reglamenta el reconocimiento y cancelación de personerías jurídicas de asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, en los departamentos.

Por su parte, el artículo 652 del Código Civil determina que las fundaciones fenecen por la pérdida de los bienes destinados a su sostén. A pesar de la falta de una definición precisa, las explicaciones del Código Civil permiten deducir que el Consejo de Estado, en su Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 773 de 1996, ha puntualizado lo siguiente:

- Las fundaciones son establecidas por la voluntad de sus fundadores, quienes determinan su objeto para multas de utilidad pública o interés social, sin ánimo de lucro, siempre que no contravengan la ley o el orden público.
- Los fundadores pueden participar en las actividades y desarrollo del objeto de interés social de la fundación e incluso configurar elementos de las

asociaciones, en consonancia con la libertad de asociación y la actividad privada.

- El patrimonio de la fundación es fundamental para su existencia y las funciones de inspección y vigilancia estatal deben preservar su correcta aplicación y conservación.
- La creación de una fundación implica afectar un patrimonio con el propósito de alcanzar los objetivos de interés social establecidos por el fundador, siendo este patrimonio un elemento esencial de su creación y subsistencia.

Según las reflexiones de Villar en su obra "Las Fundaciones en Colombia" (2018, p.12), se debe añadir lo que él denomina "la definición operativa de fundación". Según esta definición, las fundaciones son entidades sin ánimo de lucro que cuentan con una fuente de activos e ingresos estables, lo que garantiza su viabilidad independiente del levantamiento de recursos de terceros y asegura su continuidad en el tiempo. En este sentido, al menos el 50 % de sus recursos de funcionamiento provienen de una fuente privada (Villar, 2018).

Entonces, este criterio analizado por Villar (2018) indica que existen fundaciones de dos tipos, por un lado, aquellas que no dependen de una fuente estable de financiación y sus recursos salen de presentación de proyecto, prestaciones de bienes o servicios o de la Contratación en general, y, por otro lado, otras que sí tienen una fuente estable de recursos derivada de empresas, conjunto de empresas, familias o conjuntos de familias que permiten tener una operabilidad mucho mayor, lo que permite dilucidar un enfoque diferente al análisis de las fundaciones, su patrimonio, su funcionamiento y su existencia.

En este punto, la definición de Corporación y Asociación en el marco de las ESAL se vuelve necesaria para diferenciarlas de la fundación, al respecto no existe una definición expresa en la normativa sobre la misma, sin embargo, algunos la definen como la que nace de la voluntad de varios asociados o corporados, los cuales pueden ser personas naturales o jurídicas (privadas y públicas) y que tienen como finalidad ofrecer bienestar físico, intelectual, o moral, a sus asociados y/o a la comunidad en general

(Gaitán, 2014), para las corporaciones y asociaciones la base fundamental se encuentra en las personas que las conforman y no en su patrimonio como en las fundaciones, y al construirse sobre la base de las personas fundadoras la existencia de la corporación o asociación, no se desprende de la liquidación de su patrimonio sino de la coexistencia de los asociados o corporados.

Explorando las estructuras legales que fundamentan la Economía Solidaria en Colombia, es crucial reconocer su papel significativo en el progreso económico nacional. Estas entidades no solo abarcan múltiples sectores de la economía, sino que también incorporan a una vasta cantidad de ciudadanos. Conforme a la información proporcionada por la Confederación de Cooperativas de Colombia (Confecoop), para el año 2019, existían 3.205 cooperativas en el país, que reunían a más de 6 millones de personas. Entre estas, las cooperativas financieras y de crédito se destacan particularmente, operando en 25 diferentes sectores económicos. Estos sectores, bajo el paraguas del sector solidario, han generado activos aproximados a los 30 billones de pesos durante ese año.

Las entidades que conforman este sector se guían por principios esenciales como el cooperativismo, la solidaridad, la ayuda mutua y la autogestión. Estos principios no solo definen la operación interna de las entidades, sino que también moldean la oferta de bienes y servicios destinados a mejorar la calidad de vida de los asociados y de sus familias. Las principales formas jurídicas que adoptan estas entidades incluyen cooperativas, precooperativas, cooperativas de trabajo asociado, asociaciones mutuales y fondos de empleados.

Cada una de estas figuras tiene su propia especificidad y se encuentra sujeta a un marco regulatorio detallado, que incluye la Ley 454 de 1998, la Ley 79 de 1988, y los Decretos 1481 y 1480 de 1989. Este marco legal no solo establece las bases de operación para estas entidades, sino que también asegura un entorno de funcionamiento justo y transparente, fomentando la confianza y la estabilidad en el sector. Este robusto sistema regulatorio es esencial para mantener la integridad y la efectividad del modelo de economía solidaria en Colombia, según se detalla en los análisis de Gaitán (2014).

Las Cooperativas se definen como empresas asociativas sin fines de lucro, en las cuales sus miembros realizan aportes en dinero para su funcionamiento, estos aportes se caracterizan por ser permanentes, mínimos e irreducibles. Por su parte, Gaitán (2014) destaca que, los trabajadores y usuarios de estas cooperativas se encargan de gestionar de manera autónoma el desarrollo de su objetivo social, produciendo o distribuyendo bienes y servicios que satisfacen las necesidades de los asociados.

Para su creación, se requiere un mínimo de 20 personas como constituyentes, y también deben acreditar haber recibido capacitación en cooperativismo por un mínimo de veinte (20) horas, emitido por la Unidad Administrativa Especial de Organizaciones Solidarias, según lo establecido en la Ley 79 de 1988. Estas cooperativas están sujetas a la supervisión de la Superintendencia de la Economía Solidaria, como se establece en la Ley 454 de 1998. (Gaitán, 2014).

Según la guía práctica de la Cámara de Comercio de Bogotá, una precooperativa es una entidad que, con el apoyo de otra ya establecida, realiza actividades cooperativas, pero debido a limitaciones económicas, educativas, administrativas o técnicas, no puede constituirse inicialmente como una cooperativa. Debe evolucionar hacia una cooperativa en un plazo de cinco años, prorrogable por la Superintendencia de la Economía Solidaria. La precooperativa se forma con un mínimo de cinco asociados, quienes deben tener una capacitación en cooperativismo de al menos veinte horas, emitida por la Unidad Administrativa Especial de Organizaciones Solidarias. (Gaitán, 2014).

Respecto a las Cooperativas de Trabajo Asociado, estas fueron creadas por la ley colombiana, como organizaciones en las cuales un conjunto de personas naturales aporta sus recursos y capacidad de trabajo, con el fin de asociarse y acumular bienes, realizar obras y prestar servicios, tienen una normativa especial regulada por la Ley 79 de 1988, el Decreto 4588 de 2006, la Ley 1233 de 2008, la Ley 1429 de 2010, el Decreto 2025 de 2011.

Frente a las asociaciones mutuales conforme al Decreto 1480 de 1989, éstas son personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro que se constituyen de manera libre y democrática por personas naturales y bajo el principio de solidaridad se

constituyen para brindar ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer las necesidades mediante la prestación de servicios de seguridad social, el artículo 43 ídem especifica que son prestaciones mútues las asociadas a asistencia médica, farmacéutica, funeraria, subsidios, ahorro y crédito y actividades culturales, educativas, deportivas o turísticas (D.1480/1989).

Los Fondos de empleados por su parte se forman por un grupo de trabajadores subordinados sea por una empresa de carácter público o privado o de varias empresas con una misma actividad con el fin de prestar servicios de bienestar social, ahorro y crédito. Según Gaitán (2014) los fondos de empleados se forman con un mínimo de diez (10) trabajadores y están sujetos a la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia de la Economía Solidaria. Su regulación se encuentra establecida en el Decreto 1481 de 1989, así como en las Leyes 79 de 1988 y 454 de 1998.

Terminada la conceptualización de las empresas de economía solidaria y sus principales emblemas se abre paso ahora a otra importante figura de las ESAL, en especial para el control social en los diferentes niveles, públicos o privados, estas son las Veedurías Ciudadanas.

Por otro lado, el artículo 40 de la Constitución Política Colombiana garantiza que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, abriendo paso a las veedurías las cuales fueron reglamentadas posteriormente por la Ley 850 de 2003, haciendo responsable al estado de promover y facilitar a la ciudadanía por medio de mecanismos de participación, el control y vigilancia de la gestión pública. (Ángel, 2016).

Esta gestión pública se agota en todas las instancias del esquema orgánico del estado, pasando por esquemas administrativos, legislativos, judiciales hasta los grandes proyectos de iniciativas privadas o de organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional, por ello las veedurías pueden conformarse u organizarse desde asociaciones comunitarias, de profesionales, sindicales, juveniles o de cualquier otra manera. Finalmente, se tienen a las entidades extranjeras de derecho privado sin ánimo de lucro con domicilio en el exterior que establecen negocio permanente en Colombia,

estas pueden ser entidades de carácter privado u Organizaciones No Gubernamentales (ONG), cuya finalidad va a ser siempre el desarrollo de actividades de beneficio común sin fines de lucro. Estas deben registrarse en la Cámara de Comercio del lugar donde vayan a ejercer sus principales movimientos a fin de protocolizar su existencia y representación legal dentro del país. (Gaitán, 2014).

1.3 Las entidades sin ánimo de lucro en la Constitución Política de Colombia de 1991

Si bien es cierto, se tiene que las ESAL son entes que nacen de la facultad de asociación otorgada por la propia carta fundamental, según la cual, se reconoce en Colombia la libertad de asociación para la realización de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad, prerrogativa emanada por la Constitución Política en su artículo 38, que reza: “Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”. Por su parte, Alfaro (2011) señala que, uno de los aspectos significativos de las ESAL es que pueden ser creadas por personas, tanto naturales como jurídicas, que al establecerlas obtienen una personalidad jurídica independiente, similar a lo que sucede con las sociedades comerciales. Además de esta característica, una vez registradas en la Cámara de Comercio, las ESAL tienen la capacidad de ejercer derechos, asumir obligaciones y ser representadas tanto en instancias judiciales como extrajudiciales.

La existencia de estas ESAL es de gran importancia social y jurídica para la sociedad, ya que el Estado puede utilizarlas para impulsar programas y actividades de interés público, alineados con el plan nacional y los planes de desarrollo regionales. Esto se debe a su naturaleza jurídica y sus atributos propios, lo que las convierte en un instrumento valioso para el desarrollo de iniciativas que benefician a la comunidad. (Alfaro, 2011).

Tal como lo menciona Gaitán (2006), esta función estatal no es meramente simbólica, sino que tiene un impacto directo en la existencia legal de estas entidades, abarcando desde su creación hasta su eventual disolución. Este marco de supervisión asegura que las ESAL actúen conforme a sus objetivos fundacionales y en alineación

con el interés público.

La supervisión ejercida por el Estado es esencial para garantizar la transparencia y responsabilidad de las ESAL. Dado que estas organizaciones manejan recursos y llevan a cabo actividades con efectos significativos en la comunidad, es fundamental que su funcionamiento sea acorde con las normas y principios establecidos. La vigilancia por parte del Estado tiene como objetivo evitar posibles desviaciones y asegurar que las ESAL mantengan su misión social, evitando que se conviertan en vehículos de intereses particulares o lucrativos.

Naranjo (2014) señala que, aunque las asociaciones, corporaciones y fundaciones se originan en el ámbito del derecho privado, su creación y funcionamiento tienen un respaldo constitucional. Este reconocimiento en la Constitución no solo legitima su existencia, sino que también establece una conexión entre los derechos privados y las obligaciones públicas, subrayando la importancia de estas entidades en la estructura social. Así, aunque las ESAL surgen de iniciativas privadas, su relevancia y regulación están profundamente enraizadas en el marco constitucional, lo que les confiere un carácter especial.

Este entorno legal implica que las ESAL no solo dependen de acuerdos entre particulares, sino también de su adherencia a las leyes y principios del Estado. La intervención estatal, que abarca desde la supervisión inicial hasta la liquidación, es fundamental para asegurar que estas entidades se mantengan fieles a sus objetivos sociales y no se desvíen hacia actividades contrarias a su naturaleza. Además, este control garantiza que las ESAL continúen sirviendo al bien común, en lugar de convertirse en medios para la obtención de beneficios privados.

En este sentido, si las asociaciones, corporaciones y fundaciones terminan siendo uno de los principales mecanismos que desarrollan el derecho de libre asociación, resulta imperioso resaltar que debido a esa renuncia por sus intereses individuales terminan asimilándose a las acciones del estatales. La expresa semejanza entre los deberes estatales y las ESAL, conduce a que sean reconocidas por el Constituyente primario de 1991, para que por medio de ellas, el Estado continúe cumpliendo con sus fines,

especialmente los que conllevan a la protección de la población más desfavorable junto con la participación de los particulares; es por ello que después de haber prohibido la transferencia de recursos públicos a las entidades estatales, autoriza al gobierno para la celebración y ejecución de contratos con las ESAL, dirigidas a ejecutar políticas, programas o actividades enmarcadas en los planes de desarrollo (Naranjo, 2014).

La única referencia expresa de las ESAL en la Constitución Política Colombiana de 1991 está en el artículo 355, en este particularmente menciona que las entidades territoriales en todos los niveles y el gobierno nacional podrán con cargo a sus presupuesto suscribir contratos con ESAL de reconocida idoneidad con el único fin de impulsar programas y actividades de interés público acorde a los planes de desarrollo, en el inciso final indica que el Gobierno Nacional regulará la forma de hacerlo (Constitución Política de Colombia, 1991).

Inicialmente el inciso 2 del artículo 355 de la Constitución Política fue regulado por el Decreto Nacional No. 777 del 16 de mayo de 1992 y el Decreto Nacional 842 del 29 de mayo de 1992, este último reglamentando los contratos que se celebren con institutos docentes de educación formal y de educación especial a pesar de lo anterior no lograron aportar criterios que le permitan al ordenador del gasto elegir a la mejor entidad para la asociación, esto alarmó a distintos sectores entre ellos el académico que observaba con intranquilidad una falta de ilustración primero para saber cuáles son los requisitos esenciales para hacer un convenio de cooperación y segundo para escoger a las ESAL correcta.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-254 de 1996 afirmó que la prohibición de auxilios y donaciones no elimina la función benéfica del Estado. Aunque se permite el uso de herramientas contractuales para satisfacer necesidades con ESAL idóneas, las Entidades Públicas deben asignar recursos públicos a personas de derecho privado con excepciones. (CConst. C-254/1996 M.P. E. Cifuentes Muñoz).

Sin embargo, es preciso considerar que en múltiples ocasiones la asignación de recursos públicos para atender necesidades de la comunidad, no se podrá enmarcar dentro de las condiciones contractuales que al respecto enuncia la Constitución,

solamente algunas referencias legales autorizan expresamente la suscripción de convenios derivados del inciso 2 del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, como por ejemplo la Ley 1480 de 2012 frente a temas de asociaciones que busquen la garantía de los derechos al consumidor, la Ley 104 de 1993 frente a temas de víctimas de atentados terroristas, la Ley 77 de 1993 frente a Academia Colombiana de Historia Eclesiástica y a la Academia de Ciencias Económicas, la Ley 433 de 1998 frente al Patronato Colombiano de Artes y Ciencias, para los demás temas que se enmarquen de interés público, no existía limitación alguna para la celebración de dichos convenios. (Avellaneda, 2017).

Además, la flexibilidad para la suscripción de convenios de asociación se convirtió en una mala práctica que por medio del abuso de la excepcionalidad evita la utilización del Estatuto General de Contratación Pública y todas sus bondades, esto es, un proceso que respeten los principios generales de la contratación estatal, transparencia, igualdad de proponentes, selección objetiva, publicidad. Al punto que el mismo Gobierno Nacional más adelante debió expedir un nuevo decreto para tratar los yerros generados del Decreto 777 de 1992. (Gómez y Díaz, 2018)

A su vez, los Convenios de Asociación o Cooperación como fueron conocidos los que se celebraban con las entidades territoriales en virtud del artículo 355 ibidem en un principio tuvieron dificultades sobre los requisitos esenciales para celebrar un convenio de asociación y en especial el requisito de idoneidad ello en parte a que jurisprudencialmente no hubo una unificación lo que consecuentemente propició una inadecuada gestión de los recursos públicos los cuales no cumplían con ningún criterio de selección previsto en el Estatuto General de Contratación (García, 2013).

De ahí que, otra de las grandes incógnitas giraba en torno a si los convenios de asociación o cooperación podrían acogerse para atender las acciones dirigidas a adelantar la infraestructura o de obras civiles y de suministros o la prestación de servicios especiales ante lo cual evidentemente se busca omitir la contratación bajo el régimen general de contratación estatal, buscando subcontratar de forma directa con la excusa de los convenios de asociación. (Naranjo, 2014).

En 2017, el Gobierno Nacional emitió el Decreto 092 del 23 de enero, con el propósito de derogar el Decreto 777 de 1992 y regular cómo las entidades públicas contratan con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad. El objetivo era impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o planes seccionales de desarrollo, en concordancia con el artículo 355 de la Constitución Política. (D. 092/2017). El artículo 2 del mencionado decreto establece las condiciones para suscribir el Convenio derivado del inciso 2 del artículo 355 de la Constitución Nacional, las cuales son:

(a) El contrato debe estar alineado con programas de interés público, enfocándose en la promoción de derechos y diversidad.

(b) No implica una relación de intercambio equitativo ni instrucciones detalladas para el contratista.

(c) Se prefiere la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro si optimiza recursos públicos; de lo contrario, se aplican las normativas de la Ley 80 de 1993.

Así mismo, el Decreto 092 de 2017 establece en su artículo 3 que las ESAL de reconocida idoneidad son aquellas que demostrarán ser adecuadas y aptas para llevar a cabo las actividades objeto del proceso de contratación, contando con experiencia en el ámbito a contratar. La entidad estatal será responsable de determinar los documentos necesarios para acreditar dicha experiencia, siguiendo las pautas y criterios establecidos en la guía emitida por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. (D. 092/2017).

