

# ESQUEMA LEGAL DEL PRIMER BONO DE IMPACTO SOCIAL EN COLOMBIA



**Baker  
McKenzie.**

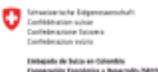
DURÁN & OSORIO  
ABOGADOS  
ASOCIADOS



Fundación  
**Bolívar  
Davivienda**



*Fundación corona*



## Tabla de contenido

Acrónimos .....	3
Introducción .....	4
<b>1. ASPECTOS GENERALES.....</b>	<b>5</b>
<b>2. DOCUMENTOS LEGALES .....</b>	<b>6</b>
2.1. Convenio Marco BID/FOMIN, SECO - DPS .....	6
2.2. ACUERDO DE PAGO POR RESULTADOS.....	8
<b>3. CONTRATACIÓN .....</b>	<b>13</b>
3.1. Fundamento Constitucional .....	14
3.2. Normas Aplicables a la Contratación Estatal con Entidades sin Ánimo de Lucro .....	17
3.2.1. Aplicabilidad del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.	17
3.2.2. Contratación Directa en la Contratación Estatal con Entidades sin Ánimo de Lucro	18
<b>4. PRINCIPALES RETOS.....</b>	<b>20</b>

## Acrónimos

<b>DPS</b>	Departamento Administrativo para la Prosperidad Social
<b>BID</b>	Banco Interamericano de Desarrollo
<b>FOMIN</b>	Fondo Multilateral de Inversiones
<b>SECO</b>	Secretaría de Estado para Asuntos Económicos de Suiza
<b>BIS</b>	Bono(s) de Impacto Social
<b>ESAL</b>	Entidades Sin Ánimo de Lucro

## Introducción

El presente esquema legal aplicado al primer Bono de Impacto Social en Colombia, tiene como objetivo mostrarle, a los interesados en diseñar y estructurar un BIS, cuál es el camino legal que pueden recorrer. Entendiendo que acoger un instrumento innovador como los Bonos de Impacto Social requiere superar una serie de retos y encontrar la forma adecuada de desarrollarlo legalmente, respetando la normatividad del país.

La ruta que a continuación les compartimos, corresponde a la estructura legal que soporta el Primer Bono de Impacto Social en Colombia. Es importante aclarar que es un documento que ilustra lo que fue posible, más allá de lo que idealmente se quería estructurar. Los BIS son un mecanismo emergente en países en desarrollo, por tanto, creemos que esta será la primera de las diversas formas (estructuras jurídicas) que se espera evolucionen a partir de los aprendizajes<sup>1</sup> que este primer piloto de BIS en empleabilidad nos puede dejar.

Así las cosas, el presente documento cuenta con los siguientes apartados: El primer apartado, *aspectos generales*, en el cual se realiza una breve descripción del esquema de Bonos de Impacto Social, que acuerdos jurídicos se pactaron entre las diferentes instituciones que conformar el primer Bono de Impacto Social, así como el papel de cada una de las firmas de abogados participantes.

El segundo apartado, *documentos legales*, en el que se muestra en qué consiste cada uno de los Convenios y Contratos en los cuales se encuentra enmarcado el primer Bono de Impacto Social en Colombia. El tercer apartado, *Contratación*, hace especial énfasis en relacionado a la contratación de entidades sin ánimo de lucro (ESAL) por parte de entidades públicas.

Para finalizar, el cuarto apartado, *principales retos*, ilustra los desafíos que surgieron durante el proceso de negociación y elaboración de los documentos legales del primer Bono de Impacto Social en Colombia.

---

<sup>1</sup> Para conocer los aprendizajes de diseño y estructuración del primer Bono de Impacto Social en Colombia, se recomienda leer el documento Co-crear país: Los aprendizajes que quedan de haber lanzado el primer Bono de Impacto Social en Colombia.

