



Bogotá, D.C, septiembre 2 de 2015

Señora
MARÍA MARGARITA ZULETA
Directora
Colombia Compra Eficiente

Señor
CAMILO ENCISO
Secretario de Transparencia
Ciudad

Respetada Sra. Zuleta y respetado Sr. Enciso,

La Confederación Colombiana de ONG - CCONG, hace entrega del presente documento, que ha sido elaborado en el marco de la agenda de incidencia para un ambiente propicio para las organizaciones de la sociedad civil¹, que lidera la CCONG, entidad del orden nacional creada en 1989, que agrupa entidades sin ánimo de lucro (fundaciones, corporaciones, asociaciones y federaciones de ONG) con presencia en 22 departamentos del país y que tiene como uno de sus propósitos buscar condiciones favorables para la labor que realizan las organizaciones sociales. El presente documento contó con la colaboración de Juan Carlos Jaramillo Díaz² y con aportes de las organizaciones confederadas.

El documento tiene como propósitos, hacer comentarios y plantear recomendaciones acerca del proyecto de decreto reglamentario del Departamento Nacional de Planeación, que deroga el Decreto 777 de 1992 sobre contratación con entidades sin ánimo de lucro en el marco del Art. 355 de la Constitución Política. Esperamos que este documento contribuya al análisis que están realizando del tema, en un sector que

¹ Consulte la [Agenda de incidencia para un entorno propicio para las OSC](#). CCONG - 2014

² Abogado de la Universidad de la Sabana y especialista en tributación de la Universidad de los Andes, con amplia experiencia en derecho tributario, auditoría tributaria desde el punto de vista legal, manejo de aspectos jurídicos contables de los impuestos, due diligence y planeación tributaria a nivel empresarial y familiar.



se caracteriza por su inmensa diversidad y que sea un referente para tener un diálogo acerca de los derechos, deberes y realidades de contratación con las ESAL y se garantice el mandato que da la Constitución de manera participativa, plural y transparente.

En relación con el proyecto tenemos lo siguientes comentarios:

1. El proyecto plantea como una de las condiciones para que la entidad estatal pueda contratar con una entidad sin ánimo de lucro, que además de los recursos estar vinculados o atados al plan nacional o seccional de desarrollo, no exista oferta de los bienes, obras y servicios requeridos para la línea del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades sin ánimo de lucro o, a pesar de que exista, la contratación con entidades sin ánimo de lucro representa optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo.
 - a. Aquí la preocupación que hacemos evidente es que frente a la oferta de obras, bienes y servicios, no exista una “mezcla” de normativa en la contratación es decir que si se trata de contratar con el sector no lucrativo las reglas sean claras y aplicables respecto a ese sector, sin considerar normas generales que pretendan propiciar una situación equívoca respecto de si la entidad estatal contrata por esta vía especial o por la vía general de la contratación administrativa.
 - b. Sobre este tema: resulta oportuno citar los siguientes comentarios doctrinales: "... de la lectura del artículo 355 se desprende que el objeto de los contratos es 'impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional de Desarrollo'. Esta norma muestra claramente que *“los contratos a que se refiere dicha disposición son aquellos por los cuales el Estado entrega recursos a un ente sin ánimo de lucro para que el mismo pueda adelantar sus programas”*. Los programas a que se refiere no son los programas del Estado sino los programas del ente privado, porque si fueran los del Estado se trataría no simplemente de impulsar un programa sino de ejecutarlo. Y es aquí donde se marca una radical diferencia con los contratos que tienen por objeto ejecutar un proyecto gubernamental de acuerdo con los parámetros fijados por el ente público y de conformidad con sus instrucciones. Por tanto, hacemos un llamado para que se mantenga esa diferenciación y no se vaya a desvirtuar lo establecido en el Art. 355 de la Constitución