Posteriormente, en el artículo cuarto del mismo decreto, se establece la normativa para la selección cuando existen varias ESAL de reconocida idoneidad. No obstante, aclara que esta norma no será aplicable cuando el objeto del Proceso de Contratación se refiera a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, las cuales solo pueden ser desarrolladas por ciertas personas naturales o jurídicas. (D. 092/2017).

Queda claro entonces que la aplicación de las normas y principios del Régimen

General de Contratación Estatal deben estar inmersas para la suscripción de los convenios de asociación conforme a los artículos 7, 8 y 9 del Decreto 092 de 2019 inclusive publicarse en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP), y con ello evitar la mala utilización de los convenios de asociación para actos de corrupción.

No obstante, para algunos juristas la reciente reglamentación derivada del Decreto 092 de 2017 no resolvió de fondo los grandes problemas de la suscripción de los convenios de asociación, es por ello que el 08 de junio de 2017 un grupo de ciudadanos profesionales en Derecho en ejercicio del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, solicitaron se declarara la nulidad de algunos apartes del mencionado Decreto, alegando tres argumentos (Consejo de Estado, 2017), a saber:

i) El Decreto es considerado inconstitucional por no definir claramente el concepto de "reconocida idoneidad" en concordancia con el artículo 355 Constitucional, utilizando una fórmula abstracta que omite principios como transparencia y mérito.

ii) Se cuestiona la delegación de la expedición de reglamentos a Colombia Compra Eficiente, argumentando que va en contra de la intención Constitucional de asignar esa competencia al Gobierno Nacional, ya que la agencia no forma parte de este último.

iii) Se critica el exceso de facultad reglamentaria del Gobierno al establecer un proceso competitivo de selección de contratistas en lugar de reconocer la contratación directa, considerando que solo el Congreso puede crear un procedimiento de selección según el artículo 150 de la Constitución.

Adicionalmente solicitaron como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos jurídicos de algunos apartes del Decreto 092, solicitud que fue resuelta el 06 de agosto de 2019 por la sección tercera subsección A del Consejo de Estado.

En dicha Resolución se decide suspender de manera provisional los incisos segundos de los artículos 1 y 3 ídem en razón a que por disposición Constitucional en el artículo 355, solo el Gobierno Nacional será el facultado de reglamentar la contratación con entidades sin ánimo de lucro y en tanto, debido a que Colombia Compra Eficiente no está orgánicamente en dicho Orden Nacional, no le es dable al Gobierno Nacional

delegar dicha función.

De igual manera, los literales “a” y “c” inciso quinto del artículo 2 también fueron suspendidos provisionalmente, la principal razón para el literal “a” es que el Decreto interpone una limitación no contemplada en la Constitución, al exigir que el objeto del contrato deba estar previsto en los planes de desarrollo nacional, departamental o municipal.

En cuanto al literal “c”, fue suspendido debido a que dicha condición referente a que no debe existir oferta en el mercado para poder contratar en el régimen especial y de haberla se debe someter al Régimen General de Contratación, es una restricción que no va acorde a la axiología del artículo 355, que en efecto lo que busca es “apoyar o impulsar a las entidades que no participan con ánimo de lucro en el mercado” (Consejo de Estado, 2017).

Por último, el inciso final del artículo 4, en razón a que el mismo privilegia a persona naturales o jurídicas que desarrollen actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica sin procesos competitivo y aún más sin ni siquiera tener la calidad de entidad sin ánimo de lucro, vulnerando claramente el artículo 13 Constitucional del derecho a la igualdad, así mismo el artículo 209 *ejusdem* (CE, SCA3 Auto de 6 de agosto de 2019, exp. 62003).

Es así que, a pesar de que se advierte, aún no existe inconstitucionalidad puesto que esta sólo se resolverá con el fallo, se tiene que prácticamente el Decreto 092 en sus más importantes apartes se encuentra sin efectos legales, es decir, con todas las problemáticas derivadas de la falta de regulación que vienen desde el Decreto 777 de 1992 y generando un ambiente de incertidumbre para la suscripción de convenio procedentes del artículo 355 de la Constitución Política que a la fecha sigue sin resolverse.

2. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN GENERAL DE CONTRATACIÓN CON OFERTA Y RÉGIMEN ESPECIAL DE TRIBUTACIÓN

El análisis del régimen general de contratación con oferta y el régimen especial de tributación en Colombia es fundamental para comprender cómo funcionan estas dos áreas clave en el contexto legal y económico del país.

En primer lugar, el régimen general de contratación con oferta se refiere al conjunto de normas y procedimientos que regulan la contratación pública en Colombia. Este régimen establece los requisitos, procedimientos y criterios que deben seguir tanto las entidades estatales como los contratistas privados para celebrar contratos de obras, bienes y servicios con el Estado. La contratación con oferta busca garantizar la transparencia, la eficiencia y la legalidad en el uso de los recursos públicos, así como promover la competencia y la igualdad de oportunidades entre los oferentes.

Dentro del régimen general de contratación con oferta, se encuentran diversas modalidades de contratación, como la licitación pública, la selección abreviada, la contratación directa, entre otras. Cada una de estas modalidades tiene sus propias características y requisitos específicos, dependiendo del tipo de contrato y las circunstancias particulares de la contratación.

Por otro lado, el régimen especial de tributación en Colombia se refiere al conjunto de normas y beneficios fiscales aplicables a ciertos sectores económicos o actividades específicas. Este régimen busca promover el desarrollo de determinadas industrias o incentivar ciertas inversiones mediante la reducción o exención de impuestos, la simplificación de trámites fiscales o la aplicación de regímenes tributarios especiales.

En Colombia, existen varios regímenes especiales de tributación, como el régimen tributario especial para las entidades sin ánimo de lucro, el régimen especial para zonas francas, el régimen especial para empresas de economía solidaria, entre otros. Cada uno de estos regímenes tiene sus propias características y beneficios fiscales

específicos, que están diseñados para fomentar el crecimiento económico, la generación de empleo y el desarrollo de sectores estratégicos en el país.

A pesar de los esfuerzos por establecer un régimen general de contratación con oferta transparente y equitativo, persisten varios desafíos que afectan su efectividad y eficiencia en Colombia. Uno de los principales problemas es la falta de supervisión y control adecuados, lo que puede abrir espacio para prácticas corruptas y favoritismos en la adjudicación de contratos públicos. Además, la complejidad de los procedimientos y la burocracia pueden desincentivar la participación de pequeñas y medianas empresas, limitando la competencia y reduciendo la calidad de las ofertas presentadas.

En cuanto al régimen especial de tributación, si bien busca promover ciertos sectores económicos o actividades específicas, también puede generar desequilibrios y distorsiones en el mercado. Por ejemplo, los beneficios fiscales otorgados a ciertas empresas o industrias pueden crear una competencia desleal para otros actores del mercado que no disfrutaban de los mismos incentivos. Además, la falta de transparencia en la aplicación y supervisión de estos regímenes especiales puede dar lugar a abusos y evasión fiscal.

Otro aspecto crítico a considerar es la eficacia y eficiencia de los controles y mecanismos de fiscalización en ambos regímenes. La falta de recursos y capacidades en las entidades encargadas de supervisar la contratación pública y la aplicación de los beneficios fiscales puede limitar su capacidad para detectar y prevenir irregularidades y abusos.

Además, la complejidad y la falta de claridad en la normativa relacionada con la contratación pública y la tributación pueden generar incertidumbre y confusiones entre los actores involucrados, dificultando el cumplimiento de las obligaciones legales y el ejercicio de los derechos correspondientes.

2.1 Aspectos básicos del régimen general de contratación con oferta

Definir lo que en realidad significa la contratación estatal no es una tarea pacífica, especialmente cuando dentro de la misma existen gran cantidad de matices que varían dependiendo de la entidad pública en la que se encuentre situado, el tipo de persona natural o jurídica, el tipo de contrato, lo que se busca contratar y así mismo seguir encontrando variables que permitan dar sinnúmero de definiciones a la contratación estatal.

No obstante, si se pudiera dar una definición general y abstracta de lo que es, podría ser aquella que deviene del derecho privado, en donde se define que el contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos y que si lo ubicamos en contratos con el estado, tal vez la definición básica sería que el contrato estatal es un acuerdo de voluntades entre un particular y el estado, el estado entendido desde una noción orgánica que en teoría busca el cumplimiento de los fines esenciales del mismo, tal y como se estipula en la Ley 489 de 1998.

Así, la contratación estatal forma parte esencial de la función administrativa del estado, tal como lo ha sido definida en varias ocasiones por la jurisprudencia. Por ejemplo, la sentencia C-189 de 1998 establece que la función administrativa es el mecanismo a través del cual un órgano se esfuerza por ejercer el derecho y cumplir con sus responsabilidades y tareas. De igual manera, la sentencia C-713 de 2009 enfatiza que el contrato estatal tiene un carácter instrumental, ya que no representa un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar los altos objetivos del Estado.

En línea con la Corte Constitucional, el Consejo de Estado también señala que el propósito fundamental del contrato estatal consiste en satisfacer las necesidades colectivas y de interés general, en las que aquellos que contratan con la administración deben colaborar, incluso si buscan obtener un beneficio económico anticipado. El Consejo puntualiza que, por tal razón, el administrativo se diferencia diametralmente del contrato de derecho privado, debido a que, por un lado, infringe un alto grado de desigualdad justificado en un propósito superior como el interés general y en el segundo existe total autonomía de la voluntad de las partes y, por otro lado, el contrato privado

por regla general debe ser equilibrado, so pena de encontrarse con cláusulas leoninas. En este orden de ideas, Bahamón (2018) con que

La contratación estatal tiene como propósito la regulación de todos los procedimientos adelantados por las entidades estatales para la satisfacción y cumplimiento de los fines misionales del Estado mediante la celebración de un contrato, el cual, de acuerdo con la Ley 80 de 1993, no solo debe cumplir con los requisitos de existencia y validez de todo contrato establecidos en el Artículo 1502 del Código Civil, sino también con una serie de particularidades que conllevan a su configuración como un contrato de la Administración (p.15).

Para otros autores las anteriores definiciones no son del todo ciertas, puesto que indican que el modelo económico neoliberal imparte una tendencia distinta que debe ajustarse a las órdenes del mercado, es si como discusiones sobre la profundización de la privatización de los servicios públicos y la referencia obligada a esta vía como única manera de conducir a la eficiencia en la prestación de los servicios y conseguir el mejoramiento de las condiciones de vida de millones de habitantes, comienzan a surgir en el panorama de la gestión pública algunas voces que proponen nuevos enfoques de acción estatal apoyada en la introducción progresiva de nuevos mecanismos financieros (Corredor, 2018).

Como ya se ha referido, en este espacio se desarrollará predominantemente el Régimen General de Contratación, habría que empezar por encimar que desde la doctrina se ha acostumbrado a dividir en tres fases la contratación: la fase precontractual (previa), la fase contractual (ejecución), y la fase post contractual (liquidación).

2.1.1 Fase precontractual (procesos contractuales con oferta)

En esta etapa, se busca establecer el objeto y los límites del contrato, lo cual incluye la invitación a participar, la presentación y la selección de propuestas, y culmina con la adjudicación del contrato (Bahamón, 2018). A criterio de los suscritos, es la fase más importante dentro del esquema de contratación, puesto que es en esta en donde se cimienta la necesidad, la forma en cómo se deberá desarrollar el contrato, el valor

estimado del contrato y en dónde se deben concentrar mayores esfuerzos desde el punto de vista técnico, para tener claridad en cómo lograr la satisfacción de la necesidad requerida por la entidad, por lo que, deben existir valoraciones interdisciplinarias de expertos en los diferentes temas financieros, económicos, jurídicos, operacionales y técnicos.

Al mismo tiempo, denominaciones como el cronograma, pliego de condiciones, los estudios previos, los certificados de disponibilidad presupuestal, los estudios del mercado y los estudios del sector, la ficha técnica, las matrices de riesgo, los informes de evaluación, las solicitudes de subsanación, las observaciones por parte de los oferentes en las diferentes fases del proceso y el acto de adjudicación hacen parte de esta fase precontractual que desde la perspectiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, están aún en el ámbito de la primera parte del código, es decir, del procedimiento administrativo y por tanto tiene control jurisdiccional mediante nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho.

Uno de los aspectos más relevantes en esta etapa es determinar cómo se seleccionará la oferta más favorable o los principios de selección objetiva, como lo señala Miranda (2016). En este sentido, destaca la importancia del principio de transparencia, y subraya que los pliegos de condiciones en los procesos de selección de contratistas deben contener reglas claras, objetivas y justas. A su vez, Guechá (2010) explica que el pliego de condiciones establece criterios de comparación, ponderación y evaluación, ya que, en sí, los factores ya están previstos de manera genérica en la ley, según lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

No obstante, Mendoza y García (2009) hacen referencia a la reformulación del principio de selección objetiva que surgió a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, al establecer los criterios de "pasa" y "no pasa". En consecuencia, dependiendo de la modalidad de selección que se utiliza, así mismo se determinará cuál es el ofrecimiento más favorable, en efecto, no es lo mismo en un procesos de mínima cuantía en donde el ofrecimiento más favorable lo determina el menor precio ofrecido, que un concurso de méritos en donde el ofrecimiento más favorable lo determina el factor

calidad, diferente es en la licitación pública, en donde usualmente ambos factores precio-calidad son los que determinan el precio más favorable.

Las modalidades de selección que se utilizan en este régimen son la licitación pública, selección abreviada, mínima cuantía, el concurso de méritos y la contratación directa y para cada una existe un criterio distinto para determinarla, sin embargo, por regla general el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 indica que la licitación es por excelencia la modalidad de selección que deben utilizar las entidades públicas para contratar, y la excepción será la modalidad de contratación directa.

En obediencia al objetivo final del trabajo de investigación solamente se relacionarán a continuación aquellas modalidades de selección que requieren oferta, a las cuales se hará referencia de forma muy sucinta:

2.1.1.2 Licitación pública. El artículo 12 de la Ley 80, lo define como el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable. En el pliego de condiciones se establecerán las variables técnicas y económicas sobre las cuales los proponentes podrán realizar la puja, los oferentes presentarán los documentos que acrediten los requisitos habilitantes.

Según lo mencionado por Castro, García y Martínez (2010), una vez habilitados los oferentes, se llevará a cabo la subasta inversa, es decir que, los proponentes desarrollarán un proyecto de oferta inicial, el cual podrá ser mejorado mediante la realización de posturas sucesivas, hasta llegar a su oferta definitiva. En este sentido, con la reforma de la Ley 1882 de 2018 se realizaron algunas modificaciones al procedimiento adelantado para las licitaciones que tengan que ver con infraestructura, con el objeto de fortalecer la transparencia en la contratación, incorporar cambios en la presentación de la oferta y el término para subsanar, implementa el pliego tipo, permite expresamente la experiencia entre privados y delimita la responsabilidad del interventor, entre otros (Pérez, 2018).

2.1.1.3 Selección abreviada. Corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en los 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.

Existen nueve (9) causales de selección abreviada, la primera está relacionada con la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes, materia que ha sido desarrollada ampliamente por Colombia Compra Eficiente, en la implementación de acuerdos marco de precios y la bolsa mercantil como métodos para evitar sobre costos en la contratación.

La segunda contratación, es la de menor cuantía, que procede cuando el bien o servicio no es catalogado de características técnicas uniformes y no existe una modalidad o causal especial aplicable, como la mínima cuantía, siempre que el valor de la contratación se encuentre dentro de los rangos señalados en el literal b del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, en función de los presupuestos anuales de cada entidad expresados en salarios mínimos legales mensuales.

La tercera se refiere a los contratos para la prestación de servicios de salud, la cuarta cuando se declara desierta la licitación pública, la quinta es la adquisición de productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas, la sexta para los actos y contratos con objeto directo de las actividades de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado –EICE- y de las Sociedades de Economía Mixta –SEM.

La séptima, relacionada con contratos de entidades a cargo de ejecución de programas de protección de personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada, protección de Derechos Humanos y población con alto grado de exclusión, la octava tiene que ver con contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional y la novena con la enajenación de bienes del Estado, con excepción de aquellos a que se refiere la Ley 226 de 1995.

2.1.1.4 Mínima cuantía. Se utiliza para la contratación cuyo valor no excede del 10% de la menor cuantía de la entidad, independientemente de su objeto. Su procedimiento se encuentra regulado por el Decreto 1860 de 2021 en consonancia con la Ley 2069 de 2022 de emprendimiento en Colombia, la cual buscó, entre otras cosas, incentivar la participación de Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (Mipymes) el fomento a la ejecución de contratos estatales por parte de población en pobreza extrema, desplazados por la violencia, personas en proceso de reintegración o reincorporación y sujetos de especial protección Constitucional.

Uno de los cambios que cobra importancia para el presente trabajo de investigación es que expresamente se le permite a la entidad estatal exigir una capacidad financiera mínima cuando no hace el pago contra entrega a satisfacción de los bienes, obras o servicios, situación que, aunque no estaba prohibida, no se encontraba contemplada para los procesos de mínima cuantía.

Otro de los grandes cambios tiene que ver con la posibilidad de que las medianas y pequeñas empresas puedan limitar el proceso solo a Mipymes, así mismo como limitación territorial, sea departamental o municipal, es decir, una vez realizadas las limitaciones dentro del proceso de Mínima Cuantía, solo podrán participar empresas que tengan la condición de Mipyme (reguladas por la Ley 905 de 2004 y clasificadas por el Decreto 957 de 2009) y con domicilio en el municipio o departamento de ejecución del contrato, situación que para este procesos no se encontraba contemplada.

Además, incorpora unos cambios en el cronograma que impiden que dicho proceso tenga una duración no menor a 5 días hábiles, en donde se deben respetar los términos para observar la invitación pública, presentar oferta, aviso de limitación, término para presentar subsanaciones y término para presentar observaciones al informe de evaluación para posterior aceptación de la oferta.