## 1. ASPECTOS GENERALES

El esquema denominado Bono de Impacto Social (en adelante “BIS”) desarrollado en el año 2016 por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (DPS), El Banco Interamericano de Desarrollo y el Fondo Multilateral de Inversiones (BID / FOMIN) y la Secretaría de Estado para Asuntos Económicos de Suiza (SECO), en conjunto con La Fundación Mario Santo Domingo, Fundación Bolívar Davivienda y Fundación Corona, contó con el apoyo de la Fundación ProBono para la estructuración legal de acuerdo a la normatividad colombiana.

El esquema BIS se fundamenta en la cooperación entre el Estado Colombiano y la banca de fomento multilateral para el desarrollo de programas sociales cuya financiación se base en los resultados verificados durante su implementación y cuenta con unos inversionistas que ponen los recursos requeridos por los operadores mientras se cumplen los resultados y se recibe el pago.

Un Bono de Impacto Social es un vehículo financiero de inversión que pretende solucionar problemáticas sociales que el Estado busca mejorar, pero pagando en función de los resultados de éxito. Así las cosas, aliados en el sector privado proveen el financiamiento inicial para ser invertidos y ejecutados por un intermediario. El gobierno (y la cooperación internacional) devuelven el capital al sector privado, en función de los resultados obtenidos.

En este proyecto, el BID/FOMIN actúa como co-pagador con los recursos recibidos de SECO.

Para ello, el esquema BIS cuenta con cuatro relaciones contractuales diferentes que permiten el desarrollo del esquema:

- (i) Convenio Marco firmado entre el BID/FOMIN, SECO y el Departamento Administrativo de Prosperidad Social (en adelante “DPS”).
- (ii) Acuerdo de Pago por Resultados
- (iii) Acuerdo entre inversionistas
- (iv) Contrato de Fiducia

De los cuatro contratos anteriormente mencionados, Durán & Osorio Abogados se encargó de apoyar jurídicamente a las partes contratantes en la estructuración de los dos primeros, y Baker McKenzie del Contrato de Fiducia y el acuerdo de inversionistas, cuyas características generales se explican a continuación.

## 2. DOCUMENTOS LEGALES

### 2.1. Convenio Marco BID/FOMIN, SECO - DPS

El convenio marco suscrito entre el BID/FOMIN-SECO y el Departamento de Prosperidad Social (DPS), describe los tres componentes del Programa de Bonos de Impacto Social (clausula 1) y define el marco general para la estructuración e implementación de tres potenciales Bonos de Impacto Social – BIS (Componente 1). Por su naturaleza, el Convenio Marco no se orienta al desarrollo de un proyecto específico ni contiene un compromiso de aporte de recursos para un programa en particular, sino que define las reglas generales para la cooperación de la entidad que, en este caso, representa al Estado Colombiano (DPS), una entidad que pertenece a la banca multilateral y una entidad de la cooperación internacional.

Así, la suscripción del Convenio Marco se basó en la competencia otorgada al DPS para la gestión de acuerdos con organismos de derecho internacional, la cual actualmente se encuentra contenida en el artículo 4 numeral 11 del Decreto 2094 de 2016, a la cual se le debe sumar su función de promover esquemas innovadores para el desarrollo de programas de impacto social que vinculen la participación privada, el cual se encuentra en el numeral 7 del artículo anteriormente citado. El contenido del Acuerdo Marco se basa en la autonomía de la voluntad de las partes.

De conformidad con lo anterior, el Convenio Marco establece el contenido mínimo que debe regularse en los contratos que se estructuren para implementar cada uno de los Acuerdos de Pago por Resultados y en los acuerdos especiales que sean suscritos entre el BID/FOMIN y el DPS para cada uno de los Bonos. Así, se establecieron las siguientes características para cada uno de los bonos (BIS):

