

80112- EE55126

Bogotá, D.C. Agosto 11 de 2010.

Doctor

JUAN MANUEL LLANO URIBE

Alcalde Municipal de Manizales

Carrera 22 No. 18-25 Edificio Leonidas Londoño

Manizales - Caldas

Asunto: Aplicación del Decreto No. 777 de 1992 – Contratación con Entidades Privadas sin Ánimo de Lucro. – Concepto.

1. ANTECEDENTES

El doctor **JUAN MANUEL LLANO URIBE**, Alcalde Municipal de Manizales, mediante comunicación radicada por esta Oficina con el número 2010ER50179, solicita le sea absuelta una consulta atinente al tema de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y la aplicabilidad del Decreto No. 777 de 1992.

Como se ha dicho, el doctor **LLANO URIBE** plantea su consulta en los siguientes términos:

“El Municipio de Manizales en atención a los diversos Programas de Gobierno de los Alcaldes Municipales Locales y a las directrices impartidas inciso 2o, del artículo 2o, y en el numeral 76.17, del artículo 76 de la ley 715 de 2001, en lo referente a los programas de alimentación escolar y de restaurantes escolares, en la modalidad de contratación ha implementado las directrices del inciso 2 del artículo 355 de la Constitución Política y del Decreto 777 de 1992, esto es, se han suscrito contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, como lo son: (i) la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CALDAS (CONFAMILIARES), (ii) la COOPERATIVA DE ASOCIACIONES DE HOGARES COMUNITARIOS DE BIENESTAR (COOASOBIEN), (iii) el COMITÉ ASESOR VOLUNTARIO DE NUTRICIÓN (NUTRIR), y (iv) la ASOCIACIÓN GOTA DE LECHE - GOTA DE LECHE; contratos que tienen por objeto el desarrollar programas y actividades que están previstas en el Plan de Desarrollo vigente adoptado conforme a la ley, en cada período de gobierno, para el Municipio de Manizales.

Consecuente con lo anterior, sabiendo que las entidades ante citadas son de carácter privado, sin ánimo de lucro, de reconocida idoneidad, satisfaciéndose así las exigencias del decreto en comento, se pregunta: ¿"puede el Municipio de Manizales, como entidad territorial, seguir dando aplicación al Decreto 777 de 1992, o por el

contario, debe sujetarse a las directrices de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, resaltado que el decreto citado permite una contratación directa, en tanto que las enunciadas leyes implican el desarrollo de un proceso Licitatorio?”.

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En primer término es necesario indicar que de conformidad con el artículo 268 de la Constitución Política, compete a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Vigilancia ésta, que se da de manera posterior y selectiva.

En este sentido se debe precisar que no corresponde a la Contraloría General de la República, ni a esta Oficina Jurídica Asesora entrar a pronunciarse sobre casos específicos que, eventualmente, pudieran encontrarse en desarrollo por cuanto ello implicaría una indebida intervención en los asuntos que son del resorte de la Administración.

Así mismo, tampoco corresponde a este ente de Control abordar asuntos diferentes a los relativos a la ejecución de las competencias taxativamente determinadas en la Constitución y la Ley.

En razón de ello, la respuesta dispensada por este Despacho al doctor **LLANO URIBE** deberá entenderse de manera general en los asuntos relativos al control y la vigilancia fiscal pues, en lo demás, de resultar pertinente estaríamos en la obligación de correr traslado a la instancia competente.

Hechas estas precisiones se considera pertinente enmarcar, jurídicamente, la argumentación así:

¿Cuál sería la regulación Constitucional - Legal de los contratos que se celebren con entidades sin ánimo de lucro?

Así las cosas, este Despacho considera más que prudente transcribir el Artículo 355 de la Constitución Política de Colombia:

“Artículo 355. *Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.*

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades

privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia". (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, esta Oficina debe advertir que conforme a la norma Superior transcrita puede el Gobierno, en sus diferentes niveles, celebrar contratos con las entidades sin ánimo de lucro siempre que se cumplan unos requisitos especiales cuales son:

En primer lugar, una **reconocida idoneidad** de la entidad sin ánimo de lucro contratista. No sobra advertir que ésta *reconocida idoneidad* debe atender criterios objetivos y los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que debe surtir la función administrativa de acuerdo a lo consagrado en el artículo 209 de la Carta Política.¹

Un segundo requisito tiene que ver con la teleología de este tipo de contratos: La finalidad única es la de **impulsar programas y actividades de interés público**.