Por último, frente a los factores de desempate ya no será la primera oferta recibida como se venía acostumbrando con el Decreto 1082 de 2015, sino que serán las establecidas en el artículo 35 de la Ley 2069 de 2020, con doce (12) factores sucesivos

y excluyentes que en todo caso buscan dar preponderancia a empresas cuyas actividades y talento humano vinculen sujetos de especial protección Constitucional.

2.1.1.5 Concurso de méritos. Es la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos y se toma como criterio de oferta más favorable el que mejor calidad tenga, no el precio, son contratos de consultoría los referidos a estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. También los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos (Pachón, 2014).

Otros aspectos importantes a tener en cuenta en la fase precontractual tienen que ver con acuerdos marco de precios y documentos tipo que la Agencia Nacional de Contratación Pública ha ido reglamentando de conformidad con las Leyes 1955 de 2019 y 2022 de 2020 respectivamente, las cuales se deben tener en cuenta para determinar si el proceso contratación puede realizarse a través de alguna de las modalidades de contratación del Estatuto General o través de la tienda virtual portal web para realizar comercio electrónico o si se deben utilizar los anexos, formatos, matrices y formularios prediseñados para el objeto contractual.

Por su parte, el artículo 41 de la Ley 1955 de 2019 denominada “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, modifica el parágrafo 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, referente a la obligatoriedad de los acuerdos marcos de precio para todas las entidades estatales que se encuentren en el Régimen General de Contratación. Entonces, mencionadas disposiciones han sido reglamentadas mediante el Decreto 310 de 2021, expedido por el Departamento Administrativo de Planeación e implementado por la Agencia de Contratación Pública mediante Circular Externa CCE-Circular 004 - 2021, la cual indica que, a más tardar, para el año 2022, todas las entidades deberán tener acceso a la Tienda Virtual y en primera medida verificar si el producto o servicio a contratar se encuentra con un acuerdo marco de precio vigente, dentro de los cuales las

condiciones de la oferta ya se encuentran definidas en características del producto, forma de pago, plazo de entrega, garantías, calidad y precio, lo que culmina con una orden de compra, lo que es equivalente al contrato.

Igualmente, el artículo 2 del Decreto 310 indica la posibilidad de que, ante la existencia de un mejor precio en la bolsa de productos, aun existiendo un acuerdo marco de precios, la entidad podrá realizarlo por la bolsa con la condición de que se realce una serie de análisis y comparación de precios, costos asociados al uso de la bolsa, eficiencia administrativa las cuales deben quedar sustentadas en la fase precontractual por parte de la ordenación del gasto.

En concreto, para los casos en donde no exista acuerdo marco de precios, la entidad pública tendrá la posibilidad de implementar un nuevo acuerdo marco de precios de acuerdo a la necesidad que busque satisfacer, atendiendo las particularidades del mercado local y el impulso hacia las micro, pequeñas y medianas empresas del sector, para lo cual deberá presentar petición dirigida a la Subdirección de Negocios de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente. (CCE-Circular 004 -2021).

Sin embargo, es de resaltar que para muchos expertos constitucionalistas la obligatoriedad de los acuerdos marco de precios lesionan el derecho de autonomía territorial propia de las entidades territoriales, quienes dentro de sus competencias tienen la facultad de satisfacer las necesidades conforme a las particularidades del territorio y en todo caso un acuerdo marco de precios conmina a las entidades territoriales a condiciones preestablecidas por el régimen central. (Rodríguez, 2021).

Para concluir, dentro de los aspectos importantes en la etapa precontractual se aborda lo relacionado a documentos tipo o pliegos tipo, una apuesta del Gobierno Nacional especialmente del Departamento Administrativo de Planeación y la Agencia de Contratación Pública, para estandarizar documentos propios de la etapa precontractual tales como estudios técnicos, pliegos, matrices, formularios y anexos que buscan agilizar los procesos, disminuir los costos y garantizar la transparencia del proceso contractual,

sin que haya posibilidad que las entidades puedan modificar o adicionar condiciones diferentes a las prediseñadas.

Al respecto la Ley 2022 de 2020, la cual modifica el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018, impone la obligatoriedad de implementar los documentos tipo en procesos de obra pública de infraestructura de transporte. En este sentido, acorde con la “Guía para la comprensión e implementación de los Documentos Tipo de obra pública de infraestructura de transporte bajo las diferentes modalidades de contratación vigentes” de Colombia Compra Eficiente (2021), son especialmente para vías primarias, secundarias y terciarias, infraestructuras marítimas y fluviales, obras de atención, prevención o notificación de emergencias en vías primarias, secundarias o terciarias, diferentes a contratación directa, infraestructura férrea, Infraestructura urbana, puentes e infraestructura aeroportuaria.

2.1.2 Fase contractual

La fase contractual no es otra que la de ejecución del contrato, que inicia con la firma y cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento, que por lo general tienen que ver con la adquisición de garantías (pólizas de seguro) y el pago de impuestos, tasas o contribuciones dependiendo de la entidad que contrate, pero que formalmente empieza con el acta de inicio la realización de las obligaciones contractuales, es a partir de este lapso que todas las controversias que se presenten entre las partes serán competencia del juez contencioso administrativo, mediante el medio de control de controversias contractuales, pero si en virtud del contrato se ven afectadas terceras personas, el medio de control se cambia a Reparación Directa. (Función pública, 2021).

Como termina la ejecución de cada contrato, depende de la modalidad de contratación, sin embargo, por regla general es el supervisor o interventor quien verifica el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones, que al final de cuentas se verá reflejado en un informe de resultados que determinará si fueron satisfechas todas las obligaciones, si fueron parcialmente cumplidas o si por el contrario el contratista no cumplió con el objeto contractual.

Por lo general es en esta etapa en donde se encuentran la mayoría de inconvenientes, puesto que por más planeación que haya existido en la etapa precontractual pueden ocurrir hechos que no permitan el normal cumplimiento de las obligaciones contraídas o que desequilibren injustificadamente la balanza, esto puede ocurrir en ocasión al hecho de un tercero, por un factor ambiental, por un factor económico global, entre otras miles de razones que pueden mitigarse con la suspensión, modificación, cesión, adición del contrato inicial y persistir en el cumplimiento del objeto.

2.1.3 Fase postcontractual

Esta fase es relativa a la liquidación del contrato estatal, Hernández (2009) define como un procedimiento mediante el cual tanto la administración como el contrato emiten sus pronunciamientos sobre la ejecución de las prestaciones contractuales y las eventualidades que surgieron durante su desarrollo. Este acto tiene la finalidad de aclarar y definir todos los aspectos relativos a la relación contractual que existió entre ambas partes.

En este proceso de liquidación, se busca determinar los conceptos y las cuantías que las partes se adeudan, directamente relacionadas con el contrato que acordaron y que se propone liquidar (Vélez,1995). Según el Consejo de Estado, la liquidación del contrato puede realizarse a través de tres vías: bilateral, unilateral o en sede judicial. Obtener la liquidación de forma bilateral o unilateral no elimina automáticamente la posibilidad de recurrir a mecanismos de solución de conflictos con las instancias judiciales (Chacón, 2011).

En este orden de ideas, el plazo para la liquidación del contrato debe ser establecido de común acuerdo entre las partes, este plazo puede estar contenido en el pliego de condiciones o en el contrato suscrito entre ellas, como menciona Chacón (2011). Sin embargo, en caso de que no se haya previsto contractualmente un plazo para la liquidación, el plazo máximo establecido por ley es de 30 meses y 3 días, que se desglosa de la siguiente manera:

- Cuatro meses para realizar la liquidación de mutuo acuerdo, sin perjuicio de la posibilidad de llegar a un acuerdo posterior antes de que venza el plazo máximo.
- Seis meses para llevar a cabo la liquidación unilateral a partir de la terminación del plazo contractual para la liquidación bilateral, o desde el vencimiento de los cuatro meses establecidos por ley para la liquidación bilateral, siempre y cuando la entidad pueda liquidar unilateralmente el contrato antes del vencimiento del plazo máximo legal.
- Dos años, de acuerdo con la redacción del inciso j) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y obtener la liquidación por vía judicial. (Chacón, 2011).

2.2 El principio de igualdad entre proponentes en Colombia

En Colombia las actuaciones estatales y la función administrativa deben desarrollarse de acuerdo con los lineamientos preceptuados en la Constitución Política y en la Ley. Nuestra Carta Magna contempla como 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; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Así mismo, en su artículo 209 consagra que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Dichos fines, se deben ver reflejados en actividades como la contratación estatal, regulada por el Estatuto General de la Contratación Estatal - Ley 80 de 1993 - el cual se encuentra reglamentado y complementado por la Ley 1150 de 2007, las Leyes 1437 y 1474 de 2011 y los Decretos 19 y 734 de 2012, de modo que, está directamente relacionada con el cumplimiento del interés general, ya que de esta manera hace

efectivos los deberes públicos y presta los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas.

Distinto a lo que ocurre en el derecho común, en el que prevalece la autonomía de la voluntad, en el derecho público la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos del Estado está meramente reglamentado, razón por la cual, las partes, entidad pública y particular, están obligadas a cumplir con el procedimiento señalado por el ordenamiento jurídico.

Para que la contratación estatal se desarrolle de manera objetiva, clara, justa y completa, desde la elaboración de los documentos que contienen las condiciones que exige el Estado a los proponentes, hasta la liquidación de un contrato celebrado con el Estado, debe llevarse a cabo bajo el estricto cumplimiento de modalidades fundamentadas en los principios orientadores especiales consagrados en el estatuto contractual, y los generales consagrados en la Constitución Política. En consecuencia, dentro de los principios se encuentran: transparencia, economía, selección objetiva, buena fe, publicidad, igualdad, libre concurrencia, planeación, previsibilidad.

Entonces, durante este apartado, se analizará y profundizará acerca del principio de igualdad, más explícitamente en lo que corresponde al manejo que se le da al principio de igualdad entre proponentes en los procesos de contratación estatal en Colombia. El principio de igualdad emana de su consagración Constitucional del preámbulo y de los artículos 13 y 209 de la Constitución Política. Por su parte, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en Sentencia del 3 de diciembre de 2007 refiere que, principio de igualdad en los procesos de selección implica que los particulares tienen el derecho de participar en igualdad de oportunidades con otros oferentes, recibiendo un trato equitativo.

En este orden de ideas, la administración no puede introducir cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección ni favorecer a un interesado en detrimento de los demás. En palabras de la Constitución Política de Colombia (2007), este principio establece que los participantes en un proceso de selección deben estar en

condiciones iguales, recibir las mismas facilidades y tener la posibilidad de presentar sus ofertas en base a términos y condiciones idénticas.

Entonces, la Corte Constitucional, en la sentencia C-887/02, establece que el reconocimiento del principio superior de igualdad de oportunidades implica que el legislador, al configurar el régimen de contratación estatal, debe establecer procedimientos o mecanismos que permitan a la administración seleccionar de manera objetiva y libre a quien haya presentado la oferta más favorable. Esto se logra mediante la definición de reglas generales e impersonales que guían la evaluación de las propuestas y evitan la inclusión de cláusulas subjetivas que reflejan afecto o interés hacia algún proponente en particular. De esta manera, no se determina previamente, ni se predetermina, con qué sujeto, ya sea persona natural o jurídica, se celebrará el contrato correspondiente.

Respecto a este principio, Colombia Compra Eficiente desarrolló una síntesis normativa y jurisprudencial de la etapa precontractual en la contratación estatal de Colombia, exponiendo que este principio implica que las reglas establecidas en el pliego de condiciones deben ser generales e impersonales, concediendo un plazo adecuado para que los interesados preparen sus propuestas (Artículo 30, numeral 5, Ley 80 de 1993). Por lo que, se prohíbe la modificación de los pliegos después del cierre de la licitación, y como contrapartida, los proponentes no pueden alterar, complementar, añadir o mejorar sus propuestas (Artículo 30, numeral 8, ídem). De modo que, la administración debe proporcionar a los interesados información detallada sobre el proceso, incluyendo el presupuesto oficial, criterios de selección y el pliego de condiciones, asegurando que tengan la oportunidad real de ser considerados.

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia de expediente 12037 de 2001 con ponencia del magistrado Alier Eduardo Hernández Henríquez enfatizó la importancia de garantizar la igualdad de oportunidades entre las opciones o competidores en los procesos de licitación. Para ello, se debe asegurar que todos los interesados en participar estén en las mismas condiciones y tengan las mismas oportunidades para presentar sus propuestas priorizando que “La administración está obligada constitucional (art. 13 C.P.)

y legalmente (art. 24, 29 y 30 Ley 80 de 1993) a garantizar el derecho a la igualdad de los oferentes o competidores”.

La doctrina citada por Dromi, Fiorini y Mata señala que este trato igualitario implica una serie de derechos en favor de las oferentes, como el respeto de los plazos establecidos, la consideración de sus ofertas en competencia con las de otros concurrentes y el acceso a información relevante del proceso licitatorio.

Es decir que, la igualdad entre los oferentes exige que, desde el inicio hasta la adjudicación del contrato, todos los licitadores se encuentren en una posición equitativa, con las mismas facilidades y oportunidades para presentar sus ofertas sobre bases idénticas (Consejo de Estado, 2001). Esto garantiza la transparencia y la libre concurrencia en el proceso de contratación estatal, asegurando que se seleccione la oferta más favorable para la administración.

Todo lo anterior traduce a que le queda completamente prohibido a la administración fijar reglas o cláusulas en los procesos de selección, dirigidas a discriminar o a beneficiar a uno de los proponentes o participantes, perjudicando de esta manera a los demás. No obstante, el alcance del principio de igualdad en la contratación pública no es de carácter absoluto, pues no limita el derecho de la entidad contratante de dar preferencia a quien mejores calidades y condiciones tenga y acredite, pues esta es la obligación de la selección objetiva que ordena la ley.

Este principio implica que al legislar sobre el régimen de contratación estatal (según lo establecido en el artículo 150 de la Constitución Política), el legislador debe crear procedimientos o mecanismos que permitan a la administración seleccionar de manera objetiva y libre al oferente que haya presentado la propuesta más ventajosa. Esta acción busca preservar y asegurar la imparcialidad y transparencia en la adjudicación de contratos públicos.

Cuando el Gobierno Nacional interviene en el desarrollo de la ley, particularmente en aquellos espacios que la legislación ha delegado a la autoridad ejecutiva para garantizar el cumplimiento de la normativa, es fundamental que se respete y se siga este

principio. Esto implica que las regulaciones y normativas que emita el Gobierno en el marco de la ley deben estar alineadas con el objetivo de promover una competencia justa, la eficiencia en la utilización de los recursos públicos y la igualdad de oportunidades para los oferentes.

Además, es esencial que estos procedimientos o mecanismos estén diseñados de manera que permitan una evaluación objetiva de las propuestas presentadas, basándose en criterios claros y previamente establecidos. De esta forma, se garantiza que la selección del contratista se realice de manera justa y que se elija la opción que mejor se ajuste a los intereses públicos y al cumplimiento de los objetivos de la contratación estatal.

Así pues, el principio de igualdad de trato entre los proponentes, según lo expuesto por la Honorable Corte, tiene una doble finalidad. Por un lado, busca garantizar la imparcialidad y la protección de los intereses y derechos de los administradores, lo que se traduce en la prohibición para la administración de imponer condiciones restrictivas, irrazonables o desproporcionadas que puedan limitar la participación de los interesados en un proceso de contratación. De esta manera, se busca asegurar que todos los interesados tengan las mismas oportunidades para participar.

Por otro lado, este principio también beneficia a la administración, ya que su estricto cumplimiento aumenta la posibilidad de obtener una variedad de ofertas y, en consecuencia, permite una mejor selección del contratista y la propuesta más favorable para el contrato en cuestión. (Consejo de Estado, 2007). De este modo, el principio de igualdad de trato busca equilibrar y promover la transparencia en los procesos de contratación estatal, garantizando que tanto los administradores como la administración se beneficien de un proceso justo y competitivo.

Por tanto, existe la posibilidad de que se presente un tratamiento diferencial establecido, una llamada discriminación positiva, por parte de la entidad contratante en sus pliegos de condiciones, pero dirigida hacia un único propósito, el cual es satisfacer la específica necesidad y justificado en el interés general que se pretende alcanzar con el contrato, lo cual no vulnera el derecho a la igualdad.

La Corte Constitucional mediante Sentencia C-400 de 1999, confirmó la constitucionalidad de lo señalado en el inciso 3 del artículo 29 de la Ley 80 (1993) y encontró justificado este trato diferencial al cumplirse con que a) la realidad actual en la que se encuentran los diferentes individuos no es uniforme, ya que algunos poseen un historial profesional más sólido que otros, lo que les proporciona una mayor credibilidad, b) la distinción en el trato tiene como objetivo la realización del bienestar común, y esta premisa cuenta con la aprobación de la Constitución, lo que justifica la distinción en el tratamiento, y, finalmente, c) la distinción en el tratamiento es lógica, ya que es eficaz para alcanzar el objetivo deseado, que es asegurar la preeminencia del bienestar general (CConst. C-400/1999, M.P. V. Naranjo Mesa).

Ahora bien, es importante destacar que esta doble connotación del principio de igualdad entre proponentes puede a veces ser utilizada como pretexto para que las entidades oculten o disfracen sus prácticas inadecuadas en todos los procedimientos relacionados con la contratación pública. Esto puede dar lugar a un favoritismo indebido hacia un individuo en detrimento del interés público, por lo tanto, es crucial que las instituciones supervisen de manera rigurosa y transparente los procesos de contratación para garantizar que se mantenga la integridad y equidad en la adjudicación de contratos públicos, evitando así cualquier forma de corrupción o malas prácticas que puedan perjudicar el bienestar general de la sociedad.