- a. Cada Bono de Impacto Social constituye una iniciativa singular y, por lo tanto, se ejecutará a través de uno o más Acuerdos de Pago por Resultados independientes. De esta manera, cada BIS tendrá objetivos específicos, población objetivo definida y resultados esperados particulares.
- b. Cada Acuerdo de Pago por Resultados podrá ser suscrito, de una parte, por Prosperidad Social (DPS) y el BID/FOMIN (con cargo a recursos de SECO); y de otra parte, por un Intermediario, quien será una institución de derecho privado que sea aceptable para todas las Partes y que tendrá a su cargo la ejecución de los BIS en las condiciones establecidas en el respectivo Acuerdo de Pago por Resultados.
- c. Los Intermediarios podrán ser entidades privadas seleccionadas de acuerdo con los reglamentos de contratación vigentes en la legislación colombiana y aplicable a esta clase de procesos del BID/FOMIN.

- d. El pago del Intermediario estará condicionado al cumplimiento de parámetros objetivos previamente definidos en el respectivo Acuerdo de Pago por Resultados (en adelante los “Indicadores de Desempeño”), razón por la cual:
- (i) El Intermediario corre con el riesgo de recibir su pago con base a la obtención de los resultados asociados al bono, los cuales se miden a través de los Indicadores de Desempeño incorporados en el Acuerdo de Pago por Resultados correspondiente.
  - (ii) No existirá pago por parte de Prosperidad Social o BID/FOMIN (con cargo a recursos de SECO) hasta tanto no se verifique el cumplimiento de los Indicadores de Desempeño, en los términos establecidos en el Acuerdo de Pago por Resultados correspondiente.
  - (iii) El Intermediario estará en la obligación de financiar los costos necesarios para la ejecución del bono para el cual se suscribe el Acuerdo de Pago por Resultado.
  - (iv) El Acuerdo de Pago por Resultados respectivo, incorporará disposiciones específicas en cuanto al mecanismo de pago y, en particular, en cuanto a la aplicación de los Indicadores de Desempeño.
  - (v) Las Partes acuerdan que Prosperidad Social, por un lado, y SECO, a través del BID/FOMIN, por el otro, concurrirán en proporciones iguales para los recursos del primer componente del Programa de Bonos de Impacto Social.
- e. Para asumir los riesgos asociados a la suscripción del respectivo Acuerdo de Pago por Resultados, el Intermediario:
- (i) Estará en libertad de definir el mecanismo y la metodología para obtener el cumplimiento de los Indicadores de Desempeño y con estos el impacto social del bono.
  - (ii) Estará en libertad de seleccionar y contratar a los Proveedores de Servicios, quienes serán aquellas personas o instituciones encargadas de ejecutar las actividades objeto del Acuerdo de Pago por Resultados en cumplimiento de la Constitución Política, la ley colombiana y las políticas del BID, relacionadas a temas de integridad, ambientales y sociales.

- (iii) Estará en libertad de incorporar los recursos de capital necesarios para la ejecución del Programa en las condiciones que estime convenientes, en cumplimiento de la Constitución Política y la ley colombiana.

## 2.2. ACUERDO DE PAGO POR RESULTADOS

El Acuerdo de Pago por Resultados define la relación entre las entidades contratantes (DPS y BID) y la entidad ejecutora (“el Intermediario”) que para el caso del BIS I fue la Fundación Corona. Este acuerdo prevé que la implementación del Primer Bono de Impacto Social a través de la realización de pagos por los Resultados de la implementación de los Programas de los Proveedores de Servicios, a través de estrategias innovadoras para la generación de ingresos mediante la empleabilidad de la Población Objetivo, con el fin de generar aprendizajes y desarrollo de conocimiento para la construcción del modelo de Bonos de Impacto Social en Colombia.

De acuerdo con este objetivo, el Intermediario ejecutará, por su cuenta y riesgo, el Esquema de Intervención, incluyendo los Programas de los Proveedores de Servicios, encontrándose a su exclusivo cargo la gestión del mismo, a través de los Proveedores de Servicios que serán contratados por el Intermediario con cargo a los recursos del Fideicomiso y que se encontrarán bajo su dirección y responsabilidad.