2. El proyecto plantea que las entidades descentralizadas pueden contratar con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en los términos del presente decreto, previa autorización expresa del representante legal de la Nación o de la entidad territorial correspondiente. Esta precisión se hace luego de señalar las condiciones de contratación y la necesidad de dejar documentada la decisión en estudios previos; lo cual pone de presente una dificultad: La reconocida idoneidad se verifica solamente en este ámbito (el de competencia de las entidades descentralizadas de que tratan los artículos 95 y 96 de la ley 489 de 1988), o es una nota característica de la contratación en general para entidades sin ánimo de lucro? Nos inclinamos a pensar lo último, aunque en la práctica se demuestra una asimilación de las ESAL con el sector empresarial en los requisitos y las capacidades organizacionales y financieras. Por tanto, es muy pertinente que el proyecto aclare que en cualquier caso esta reglamentación que se propone, cuando se implemente, prevalece frente a la regulación general de la contratación administrativa.

Adicionalmente, la CCONG propone que el proyecto de reforma establezca algunos criterios para demostrar la reconocida idoneidad entre ellos:

- Que las ESAL demuestren una estructura de gobierno corporativo. Que tenga código de ética y políticas de transparencia, financiamiento, procedencia de los recursos, conflicto de interés, entre otras.
 - Que se exija para la contratación mínimo tres años de constitución de la ESAL.
 - Que demuestren una oferta de valor³.
 - Que demuestre trabajo en alianza.
 - Que hayan adoptado prácticas de auto-regulación propias del sector como iniciativas de transparencia y rendición de cuentas o de acreditación.
3. El proyecto al final deroga en su totalidad el Decreto 777 de 1992. Vemos que ese criterio de derogación expresa nos pondría en una situación compleja respecto a un tema en concreto y es lo relacionado con el régimen de exclusiones que hoy

³ Se entiende por oferta de valor, los servicios, bienes y productos que son ofrecidos por las entidades sin ánimo de lucro, que son reconocidos; que tienen establecidos protocolos y estándares para su prestación; se acompañan de estrategias que generan capacidades hacia quienes se dirigen; posibilitan el trabajo en red y la construcción de alianzas, se pueden innovar; son escalables; y construyen pedagogías, metodologías, modelos de trabajo y nuevo conocimiento.



trae el artículo 2 del decreto 777 de 1992, y en el cual por ejemplo los contratos de prestación de servicios se excluyen de esta forma de contratación.

4. Es importante indicar que en el deber ser, es la ESAL ya creada y con reconocida experticia y con un propósito e interés general y de beneficio a la comunidad la que tendría el derecho a acceder a estos recursos del Estado y no vemos con buenos ojos que el criterio que impere sea el de conformar entidades sin ánimo de lucro simplemente para contratar con el Estado, porque ello sin duda promueve la creación de entidades que en su esencia y razón de ser no tienen claro un compromiso con el bienestar de la sociedad y fácilmente se crean y operan como entidades consultoras de prestación de servicios profesionales al Estado. Pensamos que cuando la norma constitucional se refiere a la expresión “impulsar” programas y actividades de interés público, dicho término debemos entenderlo y así expresarlo en el nuevo reglamento enmarcado dentro del modelo de cooperación o de asociación que inspira la contratación con el Estado.
5. El mandato de los artículos 6 y 7 del proyecto de decreto preocupan en su alcance y además vemos que de su contenido podría generarse en lugar de dos normas independientes una sola, pues siempre en últimas se llega a un mismo criterio y es la aplicabilidad a la contratación administrativa. Precisamente nuestra postura en lo fundamental y de fondo es esa: Que con las previsiones del nuevo proyecto de reglamento al artículo 355 de la CP quede muy claro que se trata de una forma especial y prevalente sobre la contratación administrativa.
6. Dejamos en claro que algunas normas e instituciones jurídicas como las advertidas por los artículos 6 y 7 del proyecto son pertinentes a la contratación con entidades sin ánimo de lucro en el marco del artículo 355 de la CP; pero ese hecho es posible regularlo de manera clara y expresa al decir que esas normas de publicidad, anticipo, garantías, supervisión son de aplicación a esta contratación pero únicamente en lo que a su contenido se refiere, o de otra manera que serán aplicables en lo pertinente.
7. El proyecto toca un aspecto registral en dos artículos: (1) Artículo 8. Registro de entidades sin ánimo de lucro en el SECOP. Las entidades sin ánimo de lucro que contraten con las Entidades Estatales en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política y el presente decreto deben estar registradas en el SECOP, el cual será el medio para acreditar los requisitos definidos por las Entidades Estatales. Y (2) Artículo 9. Exclusión del RUP. Las Entidades Estatales no deben requerir la inscripción de las entidades sin ánimo de lucro de reconocida