Lo anterior es reflejo de la desigualdad jurídica entre las partes, pues la administración tiene una calidad diferente en relación al contratista. Esta desigualdad se manifiesta en diferentes prerrogativas de las que solamente goza el Estado, como, por ejemplo, el imponer cláusulas exorbitantes en las que al Estado se le atribuyen potestades que el administrado no tiene, o, también, lo que se evidencia en el poder que tiene la Administración de hacer modificaciones en los pliegos de bases y condiciones en el proceso de contratación.

En este orden de ideas, la importancia de mantener la igualdad entre los oferentes que participan en un proceso de licitación pública. Cuando se realiza una licitación, las empresas interesadas presentan sus ofertas con base en los términos y condiciones

establecidos en los pliegos de la licitación. Estos pliegos son documentos que describen los detalles del contrato, incluyendo aspectos económicos y financieros.

Sin embargo, en ocasiones, durante el proceso de licitación o después de que las empresas han presentado sus ofertas, la entidad encargada de la licitación puede decidir introducir modificaciones en los términos y condiciones del contrato. Estas modificaciones pueden afectar el equilibrio económico-financiero de las ofertas presentadas, lo que significa que las empresas podrían haber hecho ofertas diferentes si hubieran conocido estas modificaciones desde el principio.

La preocupación aquí es que introducir cambios en el contrato después de que las ofertas hayan sido presentadas puede generar una desigualdad entre los oferentes. Algunas empresas podrían haber ajustado sus ofertas de manera diferente si hubieran tenido conocimiento de estas modificaciones con anticipación. Esto podría dar lugar a un trato injusto y, en última instancia, perjudicar la igualdad en el proceso de licitación.

Por lo tanto, hay urgencia en la transparencia y la equidad en los procesos de licitación pública, así como en las modificaciones de los términos y condiciones del contrato pues deben manejarse cuidadosamente para garantizar que todos los oferentes tengan la misma oportunidad de competir en igualdad de condiciones. De ahí que, la administración debe mantener una conducta imparcial frente a todos los oferentes, evitando tanto en la redacción de los pliegos, como en la elección del tipo de procedimiento a seguir, y luego durante toda la tramitación del procedimiento, establecer beneficios en favor de uno de los concurrentes sin que los mismos beneficios estén en condiciones de ser alcanzados por los restantes oferentes (Farrando, 2002).

En este sentido, Farrando (2002), en línea con las ideas de Verçaitz, argumenta que el pliego que contiene el llamado para licitación no debe favorecer a algunos en detrimento de otros; sus cláusulas deben ser aplicables por igual para todos los interesados; las ofertas presentadas deben mantenerse en secreto hasta el momento de su apertura, impidiendo que el conocimiento de una oferta influya en la presentación de otras; cualquier modificación al pliego debe realizarse con suficiente anticipación y ser publicada para que todos los participantes estén informados; así pues, las ofertas deben

ajustarse estrictamente al llamado y no pueden ser modificadas por nadie después de la apertura del acto.

Por ende, es crucial garantizar la más absoluta igualdad entre todos los proponentes para evitar cualquier posible inmoralidad o favoritismo que pueda comprometer la integridad del proceso licitatorio y, en última instancia, resultar en su nulidad absoluta. (Farrando, 2002). En suma, la administración pública, no tiene absoluta autonomía de la voluntad pues puede llegar a incurrir en arbitrariedades que afecten al bienestar general, no obstante, siempre habrá una limitación en razón a la actividad reglada y al interés público. Por lo tanto, la administración no se debe amparar únicamente en el cumplimiento de su específica necesidad, pues esta debe ir en concordancia con el interés general que se pretende alcanzar con el contrato y para ello, es de suma importancia establecer desde el principio el objetivo primordial del contrato administrativo.

2.2.1 La capacidad financiera y el régimen de tributación de las entidades sin ánimo de lucro

La capacidad financiera y el régimen de tributación de las entidades sin ánimo de lucro en Colombia son aspectos cruciales que influyen en su funcionamiento y sostenibilidad. Estas organizaciones desempeñan un papel significativo en la sociedad colombiana, abordando diversas necesidades sociales, culturales y ambientales. Sin embargo, su capacidad para operar y cumplir con sus objetivos depende en gran medida de su situación financiera y del marco tributario en el que operan.

En primer lugar, la capacidad financiera de las entidades sin ánimo de lucro se refiere a su capacidad para generar y gestionar recursos financieros de manera efectiva. Esto incluye la obtención de ingresos a través de donaciones, subvenciones, actividades comerciales o proyectos, así como la gestión adecuada de estos recursos para financiar sus programas y actividades.

En Colombia, las entidades sin ánimo de lucro están sujetas a un régimen tributario especial que les otorga ciertos beneficios fiscales, como la exención de impuestos sobre la renta y el patrimonio. Esto les permite destinar una mayor parte de sus recursos financieros a sus actividades sociales, en lugar de pagar impuestos al Estado.

Sin embargo, el acceso a recursos financieros puede ser limitado para algunas entidades sin ánimo de lucro, especialmente aquellas que dependen en gran medida de donaciones o subvenciones externas. La competencia por fondos y recursos puede ser feroz, y algunas organizaciones pueden enfrentar dificultades para mantenerse financieramente estables y solventes a largo plazo.

El régimen de tributación de las entidades sin ánimo de lucro en Colombia puede ser complejo y estar sujeto a cambios normativos. Aunque el régimen tributario especial les brinda ciertos beneficios, estas organizaciones aún están sujetas a ciertas obligaciones fiscales y deben cumplir con ciertos requisitos para mantener su estatus tributario.

Por lo tanto, es fundamental que las entidades sin ánimo de lucro en Colombia cuenten con una gestión financiera sólida y eficiente, así como con una comprensión clara de su situación tributaria y de los beneficios fiscales a los que tienen derecho. Esto les permitirá maximizar el uso de sus recursos financieros y garantizar su sostenibilidad a largo plazo, fortaleciendo así su capacidad para contribuir de manera efectiva al desarrollo social y económico del país.

2.2.1.1 La capacidad financiera como requisito habilitante. Para que una persona natural o jurídica tenga la calidad de oferente debe de cumplir con unos requisitos, en contratación del estado se denominan “Requisitos Habilitantes” estos determinan la aptitud de seguir o no en el proceso contractual, por regla general se dividen en capacidad jurídica, capacidad financiera, capacidad organizacional y experiencia.

Entonces, para evaluar la capacidad financiera, es esencial verificar diversos aspectos económicos y financieros. Esto podría incluir la revisión de estados financieros,

balances, flujo de efectivo, deudas y activos, así como la solidez general de la posición financiera. Además, se pueden evaluar indicadores clave como el índice de liquidez, el endeudamiento y la rentabilidad.

Según el Manual de requisitos habilitantes de Colombia Compra Eficiente, la capacidad financiera busca establecer condiciones mínimas que reflejen la salud financiera de los proponentes a través de su liquidez y endeudamiento. Estas condiciones indican la aptitud del proponente para cumplir de manera oportuna y completa el objeto del contrato. (Colombia Compra Eficiente, 2014).

En otras palabras, este requisito permite que la entidad contratante verifique si el proponente cuenta con la capacidad económica necesaria para llevar a cabo el contrato. Es por ello que, resulta fundamental que la entidad realice un estudio financiero exhaustivo, dependiendo de la cuantía del contrato, para determinar los requisitos mínimos de liquidez y endeudamiento que aseguren el desarrollo adecuado del contrato propuesto. (Colombia Compra Eficiente, 2014).

Los indicadores financieros fundamentales que la entidad contratante debe requerir se encuentran especificados en el artículo 10 del Decreto 1510 de 2013. Estos incluyen el Índice de liquidez, el Índice de endeudamiento y la Razón de cobertura de intereses.

El Índice de liquidez se calcula dividiendo el Activo Corriente entre el Pasivo Corriente, lo que permite evaluar la capacidad del proponente para cumplir con sus obligaciones a corto plazo. Un índice de liquidez más alto sugiere una menor probabilidad de incumplimiento de estas obligaciones.

Por su parte, el Índice de endeudamiento se determina dividiendo el Pasivo Total entre el Activo Total. Este indicador revela el nivel de endeudamiento en la estructura de financiación del proponente, considerando tanto pasivos como patrimonio. Un índice de endeudamiento más alto indica una mayor probabilidad de incumplimiento de las obligaciones.

Estos indicadores ofrecen una evaluación completa de la salud financiera y la capacidad de pago del proponente. Para enriquecer estas consideraciones, la entidad contratante podría tomar diversas medidas adicionales:

Un análisis histórico podría solicitarse para obtener información financiera pasada y evaluar tendencias a lo largo del tiempo. Esto proporcionaría una perspectiva más completa sobre la estabilidad y el comportamiento financiero del proponente a lo largo del tiempo, lo que ayudaría a prever posibles riesgos o fortalezas futuras.

Por ende, comparar los indicadores del proponente con los estándares de la industria podría proporcionar un contexto valioso para evaluar su desempeño relativo. Esto permitiría a la entidad contratante identificar cómo se sitúa el proponente en comparación con otros actores del mismo sector, lo que puede revelar áreas de mejora o fortalezas competitivas.

La evaluación de los flujos de efectivo también es crucial. Al analizar los flujos de efectivo del proponente, la entidad contratante puede comprender mejor su capacidad para generar efectivo y financiar sus operaciones. Esto es especialmente importante para garantizar que el proponente tenga la capacidad de cumplir con los compromisos financieros derivados del contrato.

Por último, la revisión de las garantías ofrecidas por el proponente es esencial. Evaluar estas garantías proporciona un respaldo adicional en caso de incumplimiento por parte del proponente, lo que aumenta la seguridad para la entidad contratante en caso de cualquier eventualidad.

En conjunto, estas medidas adicionales complementan los indicadores financieros fundamentales establecidos en el Decreto 1510 de 2013, permitiendo una evaluación más completa y precisa de la viabilidad financiera del proponente para cumplir con los requisitos del contrato.

Estos elementos adicionales pueden fortalecer la evaluación financiera y brindar una visión más completa de la capacidad del proponente para cumplir con las obligaciones

contractuales. Sin embargo, existen otros indicadores adicionales dependiendo de las exigencias del objeto del contrato, los cuales podrían ser:

Tabla 1

Exigencias objeto del contrato de la capacidad financiera de las ESAL

INDICADOR	FÓRMULA	OBSERVACIONES
Capital de trabajo	$\frac{\text{Activo corriente} - \text{Pasivo corriente}}{\text{Pasivo corriente}}$	Este parámetro refleja la capacidad operativa del oferente, que consiste en el excedente que queda después de convertir sus activos corrientes en efectivo y saldar las obligaciones a corto plazo. Un capital de trabajo positivo es beneficioso para impulsar eficientemente las operaciones económicas del oferente, y se aconseja su aplicación cuando la entidad estatal busca evaluar el grado de liquidez en términos absolutos.
Razón de efectivo	$\frac{\text{Efectivo}}{\text{Pasivo corriente}}$	El activo más líquido a disposición de un oferente es el efectivo. La proporción de efectivo examina la relación entre los recursos disponibles de forma inmediata y las obligaciones a corto plazo. Se sugiere utilizar este indicador cuando la liquidez desempeña un papel fundamental en la consecución exitosa de los objetivos del Proceso de Contratación.
Prueba ácida	$\frac{(\text{Activo corriente} - \text{Inventarios})}{\text{Pasivo corriente}}$	Evalúa la liquidez del oferente de manera más rigurosa en comparación con el índice de liquidez, ya que prescinde de considerar el inventario. La exclusión del inventario se justifica al ser la cuenta menos líquida dentro de los activos corrientes y no debería ser utilizada para cubrir las obligaciones a corto plazo.

Concentración de endeudamiento a corto plazo	<u>Pasivo corriente</u> Pasivo total	Cuando se calcula, determina la fracción de la deuda del oferente con vencimiento a corto plazo (menos de 1 año) en relación con la totalidad de su deuda. Se aconseja incorporar este indicador en situaciones donde existe un riesgo vinculado al incumplimiento de la deuda a corto plazo. Un elevado nivel de endeudamiento a corto plazo podría comprometer la capacidad del oferente para cumplir con los objetivos del contrato.
Concentración de endeudamiento a largo plazo	<u>Pasivo no corriente</u> Pasivo tota	Cuando se realiza este cálculo, se determina la fracción de la deuda del oferente con vencimiento a largo plazo (más de 1 año) en relación con la totalidad de su deuda. Se recomienda incorporar este indicador en situaciones en las cuales: (i) existe un riesgo vinculado al incumplimiento de la deuda a largo plazo, de manera que un elevado nivel de endeudamiento a largo plazo pueda impactar la capacidad del oferente para cumplir con los objetivos del contrato; y (ii) el plazo del contrato supera el período de 1 año.
Patrimonio	Activo total - Pasivo total	Evalúa la magnitud de los recursos propios disponibles para el oferente. Se aconseja emplear este indicador cuando la entidad estatal busca analizar la cantidad de recursos propios en términos absolutos, especialmente en situaciones en las que el presupuesto del Proceso de Contratación es considerablemente elevado y la entidad estatal necesita garantizar la continuidad a largo plazo del oferente.

Fuente: Colombia Compra Eficiente (2014).

Conforme a lo anterior, teniendo en cuenta que las ESAL no persiguen ánimo de lucro ¿es aceptable no exigir o dar tratamiento diferenciado en el cumplimiento del requisito habilitante financiero? tal como lo expone Jaramillo (2018), la falta de una

finalidad principalmente lucrativa no implica que la persona jurídica no obstante agote su patrimonio; al contrario, el cumplimiento de los propósitos de interés general y beneficio para la comunidad asignada a estas personas jurídicas debe promover una conducta de conservación, mejora y aumento de los bienes y recursos que les permita llevar a cabo actividades lucrativas, al igual que las empresas comerciales.

En ese orden de ideas, el hecho de que una entidad no persiga ánimo de lucro se limita a que las utilidades que se generen no se repartan entre los corporados, miembros o fundadores sino que estos sean reinvertidos en el objeto social, sin embargo diferenciar bien lo que significa la rentabilidad y el lucro permiten dilucidar que el hecho de no generar lucro no impide que se genere rentabilidad puesto que la primera se determina en cuanto al incremento valorativo real en beneficio individual y el segundo no implica siempre que el incremento sea en dicho beneficio, sino con finalidades públicas y asociativa o de utilidad común, así las cosas es viable que las ESAL realicen actividades comerciales que les reporten rentabilidad y ni por ello se les puede imputar ánimo de lucro (Jaramillo, 2018).

2.2.1.2 Régimen de tributación de las entidades sin ánimo de lucro. Para efectos del régimen de tributación de las ESAL, se hará especial énfasis en el impuesto de renta y complementarios que trata el artículo 19 del Estatuto Tributario Nacional, por ser el impuesto que más trascendencia tiene en las personas jurídicas en temas de tributos. Asimismo, el impuesto de renta y complementarios es uno de los principales tributos en muchos sistemas fiscales y tiene un impacto significativo en las finanzas tanto de personas como de empresas, incluyendo ESAL. Es una fuente clave de ingresos para el gobierno, por lo que su cumplimiento es fundamental para mantener la sostenibilidad de las finanzas públicas.

En Colombia, hasta antes del año 1986, las instituciones de utilidad común, pública o social, las fundaciones, las asociaciones, no eran sujetos pasivos del impuesto de renta y complementarios, fue hasta la expedición de la Ley 75 de 1986 en su artículo 32 que les da el carácter de contribuyentes a la mayoría de las entidades sin ánimo de lucro del sector solidario, del sector financiero, de las provenientes del sector de mercadeo e

industrial.

Sin embargo, esto se dio con un tratamiento diferenciado, teniendo que someterse a una tarifa del 20%, a excepción del sector cooperativo cuya tarifa fue del 30%, no obstante, dicha normativa realizó exención de dicho impuesto a las corporaciones y asociaciones cuyos ingresos se destinaban a mejoramiento de la educación, la salud, la cultura o la investigación científica y tecnología (Jaramillo, 2018).

Para el año 1988 se crea de manera formal el régimen especial de tributación de las entidades sin ánimo de lucro, mediante Ley 84 del mismo año, puesto que la Corte Suprema de Justicia, declaró inexecutable el artículo 32 de la Ley 75 de 1986, por ello, en virtud de esta nueva normativa, las corporaciones y asociaciones cuyos ingresos se destinaban a mejoramiento de la educación, la salud, la cultura o la investigación científica y tecnología, no se encontraban exentas del impuesto de renta.

Según el artículo 19 del Estatuto Tributario Nacional de Colombia (Ley 1819 de 2016), se establece el régimen tributario especial al que se someten ciertas entidades. Estas entidades incluyen:

- Corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, siempre que cumplan con ciertas condiciones, como destinar sus recursos y objeto social a actividades de interés general, como salud, deporte, educación, investigación científica, entre otras (Artículo 19, numeral 1, L 1819/2016). También deben reinvertir sus excedentes en su objeto social.
- Personas jurídicas sin ánimo de lucro que realicen actividades de captación y colocación de recursos financieros y estén bajo la vigilancia de la Superintendencia Bancaria (Artículo 19, numeral 2, L 1819/2016).
- Fondos mutuos de inversión y asociaciones gremiales en sus actividades industriales y de mercadeo (Artículo 19, numeral 3, L 1819/2016).
- Cooperativas y sus asociaciones, ligas centrales, entre otros, vigilados por superintendencias u organismos de control (Artículo 19, numeral 4, L 1819/2016). Estas entidades están exentas del impuesto sobre la renta si destinan el 20% de su excedente al Fondo de Educación y Solidaridad para

financiar programas de educación formal (L 1819/2016, 19-4.).

De esta manera, es importante destacar que aquellas corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro que no cumplan las condiciones mencionadas en el numeral 1 del artículo 19 serán consideradas contribuyentes del impuesto sobre la renta, asimilándose a sociedades limitadas, con excepción de las que se mencionan en los numerales 2 y 3 del artículo, así como en los artículos 22 y 23 del Estatuto Tributario (Artículo 19, párrafo 1, L1819/2016).