El pago de la Retribución del Intermediario por parte de los Co-Pagadores, está condicionado al cumplimiento de los Resultados según las Métricas de Pago, en los términos descritos en el dicho Convenio. El acuerdo tiene además cuatro anexos: Anexo 1: Definiciones, Anexo 2: Diseño Técnico del Primer Bono de Impacto Social, Anexo 3: Cronograma de Hitos y Anexo 4: Cronograma Estimado de Pagos.

Por tratarse de un contrato financiado parcialmente con recursos de banca multilateral –en este caso el BID– la contratación del Intermediario fue sometida al reglamento de contratación del banco, de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 el cual señala:

*“De la contratación con organismos internacionales. Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.*”

*Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; **los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades.***

En cuanto a la tipología del contrato, éste corresponde a un contrato innominado y, por lo tanto, su contenido se basa en la autonomía de la voluntad de las partes. En este caso, las partes optaron por adoptar un modelo basado en el “*project finance*” para ser aplicado a bonos de impacto social.

Bajo este esquema, el Intermediario se compromete a ejecutar de manera autónoma una serie de actividades que, en el caso del primer BIS estuvieron orientadas a la promoción del empleo de población vulnerable, para lo cual el Intermediario dispone además de los recursos de los inversionistas de impacto. De conformidad con lo anterior, el capital necesario para el desarrollo de las actividades no provendrá de los contratantes, sino del propio intermediario y/o de inversionistas que estén dispuestos a asumir el riesgo asociado al impacto social de las actividades contratadas.

En la medida en que las actividades objeto del contrato son ejecutadas, se inicia un proceso de verificación de su resultado a través de un tercero independiente. Este tercero, denominado en el contrato “Verificador” constatará el resultado de las actividades desplegadas por el Intermediario respecto de indicadores de desempeño previamente establecidos en el contrato. Para el caso del primer BIS los indicadores de desempeño fueron:

- a) Colocación laboral
- b) Retención en el mercado laboral por tres meses
- c) Retención en el mercado laboral por seis meses

Así, en este primer BIS la Fundación Corona debió desplegar con cargo a sus propios recursos y los suministrados por los Inversionistas todas las actividades previstas en el contrato y aquellas que, de acuerdo con su criterio, fueran requeridas para cumplir con los objetivos pactados. Su retribución dependió del número de personas que efectivamente obtuvieron un empleo y del número de individuos que, habiendo obtenido un empleo lo retuvieron por un periodo de tres o seis meses.

Bajo este esquema, se traslada al Intermediario el riesgo de la obtención del resultado deseado, lo que hace que los recursos públicos o de cooperación sólo sean desembolsados en el caso en que se verifique que el resultado deseado realmente existió, convirtiéndolo en un esquema que racionaliza el uso de recursos públicos en programas sociales, no sólo por condicionar su pago a la obtención de resultados sino porque incorpora indicadores de desempeño que permiten al Estado el adecuado seguimiento de sus políticas sociales.

En cuanto al sector privado, este modelo incorpora un fuerte incentivo para que el desarrollo de proyectos sociales se oriente a la obtención de resultados y no al cumplimiento de obligaciones formales, pues el pago depende en todo caso del cumplimiento de indicadores específicos y no de la verificación de la realización de actividades tales como talleres, seminarios o cursos.

Puesto que el esquema del BIS supone el riesgo para el Intermediario de recibir una retribución menor a la esperada –incluso ninguna retribución– de no obtenerse el resultado esperado, es esencial que en este modelo de contratos se le permita al Intermediario definir con autonomía la forma como abordará el problema social que se pretende resolver, dentro de ciertos parámetros definidos por la entidad contratante que, en el caso del primer BIS, incluyeron factores como no constreñir a los aplicantes de empleo a aceptar una oferta o no comercializar sus datos personales. También es esencial que se le permita elegir con total libertad a sus subcontratistas, pues al igual que en un modelo de *project finance* el intermediario trasladará parte del riesgo asumido a quienes actúan en esta condición, de tal manera que el riesgo final es asumido por quien mejor lo conoce y maneja en la práctica.