El tercer aspecto y/o requisito implica que dichos contratos deben estar acordes con **el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo**.

No sobra recordar que, frente a un inadecuado manejo de los dineros públicos por parte del contratista particular, podrá generarse una responsabilidad penal aplicable a los servidores públicos, especialmente en lo concerniente al delito de peculado por apropiación, sin perjuicio de otras conductas punibles igualmente aplicables a tal proceder, sin perjuicio a lo establecido en los Artículos 3º y 4º, parágrafo 1º de la Ley 610 de 2000.

Así mismo, menester es advertir que al margen de la forma y nominación que revista el contrato en sí debe ser tenido en cuenta que toda contratación, con independencia de su objeto, procedimiento y cuantía ha de estar precedida de los estudios previos de conveniencia y utilidad que justifiquen la celebración del mismo.

Ahora bien, el Artículo 1º del Decreto 777 de 1992, señala:

“Artículo 1º.- Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los

¹ **Artículo 209.-** 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.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983.

*"Los Contratos cuya cuantía sea igual o superior a cien salarios mínimos mensuales deberán publicarse en el Diario Oficial o en los respectivos diarios, gacetas o boletines oficiales de la correspondiente entidad territorial. Adicionalmente, aquellos que celebren la Nación y los establecimientos públicos del orden nacional cuya cuantía sea igual o superior a cinco mil salarios mínimos mensuales deberán someterse a la aprobación del Consejo de Ministros". **Modificado Decreto Número 1403 de 1992.***

*Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acrediten la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato. La autoridad facultada para celebrar el respectivo contrato deberá evaluar dicha calidad por escrito debidamente motivado. **Modificado Decreto Número 1403 de 1992"***

Por su parte, el Artículo 2º del referido Decreto 777 de 1992, establece:

"Artículo 2º.- Están excluidos del ámbito de aplicación del presente Decreto:

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

Como se dijo al principio del presente escrito, no es viable que este Despacho entre a viabilizar o descartar la posibilidad de contratar bajo los postulados del Decreto 777 de 1992, toda vez que si bien en la solicitud inicial se indica que las entidades contratadas cumplen con los requerimientos normativos, carece este Despacho de los elementos de juicio para confirmar tales aseveraciones, correspondiendo a los consultantes la determinación de tales factores en los respectivos estudios de conveniencia y oportunidad que justifiquen la celebración de los contratos referidos.

Lo que es realmente importante resaltar es que esta modalidad de contratación es viable únicamente en la medida que se satisfagan la totalidad de los requisitos

normativos, puesto que de otra forma deben sujetarse a las reglas generales de contratación, garantizando la competencia entre los posibles oferentes.

3. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo anteriormente expuesto consideramos que la Contratación Estatal con entidades sin Ánimo de Lucro, en desarrollo del Artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, se regirá por las disposiciones del Decreto No. 777 de 1992, **salvo en los casos consagrados en el Artículo 2º de dicho Decreto.**

Así mismo, recordamos que frente a un inadecuado manejo de los dineros públicos por parte del contratista particular, puede generarse la responsabilidad penal aplicable a los servidores públicos, especialmente en lo concerniente al delito de peculado por apropiación, sin perjuicio de otras conductas punibles igualmente aplicables a tal proceder.

Menester es advertir que al margen de la forma y nominación que revista el contrato en sí debe ser tenido en cuenta que toda contratación, con independencia de su objeto, procedimiento y cuantía ha de estar precedida de los estudios previos de conveniencia y utilidad que justifiquen la celebración del mismo.

Finalmente, reiteramos que no corresponde a la Contraloría General de la República, ni a esta Oficina Jurídica Asesora, entrar a pronunciarse sobre casos específicos que, eventualmente, pudieran encontrarse en desarrollo por cuanto ello implicaría una indebida intervención en los asuntos que son del resorte de la Administración.

Por lo anterior, le informamos que Usted puede conocer y consultar los conceptos que, con relación a éste y otros temas, ha proferido la Oficina Jurídica visitando nuestro portal institucional: <http://www.contraloriagen.gov.co>

Cordial saludo,

LUIS GUILLERMO CANDELA CAMPO

Director Oficina Jurídica

Proyectó: Dr. Felipe Giraldo Buenaventura - Abogado Contratista Oficina Jurídica
Revisó: Dr. Juan Carlos Luna Rosero - Coordinador de Gestión – Oficina Jurídica
Radicado: 2010ER50179