Además, se establece que los pagos realizados por estas entidades a personas que participan en su dirección o administración, así como a sus cónyuges o parientes cercanos, estarán sujetos a retención en la fuente (Artículo 19, párrafo 2, L 1819/2016). Sin embargo, esta medida no se aplica a los pagos originados en una relación laboral.

Las entidades cooperativas mencionadas en el numeral 4 del artículo solo estarán sujetas a retención en la fuente por rendimientos financieros, según lo determine el reglamento, y cumplirán con otras obligaciones como agentes retenedores cuando así lo dispongan el Gobierno Nacional (Artículo 19, párrafo 3, L 1819/2016).

Finalmente, para poder acceder a la exención del impuesto sobre la renta, las entidades contempladas en el numeral 1 del artículo 19 deberán cumplir con las condiciones señaladas en los artículos 358 y 359 del Estatuto Tributario (Artículo 19, párrafo 4, L 1819/2016). En este sentido, con la reforma tributaria del año 2016, Ley 1819, se incorpora en la normativa tributaria un cambio sustancial frente a las entidades del régimen especial del artículo 19 del Estatuto Tributario Nacional, estableciéndose como regla general que todas las asociaciones, fundaciones y corporaciones constituidas como sin ánimo de lucro serán contribuyentes del impuesto de renta asemejándola a cualquier otro tipo de sociedad nacional, y excepcionalmente dichas entidades a solicitud ante la administración tributaria podrán solicitar calificación como contribuyentes del régimen tributario especial cuando cumplan con los requisitos.

En efecto, para su reconocimiento legal, las entidades deben cumplir con los requisitos de estar debidamente constituidas según las leyes aplicables. Además, su

misión debe enfocarse en actividades de interés general que estén claramente establecidas en el artículo 359 del Estatuto, como, por ejemplo, que, las actividades deben estar al alcance de la comunidad en cuestión. Entonces es fundamental destacar que estas entidades no tienen la facultad de reembolsar las contribuciones aportadas por sus miembros, ni de distribuir excedentes bajo ninguna modalidad, ya sea de manera directa o indirecta, ni durante su existencia ni en el momento de su disolución y liquidación, tal como lo establece el artículo 356.

En este orden de ideas, en la actualidad el impuesto de renta para el año 2019 tuvo una tarifa general de 33%, del 32% para el año 2020, del 31% para el año 2021 y, del 30% a partir del año gravable 2022, las entidades que mantienen el régimen de tributación especial mantendrán una tarifa del 20%. De modo que, aterrizando hacia el objetivo general del presente trabajo de investigación a efectos de analizar a las ESAL del Estatuto General de la Contratación Pública y el principio de igualdad entre proponentes, es preciso se formulen los siguientes interrogantes, ¿es determinante a efectos de evaluar la capacidad financiera en un proceso de contratación con oferta que una entidad sin ánimo de lucro se encuentre manteniendo el Régimen de Tributación Especial? ¿Debe darse tratamiento especial y habilitar a aquellas entidades que a pesar de no cumplir con los requisitos financieros mínimos para participar en el proceso contractual han demostrado que sus excedentes y aportes han sido utilizados para su objeto social cumpliendo con la normativa tributaria de la Ley 1819 de 2016?

En definitiva, la respuesta es negativa, darle un tratamiento diferenciado a las ESAL en el requisito habilitante de capacidad financiera en un proceso contractual con oferta claramente vulnera el principio de igualdad entre proponentes, inclusive si este se encuentra manteniendo el régimen de tributación especial, puesto que, como ya se trató en líneas anteriores, es viable que las ESAL generen rentabilidad para cumplimiento de su fin social, el hecho de que no tengan ánimo de lucro no las exime del cumplimiento de los índices de liquidez, endeudamiento y razón de cobertura de intereses.

Muy por el contrario, la normativa tributaria favorece en mayor proporción a las ESAL que mantienen régimen especial en cuanto al impuesto sobre la renta, los cuales

tributan hasta un 13% menos anualmente, lo que en consecuencia les permite eventualmente poder presentar una oferta económica más favorable frente a los demás oferentes no ESAL.

En virtud de ello, se puede concluir que una ESAL que mantenga el régimen especial de tributación desde el inicio del proceso de contratación, donde el ofrecimiento más favorable es el menor precio, tiene una prerrogativa que le permitiría estar por encima de los demás oferentes y así entrar desequilibrados vulnerándose el principio de igualdad entre proponentes.

3. ANÁLISIS DE IGUALDAD ENTRE PROPONENTES EN CONTRATACIÓN PARA ESAL EN EL HUILA

Un análisis de igualdad entre proponentes en la contratación para Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL) en el departamento del Huila implica examinar diversos aspectos relacionados con el proceso de contratación pública y las condiciones en las que participan los oferentes.

En primer lugar, es crucial evaluar si existe un marco normativo claro y equitativo que garantice la igualdad de oportunidades para todos los proponentes interesados en contratar con ESAL en el Huila. Esto implica analizar la legislación local, nacional e internacional que regula la contratación pública y establece los principios de transparencia, competencia y no discriminación.

Es necesario examinar cómo se implementan y aplican estos principios en la práctica. Esto incluye evaluar los procedimientos de selección de contratistas, los criterios de evaluación de las ofertas, los mecanismos de supervisión y control, y la forma en que se gestionan posibles conflictos de interés o favoritismos.

Otro aspecto importante a considerar es la accesibilidad y la igualdad de información para todos los potenciales proponentes. Esto implica garantizar que los procesos de contratación sean transparentes y que la información sobre los contratos disponibles, los requisitos y los términos de referencia estén ampliamente disponibles y sean fácilmente comprensibles para todos los interesados.

También es crucial analizar si existen barreras económicas, sociales o administrativas que puedan limitar la participación de ciertos proponentes, especialmente pequeñas y medianas empresas u organizaciones comunitarias. Esto podría incluir la complejidad de los trámites administrativos, los requisitos de garantía financiera o la exigencia de experiencia previa en contratos similares.

Por ende, es importante evaluar si se están implementando medidas específicas para promover la igualdad de oportunidades y la diversidad en la contratación para ESAL en el Huila. Esto podría incluir la adopción de políticas de acción afirmativa, la promoción

de la participación de grupos minoritarios o vulnerables, y la implementación de programas de capacitación y apoyo para fortalecer las capacidades de los proponentes locales.

Además de examinar el marco normativo y la implementación práctica de los procesos de contratación, es esencial considerar la existencia de mecanismos efectivos de supervisión y control. Estos mecanismos deben garantizar que se respeten los principios de igualdad y transparencia en todas las etapas del proceso de contratación para ESAL en el Huila.

Un aspecto crucial de este análisis es evaluar la eficacia de los sistemas de denuncia y los mecanismos de rendición de cuentas disponibles para los proponentes. Estos mecanismos deben permitir a los interesados reportar cualquier irregularidad o acto de discriminación en el proceso de contratación y garantizar que se investiguen de manera imparcial y se tomen medidas correctivas si es necesario.

Por ende, es importante examinar si se están implementando políticas y programas de capacitación para fortalecer las capacidades de los proponentes locales y mejorar su acceso a oportunidades de contratación. Estas iniciativas pueden incluir cursos de formación en temas relacionados con la contratación pública, asesoramiento técnico para la preparación de ofertas y el fortalecimiento de habilidades empresariales y de gestión.

Otro aspecto clave a considerar es la promoción de la transparencia y la participación ciudadana en los procesos de contratación para ESAL en el Huila. Esto implica garantizar que la información sobre los contratos disponibles, los procedimientos de selección y los resultados de las adjudicaciones estén ampliamente disponibles y sean accesibles para todos los interesados, incluyendo a la sociedad civil y a los medios de comunicación.

3.1 Principio de igualdad en contratación para entidades sin ánimo de lucro en Huila

Teniendo en cuenta que, el objetivo general de este estudio es analizar la aplicación del principio de igualdad entre proponentes en el Régimen General de Contratación, por la habilitación respecto al incumplimiento de la capacidad financiera de las entidades sin ánimo de lucro en el departamento del Huila para los años 2017 a 2019, se estimó llevar a cabo el desarrollo del trabajo mediante un modelo analítico con enfoque multimodal que conjuga en su misma investigación un proceso tanto cualitativo como cuantitativo.

Durante el desarrollo de este estudio lo primero que se realizó fue describir el tratamiento jurídico que tienen las ESAL; seguidamente, se elaboró una distinción entre el Régimen Especial de Contratación (D 092/2017) y el Régimen General de Contratación, estudiando la manera de subscripción de contratos de las entidades estatales con las entidades sin ánimo de lucro, determinando características, condiciones, eventos en los que proceden, aplicabilidad de los principios de la función administrativa y eventos en los que es improcedente su aplicación.

Para finalizar se elaboró un análisis del principio de igualdad entre proponentes y el Régimen Especial de las ESAL, con el fin de verificar si se estaba presentando un efectivo cumplimiento a este principio o si por el contrario se estaba infringiendo al momento de brindar privilegios a las llamadas entidades sin ánimo de lucro en un proceso de contratación.

Así pues, la ejecución de esta última etapa, consistente en la determinación del tratamiento del principio de igualdad entre proponentes en el departamento del Huila en donde se tomaron como muestra las principales entidades territoriales, estas son, la Gobernación del Huila, específicamente los municipios de: Neiva, Pitalito, Garzón y La Plata, los cuales administran un aproximado de 56,38% de la población huilense (DANE, 2019), así mismo, los de mayores partidas presupuestales; y se llevó a cabo de la siguiente manera:

1. Inicialmente se ingresó a la plataforma del SECOP I (Sistema Electrónico de Contratación Pública: Es la plataforma transaccional para gestionar en línea todos los procesos de contratación, con cuentas para entidades y proveedores; y vista pública para cualquier tercero interesado en hacer seguimiento a la contratación pública), direccionándose al vínculo “Consultas”, y luego al de “Procesos de Contratación”.

2. Estando en el enlace de Búsqueda avanzada, se inició filtrando la información para simplificar el proceso. Para ello se completaron los criterios que se consideraron necesarios para el objetivo, los cuales fueron: Entidad promotora (Alcaldía de Garzón, Alcaldía de La Plata, Alcaldía de Pitalito, Alcaldía de Neiva o Gobernación del Huila), departamento de ejecución (Huila), municipio (Garzón, La Plata, Pitalito o Neiva) y la fecha rango (01 de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2017, 01 de enero de 2018 al 31 de diciembre de 2018, o 01 de enero de 2019 al 31 de diciembre de 2019). De cada entidad promotora se revisaron los tres rangos de fechas.

3. Una vez obtenidos los resultados de la consulta, se empezó identificando la modalidad de Proceso, para así seleccionar y entrar a verificar únicamente los procesos llevados a cabo mediante Régimen General de Contratación, la que en su mayoría fueron: Licitación Pública, Mínima Cuantía, Concurso de Méritos Abierto, Subasta, Selección Abreviada de Menor Cuantía.

4. Paso seguido, se ingresó a todos los procesos mencionados anteriormente, revisando los documentos contenidos en cada uno y extrayendo la información necesaria y poder plasmarla en la herramienta de Excel que se utilizó para recopilarla y analizarla.

5. Los documentos pertinentes para realizar la verificación fueron los siguientes: Consolidado o informe de evaluación del proceso, el pliego de condiciones definitivo y el Acta o Resolución de adjudicación. En ellos se buscó determinar si existía o no una pluralidad de oferentes, si alguno de estos oferentes era una entidad sin ánimo de lucro, si se exonera a esta de presentar requisito financiero,

si se exonera de evaluársele el requisito financiero y si finalmente el proceso es adjudicado a una ESAL.

6. Se realizó el mismo proceso en la plataforma del SECOP II (nueva versión del Sistema Electrónico de Contratación Pública para pasar de la simple publicidad a una plataforma transaccional que permite a Compradores y Proveedores realizar el Proceso de Contratación en línea).

7. Se recopiló la información de cada proceso en la herramienta de Excel, en donde se plasmó detalladamente la información de cada proceso tramitado durante el período de tiempo 2017 – 2019 en las entidades objetivo. En esta herramienta se estableció:

- El número de proceso, la fecha de publicación del mismo y el tipo de proceso (Licitación Pública, Mínima Cuantía, Concurso de Méritos Abierto, Subasta o Selección Abreviada de Menor Cuantía).
- Si dentro de cada proceso se presentó algún oferente que fuera una ESAL.
- Si en la evaluación se le exige a la ESAL el requisito financiero
- Si en la invitación pública se le exige a la ESAL presentar el requisito financiero
- Si en la etapa de adjudicación, el adjudicatario es una ESAL o si se presentó una terminación anormal del proceso.
- Si dentro del proceso existió pluralidad de oferentes.

8. Finalmente con toda la información obtenida, se elaboró un consolidado mediante gráficas de barras y circulares, con el fin de tener un mayor entendimiento y obtener unas conclusiones más claras y específicas, lo cual se expondrá en el siguiente subcapítulo.

3.2 Panorama financiero ENSAL Huila 2017-2019 en contratación con oferta

El presente estudio se adentra en el análisis del panorama financiero de las ESAL en el departamento del Huila durante el período comprendido entre 2017 y 2019, específicamente en el ámbito de la contratación con oferta. A lo largo de este período, se examinarán detenidamente las tendencias, desafíos y oportunidades financieras que marcaron la participación de las ESAL en procesos de contratación, brindando una visión integral de su desempeño en este contexto particular.

Tabla 2

Cantidad de oferentes ESAL que participaron dentro de procesos de contratación en el departamento del Huila

¿Algún oferente es una ESAL?

ENTIDAD TERRITORIAL	CANTIDAD
NO	1.874
SI	293
TERMINACIÓN ANORMAL	99
Total general	2.266

Fuente: Creación propia (2023).

De manera que, dentro de las vigencias 2017 a 2019 en las entidades territoriales de la Gobernación del Huila, el municipio de Neiva, el municipio de Pitalito, el municipio

de Garzón y el municipio de La Plata se adelantaron 2.266 procesos de contratación de los cuales participaron 293 entidades sin ánimo de lucro, y 99 procesos fueron terminados anticipadamente de forma anormal, lo que buscaba dilucidar en esta pregunta es si existe la participación e interés de las ESAL de competir en las diferentes invitaciones públicas que realizan las principales entidades territoriales del departamento del Huila.

Figura 1

Porcentaje de participación de las entidades sin ánimo de lucro dentro de procesos de contratación en el departamento del Huila



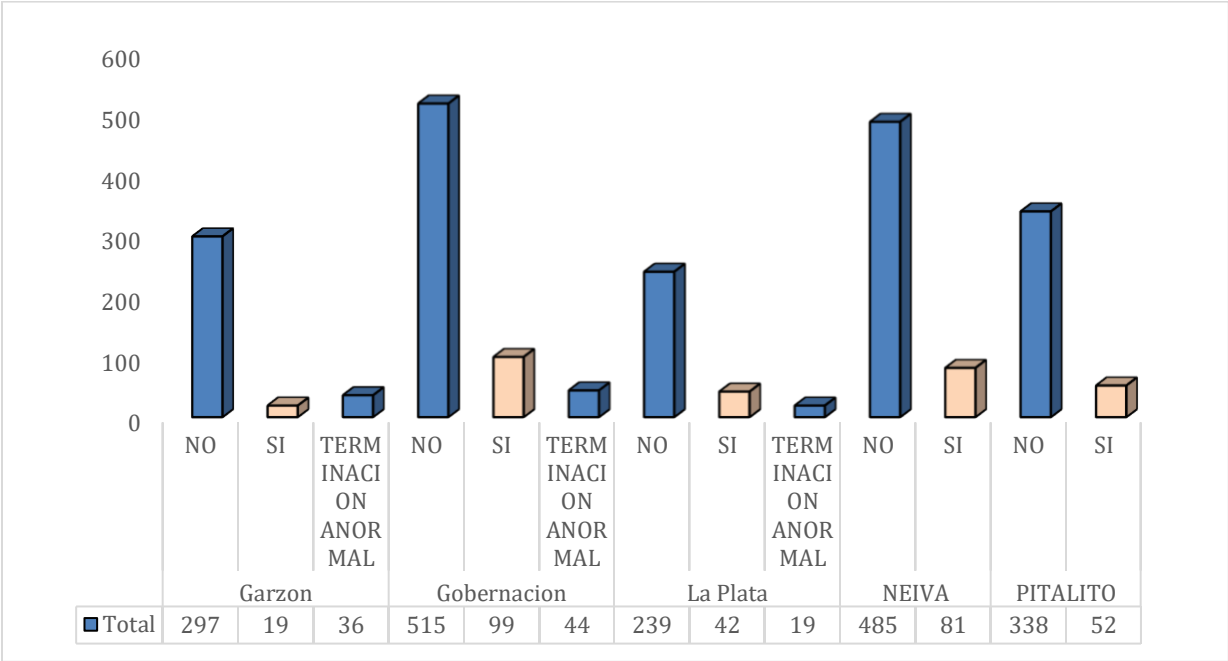
Fuente: Creación propia (2023).

De modo que se observar que en el 13% de los procesos de contratación publicados en los municipios principales del departamento del Huila participan entidades

sin ánimo de lucro, y aunque no puede parecer un porcentaje considerable, razón por la cual refleja que las ESAL no están exclusivamente para contratar a través del Decreto 092 de 2017 sino que han visto en el régimen general de contratación la oportunidad de ofertar sus bienes y servicios con el fin de cumplir con el objeto social para el cual fueron creadas.

Figura 2

Cantidad de oferentes ESAL que participaron dentro de procesos de contratación en el departamento del Huila por municipio



Fuente: creación propia (2023).