Por supuesto, al encerrar un riesgo para el sector privado, es de esperarse que la remuneración esperada por este sea superior a la de aquel que se verá remunerado en todo caso sin importar el impacto que tenga el proyecto. El hecho que el Intermediario deba actuar sin recibir anticipos o pagos parciales también puede elevar los costos. Sin embargo, el esquema garantiza que el dinero público o de cooperación sólo será desembolsados cuando se verifica que el resultado esperado se ha obtenido.

### 2.3. Acuerdo entre los Inversionistas

Si bien el contrato de fiducia regula la forma como las fundaciones (inversionistas) aportan sus contribuciones y la mecánica de pago a los terceros que desarrollen el bono, al ser varios los financiadores y al existir compromisos de aporte sujetos a plazo y condición se hacía necesario regular la forma como las fundaciones se relacionarían entre sí. Las fundaciones determinaron que la mejor manera de regular lo anterior era a través de un contrato paralelo de inversionistas. Para ello, se tomó como modelo algunos elementos y prácticas

usuales en los reglamentos de los fondos de capital privado (aunque, naturalmente, reconociendo las diferencias sustanciales entre los fondos de capital privado y el bono).

El contrato de inversionistas busca regular elementos esenciales de la interacción entre los inversionistas, tales como los siguientes:

- (i) Compromiso de hacer aportes al patrimonio autónomo, montos, fecha y forma de hacerlos
- (ii) Sanciones por incumplir los aportes y posibilidad de que los demás inversionistas paguen a nombre del inversionista incumplido con subrogación
- (iii) Periodos de subsanación de los incumplimientos de pago
- (iv) Procedimiento para la aceptación de nuevos inversionistas y mecanismos para recibo de sus aportes
- (v) Obligaciones del gerente integral frente a los inversionistas
- (vi) Gobierno corporativo del bono:
  - (a) Comité Directivo: composición, funciones, quórums y funcionamiento
  - (b) Comité Técnico: composición, funciones, quórums y funcionamiento
- (vii) Indemnidad a favor de la Fundación Corona
- (viii) Obligaciones de confidencialidad
- (ix) Obligaciones generales de cooperación entre los inversionistas
- (x) Mecanismo de notificaciones

## 2.4. Contrato Fiduciario

Uno de los elementos críticos en cualquier iniciativa de pago por resultados es la administración de los recursos aportados por los financiadores. Dado que los financiadores

aportan un volumen importante de recursos al comienzo del bono, pero antes de que comience su ejecución (es decir, antes de la contratación de proveedores), existirá un plazo

de tiempo entre el momento de pago del aporte / inversión y el de ejecución de los recursos. Por lo tanto, se hace necesario implementar mecanismos de administración que apunten a lo siguiente:

- (i) Segregación (frente al administrador): los recursos deben mantenerse separados de los recursos propios de quien los implementará hasta tanto llegue el momento de usarlos (cuando el bono se implemente en varias etapas, también puede ser necesario mantener los recursos de cada una separados).
- (ii) Unidad: los recursos de los varios inversionistas deben mantenerse todos juntos, con el fin de generar una única caja a disposición del bono.
- (iii) Mantenimiento: se debe asegurar que los recursos se mantengan en el tiempo (esto puede implicar mecanismos para evitar la pérdida de valor en el tiempo).
- (iv) Trazabilidad: se debe implementar mecanismos que permitan conocer con precisión el uso que se dio a los recursos.

En caso del Proyecto BIS I, las fundaciones financiadoras optaron por un contrato de fiducia mercantil de administración y pagos, administrado por una fiduciaria local, el cual permitió agregar todos los recursos aportados en un solo vehículo (el patrimonio autónomo), separados del patrimonio propio del gerente del BIS I y de la Fundación Corona (que desembolsaría los pagos).