idoneidad en el RUP para la contratación a la que hace referencia el presente decreto.

8. Nos parece muy acertado el planteamiento de excluir el RUP para la contratación que establece el Art. 355 de la Constitución Política y sobre todo sería mucho mas efectiva la medida si la reglamentación que se pretende deja en claro que esta contratación prevalece sobre la contratación general administrativa y solamente aplica ésta en lo que a los asuntos específicos se refiere en la forma como lo sugieren los artículos 6 y 7 del proyecto de decreto. De la misma manera vemos con buenos ojos la exigencia del registro en el SECOP como condición para acceder a la contratación del artículo 355 de la CP y a la administrativa en general, pero así mismo precisar el efecto de estas normas frente a la creación del RUES de las Cámaras de Comercio de que trata el artículo 166 del Decreto 19 del 10 de enero del 2012.
9. Ahora bien en cuanto a la no inscripción en el RUP, quizás lo que conviene es que del texto del artículo 9 se suprima la expresión reconocida idoneidad porque este calificativo lo otorga la entidad estatal misma dentro del proceso de contratación, frente a lo cual simplemente debería dejarse normado que en los procesos de contratación con el Estado de que trata el decreto, las entidades sin ánimo de lucro en general que hayan renovado su inscripción en el registro mercantil, no tendrán la obligación de la inscripción en el RUP.
10. Otra consideración que nos parece conveniente poner sobre el estudio del proyecto de decreto es el efecto concreto del IVA en procesos de contratación con el Estado donde por el mismo modelo del artículo 355 y el esquema es de cooperación, colaboración o asociación en armonía con el mandato de la ley 489 de 1988 de descentralización administrativa (artículos 95 y 96), se hace imperioso que el marco regulatorio reconozca que en esos esquemas de relacionamiento jurídico se presenta ausencia del hecho generador del IVA por cuanto no se configura la prestación de un servicio directo a la entidad pública (es la comunidad la beneficiaria directa de la actividad del contrato), tampoco la venta de un bien y mucho menos la importación. Las apreciaciones de la doctrina oficial de la DIAN expresadas a través de concepto 097937 del 29 de diciembre del 2005, avala este planteamiento.

A modo de recomendaciones:



11. Sugerimos crear una mesa de diálogo entre las instituciones de gobierno encargadas del tema y la Confederación Colombiana de ONG para analizar y revisar la contratación pública de las entidades sin ánimo de lucro, lo cual implica diferenciar entre la contratación que establece el Art. 355 de la CP y la contratación administrativa.

12. En relación con el deber ser de las organizaciones y lo consignado en el Art. 355 de la CP, es importante que en la relación Estado – ESAL imperen los principios de colaboración, cooperación y solidaridad y no el de competencia como lo establece el proyecto de decreto.

13. Vemos como muy positiva está reglamentación que se está impulsando, sin embargo, consideramos que se debe contar con el tiempo necesario y especialmente, con el concurso y la participación de distintas expresiones o instancias del sector sin ánimo de lucro, que como lo expresamos anteriormente, es muy diverso. Desde la CCONG, estamos seguros que podemos aportar al análisis y contribuir al proyecto de decreto que está promoviendo el gobierno, es una oportunidad para definir y aclarar este tema que tanto preocupa al gobierno y a nosotros como entidad nacional, ya que se hacen señalamientos de manera generalizada, poniendo en entredicho la labor social que desarrolla un número importante de ESAL.