Del total de participantes ESAL en un 61,4% se concentran entre La Gobernación del Huila y el municipio de Neiva, siendo estas dos entidades territoriales donde más concurren a participar dichas entidades, y siendo el municipio de Garzón con solo 19 participantes en tres vigencias y un porcentaje de 6.4% en donde menos participación existió, por lo que se puede observar que en las entidades territoriales de mayor tamaño

es donde más participación de entidades sin ánimo de lucro en los procesos de contratación muy seguramente porque éstas operan a través de la plataforma SECOP II la cual facilita en mayor proporción el alcance Nacional para que desde un solo click cualquier interesado pueda presentar ofertas, contrario sensu con las entidades territoriales más pequeñas la participación aunque es mucho menor existe y permitió continuar con objetivo general del trabajo de investigación.

Tabla 3

Cantidad de oferentes ESAL a las cuales se exige presentar requisito financiero en la invitación pública.

ES UNA ESAL	CANTIDAD
ESAL	293
NO	154
SI	139
Total general	293

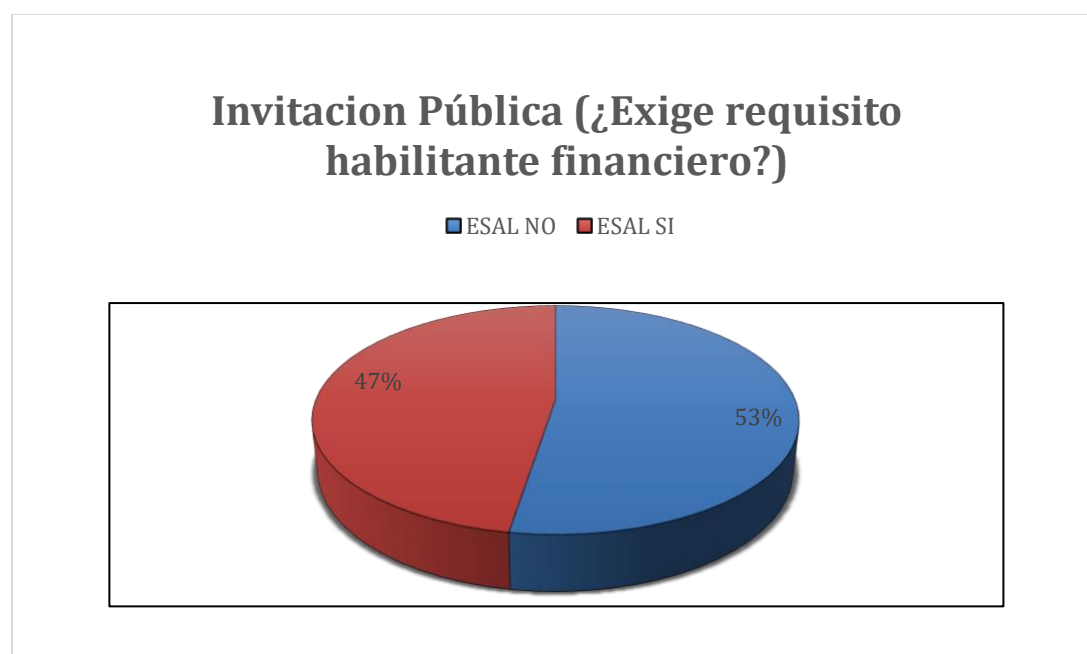
Fuente: Creación propia (2023).

Este punto indagó frente a la exigencia del requisito habilitante financiero a las ESAL dejando como resultado que de las 293 participaciones de ESAL en los procesos de contratación dentro de la invitación pública o pliegos de condiciones a 154 no se exigió requisitos habilitantes de origen financiero, sin embargo, es de aclarar que la totalidad

de los procesos en donde no se exigió requisito financiero corresponde a procesos de Mínima cuantía en donde de conformidad con la normativa vigente no es obligatorio para dicho proceso de selección el requisito habilitante financiero, siendo potestad de las entidades en los estudios previos o pliegos de condiciones evaluar si es necesario o no, para los casos revisados en los 154 procesos de contratación que participaron con ESAL el requisito habilitante no se exigió a ninguno oferente.

Figura 3

Porcentaje de oferentes ESAL a las que se exige presentación de requisito financiero en la invitación pública



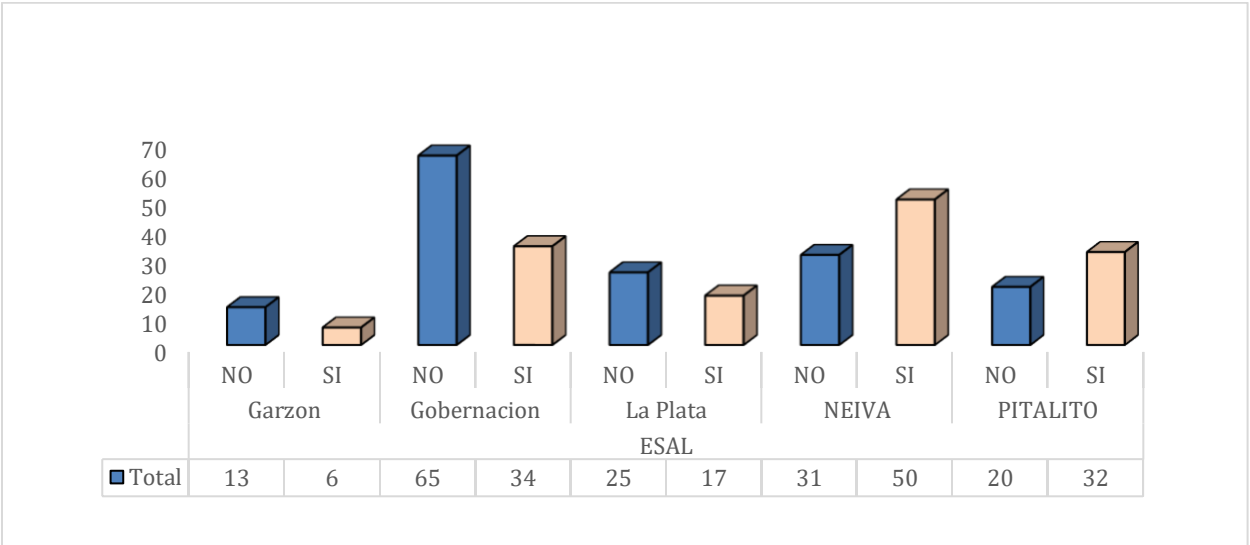
Fuente: creación propia (2023).

Conforme a lo anterior, se tiene que al 53% de las entidades sin ánimo de lucro participantes en los procesos de contratación en el departamento del Huila no se le exigió presentación de alguna clase de requisito financiero, dejando la claridad que en los

procesos no se exigió requisito financiero a los oferentes por ser de Mínima cuantía siendo potestativo de cada entidad territorial evaluar si lo requiere o no, debiendo dejar planteado dentro del estudio previo las razones por las cuales la no exigencia de dicho requisito no pone en riesgo el cumplimiento del objeto contractual.

Figura 4

Cantidad de oferentes ESAL a las cuales se exige presentar requisito financiero en la invitación pública por municipio



Fuente: creación propia (2023).

En este sentido, el municipio de Neiva es la entidad territorial que en el 61,7% de los procesos de contratación publicados exigió a los participantes ESAL requisito habilitante financiero siendo la de mayor porcentaje de exigencia de dicho requisito, y la Gobernación del Huila la entidad territorial que menos exigió con un 34.3%, las variables se determinan por el número de procesos de mínima cuantía que se publicaron en cada entidad, siendo la Gobernación del Huila quien más procesos de selección de mínima

cuantía adjudicó reflejando que a 65 oferentes ESAL no se haya exigido el requisito habilitante financiero dentro del proceso.

Tabla 4

Cantidad de oferentes ESAL a los cuales se realiza evaluación del requisito financiero

<i>Evaluación (¿exige a ESAL de evaluar requisito financiero?)</i>	<i>CANTIDAD</i>
<i>N/A</i>	<i>154</i>
<i>SI</i>	<i>139</i>
<i>Total general</i>	<i>293</i>

Fuente: creación propia (2023).

Teniendo en cuenta que dentro de la invitación pública y pliegos de condiciones no se exigió requisito habilitante financiero para 154 oferentes ESAL no aplicó evaluar dicho requisito, y en los restantes 139 oferentes ESAL si se realizó por parte de los comités de evaluación la pertinente a verificar cumplimiento de requisitos habilitantes financieros conforme a las exigencias del pliego o invitación, respecto a este punto, lo que se buscó identificar dentro de la revisión de los expedientes contractuales era si efectivamente fueron evaluados los requisitos financieros a las ESAL en igualdad de condiciones frente a los demás oferentes, encontrándose en los informes de evaluación

publicados que todas las ESAL en efecto cumplen con la capacidad financiera solicitada por la entidad territorial.

Figura 5

Porcentaje de oferentes ESAL a los cuales se realizó evaluación del requisito financiero

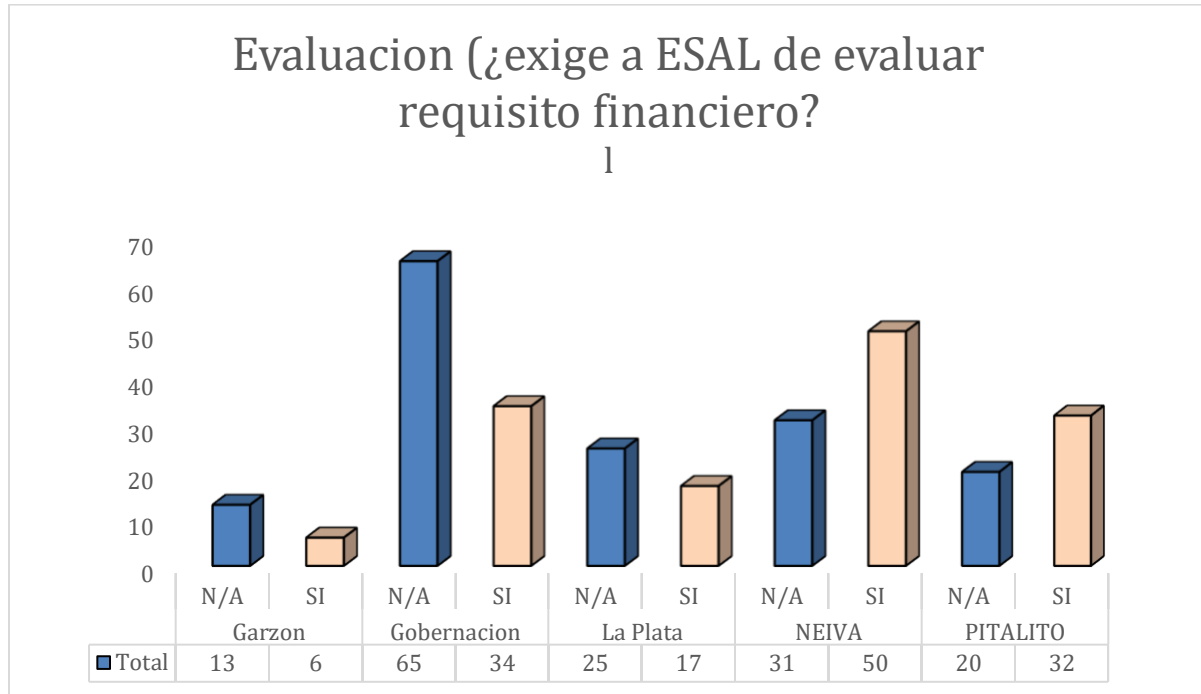


Fuente: creación propia.

Así pues, al 47% de los oferentes ESAL dentro de los procesos de contratación se le realizó la respectiva evaluación conforme la invitación publica o pliegos de condiciones por parte de los comités designados por cada entidad territorial, sin que se exonerara de evaluar dicho requisito a alguna ESAL, lo anterior permite vislumbrar que si bien aquellas no buscan en primera medida fines de lucro, nada tiene que ver con la capacidad de cumplir con las exigencias financieras; esto es, índices de liquidez, índices de endeudamiento, razón de cobertura de intereses, capital de trabajo, patrimonio y otros indicadores que pueden exigir las entidades territoriales con el fin de determinar la salud financiera de los futuros contratistas y la capacidad de pago y/o de que se mitiguen riesgos de incumplimientos contractuales.

Figura 6

Cantidad de oferentes ESAL a los cuales se realiza evaluación del requisito financiero por municipio



Fuente: creación propia.

De modo que, para este estudio, la entidad territorial que en mayor número de oportunidades evaluó requisito financiero a las entidades sin ánimo de lucro fue el municipio de Neiva con 50 procesos, desde otra perspectiva el municipio de Garzón fue el que menos evaluó con 6 procesos, se puede resaltar en este punto que el resultado obedece a la cantidad de procesos que la Alcaldía de Neiva para las vigencias 2017, 2018 y 2019 a través de invitaciones publicas diferentes a Mínima cuantía adelanto mediante plataforma transaccional SECOP II, siendo esta entidad territorial la pionera dentro del departamento del Huila en aplicarla en todas las modalidades de selección.

Tabla 5

Cantidad de oferentes ESAL a los cuales se adjudica contrato estatal

Adjudicación (¿el adjudicatario es una ESAL?)

ENTIDAD TERRITORIAL	CANTIDAD
NO	1.871
SI	199
TERMINACIÓN ANORMAL	196
Total general	2.266

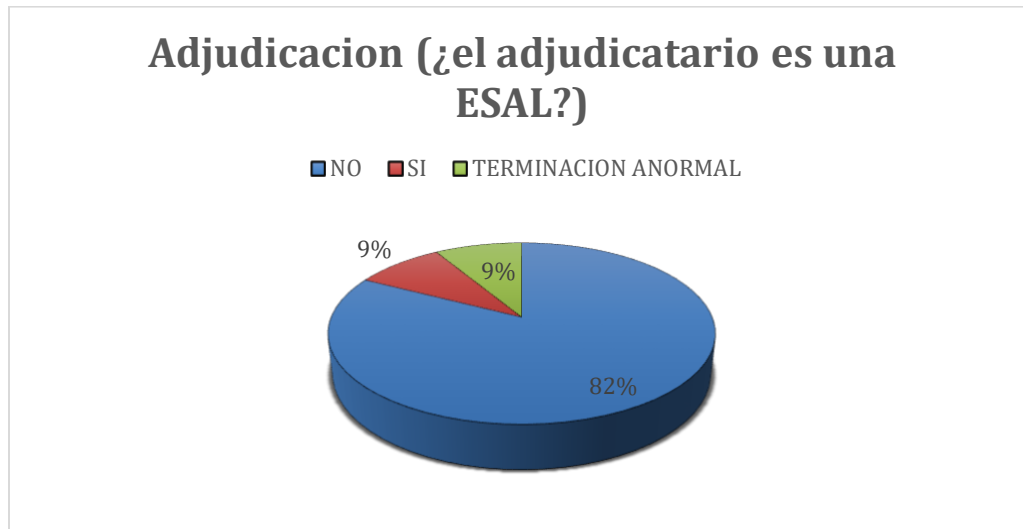
Fuente: creación propia.

Frente a la cantidad de adjudicaciones de contratos estatales a las entidades sin ánimo de lucro en el departamento del Huila se tiene que entre 2017 y 2019 en 199 ocasiones le fueron adjudicados finalmente el contrato sobre la base 2.266 procesos de contratación que se movieron en las cinco entidades territoriales investigadas.

Desde otro enfoque, si tenemos en cuenta el total de oferentes ESAL que en dicho periodo presentaron oferta fueron 293 y las adjudicaciones a estas mismas entidades fueron 199 contratos da un porcentaje de 67,9 de efectividad en la adjudicación de contratos estatales, aquello es una estadística que permite mostrar que la mayoría de las ESAL en el Huila presentan oferta en el régimen general de contratación, por lo que, son acreedoras al contrato estatal.

Figura 7

Porcentaje de oferentes ESAL a los cuales se adjudicó contrato estatal

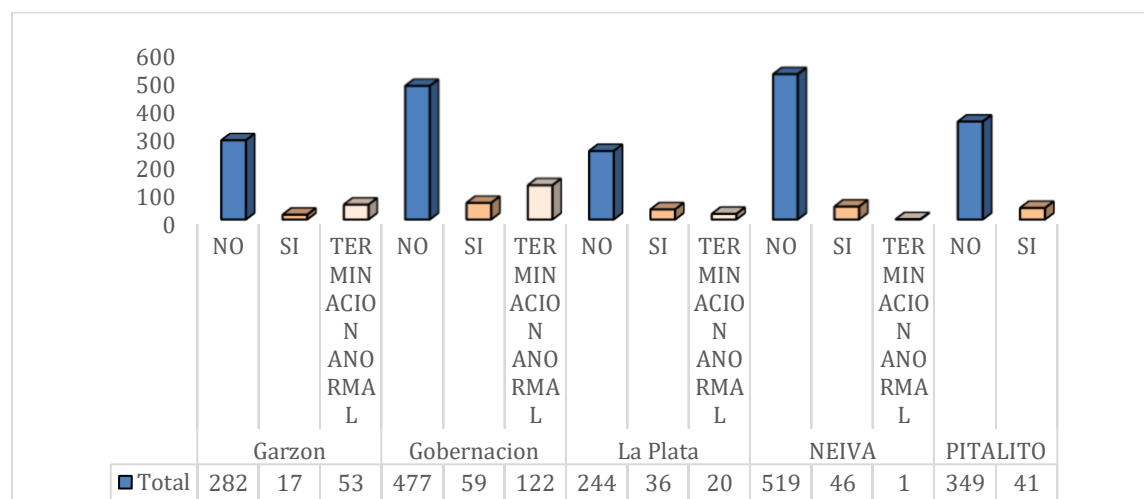


Fuente: creación propia.

Dicho lo anterior, el 9% de los procesos de contratación publicados en los principales municipios del departamento del Huila se adjudicaron a ESAL, revelando nuevamente el espacio que tienen dentro de la dinámica del Estatuto General de Contratación y aunque respecto a todos los procesos puede parecer un porcentaje menor (13%) (ver figura 1) un 9% se les adjudica el contrato denota gran efectividad para este régimen de contratación; así mismo se destaca que un 9 % de procesos de contratación se terminan de forma anormal.

Figura 8

Porcentaje de oferentes ESAL a los cuales se adjudicó contrato estatal por municipio



Fuente: creación propia.

La Gobernación del Huila es la entidad territorial que mayor número de veces adjudicó a ESAL en un total de 59 adjudicaciones, sin embargo, la entidad territorial que ponderando el número de procesos publicados sobre la adjudicación de contratos a ESAL en promedio el municipio de La Plata tuvo mayor efectividad con un total del 12,8%, seguido de la Gobernación del Huila con un promedio de 11%, continuando con el municipio de Pitalito con un 10.5%, luego con el municipio de Neiva con un 8.1% y en último lugar el municipio de Garzón con un 5.6%, lo anterior indica que en todas las entidades territoriales que se indagaron hubo participación y adjudicación de contratos bajo el amparo del Estatuto General de Contratación para los periodos 2017, 2018 y 2019 en el departamento del Huila.

Tabla 6

Cantidad de procesos contractuales con pluralidad de oferentes

¿Existe pluralidad de oferentes?

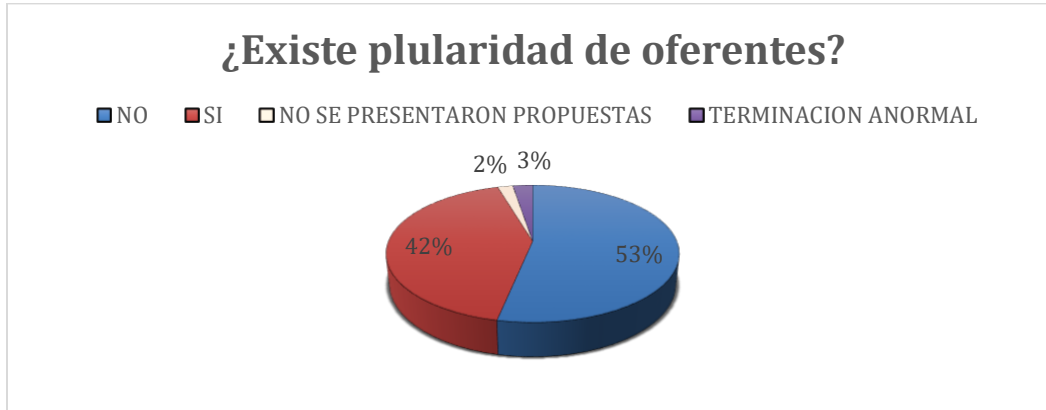
ENTIDAD TERRITORIAL	CANTIDAD
NO	1.207
SI	955
NO SE PRESENTARON PROPUESTAS	45
TERMINACIÓN ANORMAL	59
Total general	2.266

Fuente: creación propia (2023).

Cabe mencionar que se entiende por pluralidad de oferentes cuando en un proceso contractual se presenta más de una oferta, en las principales entidades territoriales del departamento del Huila durante las vigencias 2017, 2018 y 2019 de conformidad con la revisión de los procesos publicados en la plataforma SECOP I y II se observa que en 955 procesos de contratación sobre 2.266 publicados Si hubo pluralidad de oferentes, lo anterior deja como estadística que solo en un 42% aproximadamente de procesos adjudicados hay pluralidad de oferentes.

Figura 9

Porcentaje de procesos contractuales con pluralidad de oferentes



Fuente: creación propia (2023).

El 53% de los procesos de contratación en los principales municipios del departamento del Huila para las vigencias 2017, 2018 y 2019 tuvieron un solo oferente, un indicador que alarma, puesto que como principio de la Contratación estatal la pluralidad de oferentes es un indicador de transparencia importante, y preocupa más aún cuando el 61,3% de los procesos adjudicados a las ESAL no hubo pluralidad de oferentes, ya que, son datos importantes a considerar toda vez que la pluralidad de oferentes es el principio que da pie a poder evaluar el principio de igualdad.

Figura 10

Cantidad de procesos contractuales con pluralidad de oferentes por municipio



3.2.1 ¿Se garantiza el principio de igualdad entre proponentes en el departamento del Huila para las ESAL en el régimen general de contratación general con oferta?

84

La Constitución Política Colombiana de 1991, entendiendo la importancia de trabajar con dichas entidades para el cumplimiento de los fines esenciales del estado, especialmente con los sectores menos favorecidos, ha brindado una opción de trato diferenciado frente al régimen común contratación. Principalmente, el artículo 355 ídem faculta a las entidades estatales de los diferentes órdenes, a celebrar contratos con ESAL de reconocida idoneidad cuyo objeto sea el impulso a programas y actividades de interés público y que se encuentren acordes a los planes de desarrollo, lo que la academia a denominado Régimen Especial de Contratación y que a la fecha se reglamentó mediante el Decreto 092 de 2017, regulación que por disposición del Consejo de Estado se encuentra suspendida provisionalmente en algunos de sus incisos y que se encuentra a la espera de resolver por nulidad por inconstitucionalidad.

Empero, las ESAL no están excluidas de participar en los procesos de contratación del Estatuto General, compitiendo con la garantía de principios propios del régimen, tales como publicidad, transparencia, economía, ecuación contractual, responsabilidad y selección objetiva, y otros que por virtud Constitucional se deben garantizar como lo es el principio de igualdad entre proponentes.

En este contexto, es de resaltar que aparentemente todos los oferentes e interesados llegan a competir en igualdad de condiciones, es decir, con las mismas reglas para todos, las cuales son publicadas por las entidades estatales por medio de las diferentes plataformas y en donde los pliegos de condiciones definitivos o invitaciones públicas son ley para los proponentes y es deber de la ordenación del gasto velar por su estricto cumplimiento.

De entrada, se advierte un beneficio para las ESAL en virtud del artículo 19 del Estatuto Tributario Nacional de Colombia, modificada por la Ley 1819 de 2016 que, las ESAL que mantienen la categoría de Régimen Especial de Tributación, las cuales frente al impuesto de renta tributan hasta un 13% menos que las empresas convencionales, lo que consecuentemente les permitiría realizar más cómodamente un ofrecimiento económico menor y tener una mejor posición frente a los demás en los factores de

ponderación que por regla general, son el factor determinante a la hora de escoger la mejor oferta.

Así las cosas, esa ventaja que por virtud de la Ley tienen las ESAL frente a las demás empresas en el Régimen General de Contratación, aunque es totalmente ajeno a las entidades estatales, estas deben velar por no desequilibrar aún más la balanza y en tal caso propender no dar más beneficios que vulneran el principio Constitucional a la igualdad entre proponentes.

Muchas dudas se gestan alrededor de la capacidad financiera como requisito habilitante para participar en los procesos de contratación que se les deben exigir a las entidades sin ánimo de lucro, pues el hecho de no perseguir ánimo de lucro y de solamente desarrollar un objeto de interés público, social o altruista, lo pudiese llevar a que sus índices financieros no sean competitivos con empresas que si persiguen ánimo de lucro y que permanentemente reinvierten su capital en su objeto social que no es otro diferente al de generar utilidades para luego ser repartido entre los socios.

En efecto, es recurrente que las ESAL argumentando lo planteado en el párrafo anterior, soliciten respecto a los requisitos financieros, vía observaciones a los prepliegos e invitaciones públicas en los procesos de contratación, un trato diferenciado, en donde se exonere de la evaluación de tal requisito o los porcentajes exigidos en los índices de liquidez, índices de endeudamiento, razón de cobertura de intereses, capital de trabajo, patrimonio, etcétera, sean menores a los exigidos a las demás empresas comunes.

Ahora bien, el objetivo de los requisitos habilitantes financieros son asegurar que los posibles oferentes cuenten con la capacidad de ejecutar el bien o servicio de manera que lo puedan llevar a cabo con oportunidad y ante cualquier situación económica adversa del contratista, este disponga de un músculo financiero para no paralizar el contrato y en el peor de los casos a la hora de declarar un incumplimiento total o parcial o una caducidad contractual este tenga cómo responder patrimonialmente al estado.

En ese orden de ideas, es evidente que un trato diferenciado a la hora de evaluar los requisitos financieros a las ESAL constituye una clara vulneración a la garantía del

derecho a la igualdad de proponentes, pues como ya se menciona, desequilibra aún más la balanza en contra de los proponentes no ESAL, y por si fuera poco constituye un inminente riesgo en el cumplimiento de la ejecución del contrato por el posible contratista, al no tener los indicadores financieros que conforme al estudio realizado por la entidad estatal se requieren para la salud financiera del contrato.

Adicionalmente se comparte plenamente la posición Jaramillo (2018) las ESAL no tengan un fin lucrativo, estas deben velar por que su fin social se acreciente y por tanto velar por que su patrimonio y utilidades crezcan, de tal forma que puedan cumplir el objeto social para las que fueron creadas, esto es, contribuir a un desarrollo integral de la sociedad, disminuir las brechas sociales impulsando programas y actividades de interés público.

En este sentido, han sido por todos estos antecedentes que con el objetivo de conocer cómo se está aplicando el principio de igualdad entre proponentes en el Estatuto General de Contratación en las principales entidades territoriales del departamento del Huila vigencias 2017 a 2019 respecto a las ESAL y los requisitos financieros, se inició el presente trabajo de investigación aplicando un modelo analítico con enfoque multimodal que conjuga en su misma investigación un proceso tanto cualitativo como cuantitativo, y que respecto a ese último enfoque cuantitativo se revisaron 2.266 procesos de contratación publicados en las plataformas SECOP I y SECOP II, por las ya mencionadas entidades estatales y de las cuales se pudo establecer que del total de procesos publicados, en un 13% aproximadamente participan entidades sin ánimo de lucro.

Del análisis de datos que resultó, se tiene que en términos generales las principales entidades territoriales del departamento del Huila en las vigencias 2017, 2018 y 2019 garantizaron el principio de igualdad entre proponentes respecto al requisito habilitante financiero para las ESAL. Lo anterior, debido a que su exigibilidad o no, se hizo de manera igualitaria, destacando que para los procesos en donde no se exigió dicho requisito en la invitación pública o pliego de condiciones, en un 98,7% corresponde a procesos de mínima cuantía, que, de conformidad con la normativa de la época, no tenía contemplado la posibilidad de exigirlo para dichos procesos y aunque tampoco

estaba prohibido, el común denominador es que las administraciones municipales y departamental no la exigen.

Respecto a las evaluaciones del requisito financiero realizadas a las ESAL, en su totalidad fueron calificadas conforme a las exigencias de la invitación pública, a pesar de que en algunas observaciones se solicitó de manera expresa se exonerara o se diera un tratamiento diferencial para las entidades sin ánimo de lucro, no se dio lugar a ello y en efecto no vulnera el principio de igualdad entre proponentes.

Es necesario reflexionar lo siguiente: si no hay pluralidad de oferentes en los procesos de contratación se torna complejo hablar de garantizar el principio de igualdad de oferentes, pues si solo existe un oferente dicho principio es ilusorio y por tanto el hecho de que en solo el 53% de los procesos de contratación realizados por las entidades territoriales de la Gobernación del Huila, municipio de Neiva, municipio de La Plata, municipio de Pitalito y municipio de Garzón para los años 2017 a 2019, exista únicamente un solo oferente es de preocupación, aún más frente a las ESAL, que en un 61,3% de los procesos que les fueron adjudicados se realizaron sin afluencia de oferentes.

Por ende, es preciso notar que las entidades territoriales que no están obligadas a utilizar la plataforma transaccional SECOP II son las que en los procesos de contratación mayoritariamente solo tienen una oferta, lo que advierte de la necesidad de que Colombia Compra eficiente acelere la implementación de dicha plataforma a los municipios de categoría 5 y 6, y así se pueda garantizar aún más el principio de igualdad entre oferentes y pluralidad de oferentes.

CONCLUSIONES

Las entidades sin ánimo de lucro (ESAL) en Colombia, reconocidas por la Constitución de 1991, desempeñan un papel crucial en la promoción del bienestar colectivo y la mejora de la calidad de vida de la sociedad en su conjunto, estas organizaciones se han convertido en un elemento fundamental en la atención de poblaciones vulnerables y en la ejecución de programas de interés público.

A lo largo de la historia, el uso de recursos públicos por parte de algunas ESAL ha estado plagado de corrupción. Para abordar este problema, la Constitución de 1991 introdujo una prohibición que impide a las ramas u órganos del poder público otorgar auxilios o donaciones a personas naturales o jurídicas de derecho privado. En su lugar, se estableció un mecanismo de contratación, destinado a controlar el uso de los recursos públicos y garantizar su uso efectivo.

De esta manera, la naturaleza fundamental de las ESAL radica en su enfoque sin ánimo de lucro, aquello significa que su razón de ser no es la búsqueda de ganancias personales o individuales para sus miembros, sino más bien, su objetivo principal es contribuir al bienestar general de la sociedad en su conjunto. En este sentido, la Constitución de Colombia garantiza el derecho de libre asociación, permitiendo a las personas formar organizaciones, ya sea con fines de lucro o sin ánimo de lucro. Esto fomenta la participación activa de la sociedad civil en la gestión pública y en el desarrollo del país.

Además, el presente estudio evidencia las diferencias fundamentales entre las corporaciones y las fundaciones, dos tipos de ESAL. Por un lado, las corporaciones se financian principalmente a través de las contribuciones de sus miembros y persiguen objetivos específicos definidos por esos miembros. En cambio, las fundaciones se sustentan con recursos proporcionados por el fundador y buscan beneficiar al interés público en general.

Entonces, a pesar de su enfoque en actividades benéficas, las ESAL están sujetas a supervisión y control estatal. Esto se hace para asegurar que cumplan adecuadamente

con sus actividades de interés general y que utilicen los recursos asignados de manera apropiada. Así pues, se establece un régimen contractual para las ESAL que desean celebrar contratos con el Estado o particulares. Este régimen establece requisitos y procedimientos que tienen como objetivo garantizar la transparencia y eficacia en la prestación de bienes y servicios por parte de estas organizaciones.

En este orden de ideas, la pobreza resultante del sistema económico capitalista y al predominio del ánimo de lucro en la mentalidad contemporánea, ha dado lugar a desigualdades significativas en América Latina convirtiendo en una preocupación importante para los gobernantes, ya que puede hacer que un estado sea financieramente insostenible. De ahí que, para abordar esta cuestión, ha surgido una disciplina llamada economía social, apoyada en las empresas de economía social (ES), que incluyen a las ESAL.

Dicho lo anterior la diferencia entre economía social y economía solidaria radica en que desde la economía social las acciones de bienestar están dirigidas hacia sectores populares, pero los usuarios no son propietarios ni directores de estas entidades. En cambio, en la economía solidaria, los asociados son tanto aportantes como propietarios y gestores de las organizaciones.

Entonces, en detalle, la naturaleza de las ESAL se centra en que su enfoque es sin ánimo de lucro y su compromiso se proyecta hacia la búsqueda de fines sociales. En consecuencia, el derecho de asociación, garantizado por la Constitución Colombiana, se considera fundamental en la creación, desarrollo, funcionamiento y disolución de las ESAL.

En el contexto de las ESAL, existen clasificaciones según su propósito y actividades, lo que incluye categorías como gremiales, de beneficencia, de profesionales, juveniles, sociales, de bienestar social, democráticas y participativas, cívicas y comunitarias, de egresados, y de ayuda a personas en situación de vulnerabilidad, entre otras. No obstante, también se pueden clasificar desde las cooperativas, las precooperativas, las cooperativas de trabajo asociado, las asociaciones mutuales y los fondos de empleados; enfatizando que, estas entidades buscan proporcionar bienestar

a sus asociados y a la comunidad en general, por lo que, están reguladas por leyes específicas.

La importancia de las ESAL radica en su naturaleza jurídica y sus atributos particulares. El Estado puede utilizar estas entidades para impulsar programas y actividades de interés público en línea con los planes nacionales y regionales de desarrollo. Esto las convierte en valiosos instrumentos para el beneficio de la comunidad y la protección de los sectores más desfavorecidos.

Aunque la Constitución de 1991 menciona explícitamente a las ESAL en el artículo 355, las regulaciones y procedimientos para su contratación han evolucionado con el tiempo, aquello ha generado desafíos, y algunos sectores han planteado inquietudes sobre la falta de criterios claros para la selección de ESAL y la necesidad de una regulación más específica.

Por su parte, el Gobierno Nacional emitió el Decreto 092 en 2017 para regular la contratación con ESAL de reconocida idoneidad. Sin embargo, esta regulación ha enfrentado críticas y desafíos legales. Algunos consideran que no aborda de manera integral los problemas relacionados con la suscripción de convenios de asociación, lo que ha llevado a la suspensión de partes del decreto y a una situación de incertidumbre en la regulación de las ESAL.

Por otro lado, el análisis del régimen general de contratación y el régimen especial de tributación en el contexto de la contratación estatal es un tema fundamental para comprender el funcionamiento de las relaciones entre el Estado y los contratistas. De modo que, en cuanto al régimen general de contratación con oferta es un asunto complejo y variado, ya que existen muchas variables que pueden influir en su significado.

Sin embargo, una definición general podría basarse en el derecho privado, donde un contrato se entiende como un acuerdo de voluntades entre dos o más partes. En el contexto de la contratación con el Estado, se puede definir como un acuerdo de voluntades entre una entidad pública y un particular, este acuerdo busca el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, como se estipula en la Ley 489 de 1998. Por esta

razón la contratación estatal es una parte esencial de la función administrativa del Estado y se utiliza para satisfacer necesidades colectivas y de interés general.

En este sentido, la contratación estatal es una herramienta instrumental para alcanzar los altos objetivos del Estado, por lo que, se diferencia de los contratos de derecho privado en varios aspectos, como la falta de igualdad de condiciones debido al interés general y la autonomía limitada de las partes contratantes. Su propósito principal es la satisfacción de necesidades públicas.

El proceso de contratación estatal incluye varias etapas, siendo la precontractual una de las más importantes. En esta etapa, se define el objeto y los límites del contrato, lo cual implica la invitación a participar, la presentación y selección de propuestas y culmina con la adjudicación del contrato. Esta fase requiere una planificación minuciosa, la identificación de requisitos y la claridad en los criterios de selección.

En suma, existen diversas modalidades de selección en esta etapa, como la licitación pública, selección abreviada y mínima cuantía, cada modalidad tiene sus propios criterios de selección objetiva, que pueden estar basados en factores como el precio, la calidad o la combinación de ambos. La elección de la modalidad dependerá de las características del contrato y la naturaleza de la prestación.

Así mismo, en la fase contractual, se lleva a cabo la ejecución del contrato, comienza con la firma y el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento, durante esta etapa, se supervisa el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de las partes involucradas. Si surgen controversias, se recurre al juez contencioso administrativo para resolverlas.

Finalmente, la fase post contractual se refiere a la liquidación del contrato estatal, este es un procedimiento mediante el cual se emiten pronunciamientos sobre la ejecución de las prestaciones contractuales y las eventualidades que surgieron durante su desarrollo, el objetivo es aclarar y definir todos los aspectos relativos a la relación contractual entre ambas partes.

Adicionalmente, el régimen especial de tributación se relaciona con los aspectos fiscales y tributarios que afectan a los contratos estatales. En Colombia, los contratos con entidades estatales están sujetos a normas tributarias específicas, de modo que, los contratos pueden involucrar impuestos, tasas o contribuciones que deben ser pagados por las partes, dependiendo de la entidad contratante y el tipo de contrato.

Por ejemplo, la Ley 2022 de 2020 introdujo cambios significativos en la obligatoriedad de acuerdos marco de precios y documentos tipo en procesos de obra pública de infraestructura de transporte. Razón por la cual, la implementación de estos documentos busca estandarizar los procesos de contratación, reducir costos y garantizar la transparencia en los contratos.

De ahí que, el principio de igualdad entre proponentes en Colombia es un pilar fundamental en el contexto de la contratación estatal en el país. Este principio se deriva de la Constitución Política y está destinado a garantizar que todos los proponentes tengan igualdad de oportunidades y sean tratados de manera justa en los procesos de contratación pública.

En Colombia, la administración pública está obligada a desarrollar sus funciones de acuerdo con los principios establecidos en la Constitución y la ley, esto incluye la promoción de la prosperidad general y la garantía de los derechos y deberes consagrados en la Constitución. Motivo por el cual, la función administrativa debe llevarse a cabo de manera transparente, eficaz, y bajo principios como la igualdad, la moralidad, la economía y la publicidad.

Entonces, el principio de igualdad entre proponentes implica que todos los participantes en un proceso de selección deben tener las mismas oportunidades y recibir un trato justo y equitativo. Así que, la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias o favorecer a un proponente en detrimento de otros, ya que esto asegura que los interesados compitan en igualdad de condiciones y que las ofertas se evalúen de manera objetiva y libre de favoritismos.

La igualdad de oportunidades en la contratación pública también se traduce en el derecho a la libre concurrencia y oposición, por lo que, significa que cualquier entidad que cumpla con los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones debe poder participar en el proceso de selección. Toda vez que, la competencia abierta promueve la presentación de ofertas más favorables y beneficia tanto a los proponentes como a la administración.

Sin embargo, es importante destacar que el principio de igualdad no es absoluto y puede permitir un tratamiento diferencial justificado en casos específicos, siempre que esté en línea con el interés general, si bien esto no debe usarse como pretexto para prácticas inadecuadas, es responsabilidad de las instituciones supervisar rigurosamente los procesos de contratación para garantizar su integridad y equidad.

Por consiguiente, en Colombia, los "Requisitos Habilitantes" son fundamentales en la contratación estatal y se dividen en capacidad jurídica, capacidad financiera, capacidad organizacional y experiencia, puesto que, la capacidad financiera es esencial y se enfoca en evaluar la salud financiera de los proponentes a través de la revisión de estados financieros, balances, flujo de efectivo, deudas y activos, los cuales incluyen indicadores como el índice de liquidez, el endeudamiento y la rentabilidad.

De esta manera, el artículo 10 del Decreto 1510 de 2013 detalla indicadores financieros básicos que la entidad contratante debe solicitar, incluyendo el índice de liquidez, el índice de endeudamiento y la razón de cobertura de intereses, dichos indicadores ayudan a evaluar la capacidad financiera de los proponentes y su capacidad para cumplir con las obligaciones financieras del contrato.

Para las ESAL, que no persiguen ánimo de lucro, es importante considerar si es apropiado exigir o dar un tratamiento diferenciado en el cumplimiento del requisito habilitante financiero. Aunque no persiguen el lucro, pueden generar rentabilidad a través de actividades comerciales que contribuyan a sus objetivos de interés general y beneficio comunitario. En consecuencia, la falta de ánimo de lucro no impide la generación de rentabilidad siempre que esta se reinvierta en el objeto social de la entidad.

Por tanto, este estudio se enfoca en analizar el panorama financiero de las ESAL en el departamento del Huila durante el período de 2017 a 2019, especialmente en el ámbito de la contratación con oferta. A lo largo de este período, se examinan detalladamente las tendencias, desafíos y oportunidades financieras que influyeron en la participación de las ESAL en procesos de contratación, proporcionando una visión integral de su desempeño en este contexto particular.

Durante este período, un total de 2,266 procesos de contratación se llevaron a cabo en las entidades territoriales principales del Huila. De estos procesos, 293 involucraron a ESAL, mientras que 99 procesos se terminaron de manera anormal. Esto indica que aproximadamente el 13% de los procesos de contratación en los municipios principales del Huila contaron con la participación de ESAL. Aunque este porcentaje puede parecer modesto a primera vista, refleja un importante hallazgo: las ESAL no se limitan a utilizar exclusivamente el Decreto 092 de 2017 para sus operaciones, sino que ven en el régimen general de contratación una oportunidad para ofrecer sus bienes y servicios y cumplir con sus objetivos sociales.

En cuanto a la distribución geográfica de la participación de las ESAL, se observa que la mayoría de ellas se concentran en la Gobernación del Huila y el municipio de Neiva, representando el 61.4% de todas las participaciones. Estas entidades territoriales más grandes atraen una mayor participación de ESAL, posiblemente debido a su uso de plataformas nacionales, como Secop II, que facilitan la presentación de ofertas. Por otro lado, el municipio de Garzón registró una participación mucho menor, con solo el 6.4%, destacando la diferencia en la participación de ESAL entre entidades territoriales de mayor y menor tamaño.

En lo que respecta a los requisitos financieros, se encontró que en 154 procesos de los 293 en los que participaron ESAL, no se les exigió cumplir con requisitos financieros. Sin embargo, es importante señalar que todos estos procesos eran de Mínima Cuantía, donde, según la normativa vigente, no se requiere obligatoriamente un requisito financiero. Esto demuestra que las ESAL no se eximieron de cumplir con los requisitos financieros en procesos donde era necesario.

Por su parte, la evaluación de requisitos financieros reveló que en el 47% de los casos, se realizó una evaluación de estos requisitos según las invitaciones públicas o pliegos de condiciones, aquello demuestra que las ESAL se sometieron a evaluaciones de requisitos financieros en igualdad de condiciones con otros oferentes, y en todos los casos, se comprobó que las ESAL cumplían con los requisitos financieros exigidos.

Finalmente, en términos de adjudicación de contratos, se encontró que, en el período de estudio, se adjudicaron 199 contratos estatales a ESAL, lo que representa un 67.9% de efectividad en la adjudicación de contratos en relación con el número de ofertas presentadas por ESAL. Este resultado subraya que la mayoría de las ESAL en el Huila presentaron ofertas en el régimen general de contratación y lograron obtener contratos estatales. Esto indica que estas entidades están cumpliendo con los requisitos financieros y operando en igualdad de condiciones con otros oferentes en su búsqueda por contribuir al cumplimiento de sus objetivos sociales.

Adicionalmente, se examinan las adjudicaciones a ESAL, y se observa que un 9% de los procesos de contratación en los principales municipios del departamento del Huila se adjudican a ESAL, lo que representa un espacio significativo dentro del Estatuto General de Contratación. También se nota que un 9% de los procesos de contratación terminan de manera anormal.

Por lo que, la Gobernación del Huila lidera en número de adjudicaciones a ESAL, con un total de 59%. Se evalúa la pluralidad de oferentes, mostrando que en el 53% de los procesos de contratación solo hubo un proponente, lo que plantea preocupaciones sobre la garantía del principio de igualdad.

El estudio también destaca que, en general, las ESAL no se eximen del requisito financiero, y sus capacidades financieras se evalúan en igualdad de condiciones que otros proponentes, razón por la cual, se argumenta que un trato diferenciado en la evaluación de requisitos financieros para ESAL sería una vulneración al principio de igualdad. Asimismo, se resalta la ventaja fiscal que tienen las ESAL y cómo esto podría influir en sus ofertas económicas. A pesar de esta ventaja, se destaca que las ESAL están dispuestas a competir en igualdad de condiciones en la contratación pública.

Para concluir, se plantea la necesidad de acelerar la implementación de la plataforma transaccional SECOP II en los municipios de categoría 5 y 6 para garantizar un mayor cumplimiento del principio de igualdad entre proponentes y pluralidad de oferentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Águila, A. & Melendez A. (2010). Factores derminantes de la innovación en empresas de economía social. La importancia de la formación y de la actitud estratégica. Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 67, Abril 2010, (pp.129-155).

Alfaro García, J.C. (2011). El régimen especial y autónomo de las relaciones contractuales estatales con entidades sin ánimo de lucro. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Trabajo de Grado.

Ángel, J. (2016). Participación ciudadana y control social: Retos de las veedurías. Bogotá, Colombia: Universidad Militar Nueva Granada.

Arciniegas Franco, J. (1982). Régimen Legal de las Instituciones de Utilidad Común. Editorial Dintel, 1a ed. Bogotá.

Bahamón Jara, M. L. (2018). Elementos y presupuestos de la contratación estatal. 1ra ed., Bogotá, Editorial Universidad Católica de Colombia.

Cassagne, J. (1999). El Contrato Administrativo; Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Castro, García, M. (2010). La contratación Estatal Teoría General, perspectiva comparada y regulación internacional. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Chaves, R. y Sajardo, A. (2004). Economía política de los directivos de las empresas de economía social. Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, núm. 48, abril, 2004, 31-52.

Chávez Marín, A. (2012). Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual, 2a ed., Bogotá, Editorial Universidad del Rosario.

Corredor, G. (2018). Los Bonos con Impacto Social en el contexto de la reforma a la ley de contratación pública: retos y oportunidades. Derecho del Estado, 4, p 130.

Expósito, J (2003). La configuración del contrato de la Administración Pública en el derecho colombiano y español, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 396-397.

Farrando, I. et al. (2002). Contratos Administrativos; 1º ed; Lexis Nexis Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Gaitan, O. (2014). Guía Práctica de las Entidades sin ánimo de lucro y del sector solidario. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.

Gómez, A. & Díaz, C. A. (2018). Los convenios de interés público y de asociación en el régimen de contratación pública colombiana. Universidad del Externado. Revista Derecho del Estado. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6151/8606#figures>

Güechá, J. (2017), Los principios de la contratación estatal: una mirada desde la comparación entre el equilibrio económico y financiero y la igualdad de las partes en el contrato. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá D.C. p.

Grosso Rincón, C. (2013). La economía social desde tres perspectivas: tercer sector, organizaciones no gubernamentales y entidades sin ánimo de lucro, Tend. Ret. ISSN 0122-9729. Vol. 18, No. 1, enero-junio 2013, pp. 143-158.

Hernández, A.P. (2009) “La liquidación del contrato estatal”, Revista digital de Derecho Administrativo, núm. 1, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2597/2236> (acceso diciembre 4, 2019).

Jaramillo, J, (2018). Entidades sin ánimo de lucro legalidad y tributación, octava edición, Editorial Legis. Bogotá.

López Veiga Brea, J. (2017). A contratación pública de servizos ás persoas tras a aprobación das directivas europeas de cuarta xeración, España. REGAP: Revista galega de administración pública, página 157 – 177. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6226529>.

Montenegro Pozo, A. P. (2013). La Naturaleza de los Contratos Administrativos. Énfasis en la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Quito: Universidad San Francisco de Quito. Trabajo de grado.

Naranjo Cely, V.A. (2014). Los convenios administrativos de asociación e interés público, entre el ejercicio del poder discrecional de la administración y la aplicación de los principios de la contratación estatal en Colombia. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Trabajo de Grado.

Pachon, L. (2014). Contratación Pública, Análisis normativo descriptivo de procedimientos. Bogotá: Ecoe Ediciones.

Pardo Posada, N. E. (2011). Los principios de igualdad y reciprocidad en ofertas extranjeras vs las mipymes en contratación estatal: un límite a la globalización. Bogotá: Universidad Libre. Trabajo de Grado.

Penagos, G. (2004). Derecho Administrativo nuevas tendencias. Bogotá, Ediciones doctrina y ley Ltda., 5ª ed.

Perez Buitrago, S. (2018). Las claves para entender la nueva modificación a las normas de contratación. Revista Ámbito jurídico, Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/administrativo-y-contratacion/las-claves-para-entender-la-nueva-modificacion-las> el 03 octubre de 2019.

Salgado, E. (2008). Nueva visión de la economía solidaria. Bogotá: Universidad La Gran Colombia.

Suárez Ríos, C.V. (2016). Controles a la elusión de los procesos selectivos en la contratación entre entidades sin ánimo de lucro de naturaleza privada y el Estado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Trabajo de Grado.

Tafur Galvis, A. (1991). Estudios de derecho Público. Bogotá, Colombia. Editorial Gustavo Ibáñez.

Valdivieso, O. (2004). De los contratos con entidades sin ánimo de lucro previstos en el artículo 355 de la Constitución Política. Un estudio sobre las modalidades abusivas. Bogotá: Universidad Católica de Bogotá. Trabajo de Grado.

Valencia Zea, A. (2002). Derecho civil parte general y personas. Bogotá. Editorial Temis SA-. 15° ed.

Valencia Grajales, D. H. & Pardo Cortes, M. A. (2014). Limitaciones a los principios de igualdad y libre concurrencia en la licitación pública. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada. Trabajo de Grado.

Vélez, L. (1995). La terminación y liquidación en los contratos de las entidades estatales en Comentarios al nuevo régimen de la contratación administrativa, ed. Juan Pablo Cárdenas, Ediciones Rosaristas Bogotá.

Villar, R. (2018). Las Fundaciones en Colombia: Características, Tendencias, Desafíos, Bogotá.

Vinueza, D & Guillermo, L (2016). Régimen jurídico de contratación estatal. 3a. ed., Legis, Bogotá D.C

Referencias Jurisprudenciales

CConst, C-803/2009, MP. N. Pinilla.

CConst, C-865/2004, MP. R. Escobar.

CConst, C-254/1996, MP. E. Cifuentes.

CConst, C-887/2002, MP. C. Vargas.

CConst, C-713/2009, MP. M. Calle.

CE 4, 09 Ago. 2012, e25000232700020080017901, W. Giraldo.

CE, 3, 05 Jul. 2017, e11001032600020170008300, J. Santofimio.

CE, 3, 06 Ago. 2019, e11001032600020180011300, C. Zambrano.

CE, 3, 19 Jul. 2001, e11001032600019960377101, A. Hernández.

CE, 3, 03 Dic. 2007, e11001032600020030001401, R. Correa.

Sala de Consulta y Servicio Civil (22 de febrero de 1996) concepto 773. [M.P. Luis Camilo Osorio Isaza, Presidente de la Sala; Javier Henao Hidrón, César Hoyos Salazar, Roberto Suárez Franco].

Referencias Normativas

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 38, 40, 355.

Código Civil título 36 artículos 633 a 652.

D. 427/1996.

L. 850/2003.

L. 79/1988.

L. 454/1998.

L.1233/2008.

L.1429/2010.

D. 624/1989

L. 80/1993

L. 1150/ 2007

L. 1819/2016

L. 2069/2020

D. 1860/2021

L. 1955/2019

L. 2022/2020

D. 310/2021

Circular Externa CCE-Circular 004 -2021, Agencia Nacional de contratación pública.

Prensa

La República, 30 Jul. 2019. Sector solidario podría ganar más de \$30 billones este año. Disponible en: <https://www.larepublica.co/especiales/cooperativas-julio-2019/sector-solidario-podria-ganar-mas-de-30-billones-este-ano-2890753#:~:text=Seg%C3%BAn%20la%20Alianza%20Cooperativa%20Internacional,el%20progreso%20de%20los%20pa%C3%ADses.>

Referencias De La Web

Colombia Compra Eficiente (2015). “Síntesis Normativa y Jurisprudencia en Contratación. Etapa precontractual: Principios de la Contratación Estatal”. Disponible en: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/1-etapa-precontractual-principios-de-la-contrataci%C3%B3n-estatal>

Colombia Compra Eficiente (2022). “Guía para la comprensión e implementación de los Documentos Tipo de obra pública de infraestructura de transporte bajo las diferentes modalidades de contratación vigentes”. Disponible en: https://img.lalr.co/cms/2021/03/24164346/guia_para_la_comprension_e_implementacion_de_los_documentos_tipo_obra_publica_de_infraestructura_transporte_-_cce-eicp-gi12.pdf

Colombia Compra Eficiente (2014). “Manual para determinar y verificar los requisitos habilitantes en los Procesos de Contratación”. Recuperado de

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140901_manual_req_uisitos_habilitantes_4_web.pdf el 15 de octubre de 2019.

Departamento administrativo de estadística (2019). “Censo nacional de población y vivienda 2018 Colombia”. Disponible en: <https://sitios.dane.gov.co/cnpv/app/views/informacion/fichas/41.pdf>

Ezeberry, Agustina (2000-2015). El principio de igualdad en la licitación pública. Sus implicancias en la modificación de los pliegos y en la ejecución del contrato administrativo. Protocolo A00393346347 de Utsupra. www.utsupra.com