Adicionalmente, el contrato de la fiducia del BIS I tuvo un elemento particular, no común en otros contratos de fiducia de administración y pagos. Bajo estructuras de fiducia de administración y pagos es usual que sea el patrimonio autónomo quien de manera directa contrate con terceros y pague a éstos. Sin embargo, en consideración de los compromisos adquiridos por la Fundación Corona con la cooperación técnica internacional, debía ser ésta quien contratara con los pagadores de resultados y los terceros proveedores. Para lograr lo anterior, bajo el contrato el patrimonio autónomo otorgó un mandato sin representación a la Fundación Corona, bajo el cual ésta contrataría a su propio nombre pero con cargo a los recursos del patrimonio autónomos los bienes y servicios necesarios para la ejecución del BIS I y facturaría a nombre propio los pagos por resultados que se recibían.

El esquema fiduciario implementado tuvo las siguientes características:

- (i) Un único patrimonio autónomo, destinado a recibir los aportes iniciales más aquellos adicionales que a futuro los inversionistas iniciales o nuevos hicieran.
- (ii) Varias subcuentas contables en el patrimonio autónomo, con el fin de tener una segregación contable de los pagos que reciban las fundaciones de parte del DPS y del BID.
- (iii) Inversión provisional de los recursos a través del fondo de inversión colectiva más conservador de la fiduciaria
- (iv) Mecanismos y procedimientos de pagos, de tal forma que hubiera claridad sobre quién ordena a la fiduciaria desembolsar recursos y cómo se deben entregar
- (v) Mandato sin representación a la Fundación Corona estructuradora del BIS I, bajo el cual la fundación estructuradora podría facturar a su propio nombre los pagos por resultados e instruir irrevocablemente a los DPS y el BID/FOMIN para que los recursos provenientes por concepto de pagos por resultados fueran girados al patrimonio autónomo.
- (vi) Indemnidades otorgadas por las partes a la fiduciaria, con el fin de reconocer que actuará sólo en desarrollo de las instrucciones que le otorguen las partes del contrato
- (vii) Indemnidades otorgadas por las partes a la Fundación Corona, con el fin de reconocer que actúa como mandatario del patrimonio autónomo (e indirectamente de los aportantes)
- (viii) Duración indefinida del contrato, hasta tanto se desarrolle el BIS I

### 3. CONTRATACIÓN

Tal como se señaló anteriormente, el primer BIS desarrollado se ampara esencialmente en la autonomía de la voluntad en lo que a su contenido se refiere, mientras que el procedimiento de contratación fue regido por el reglamento del BID al tratarse de una operación financiada parcialmente por dicha entidad.

No obstante lo anterior, puesto que el Acuerdo de Pago por Resultados sería suscrito por DPS, se analizó también lo concerniente a la contratación de entidades sin ánimo de lucro (en adelante “ESAL”) por parte de entidades públicas. Las siguientes consideraciones son aplicables para aquellos casos en los que no media la intervención de la banca multilateral.

### 3.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

La contratación estatal con entidades sin ánimo de lucro (en adelante “ESAL”) se encuentra consagrada en el artículo 355 de la Constitución Política. El inciso segundo del mencionado artículo establece que:

*“El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.*

Del inciso anterior es claro que constitucionalmente se permite la contratación estatal con ESAL privadas siempre que: (1) éstas sean de reconocida idoneidad; (2) se busque impulsar programas o actividades del interés público acordes al Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo; y (3) la contratación se realice en los términos que establezca el gobierno en su reglamentación de esta materia<sup>2</sup>. A continuación se analiza el significado y alcance de cada uno de estos elementos:

- A. Reconocida Idoneidad: Según el Decreto 92 de 2017, norma vigente en la materia que derogó la normatividad anterior contenida en los Decretos 777 y 1403 de 1992, la idoneidad de las ESAL privadas se configura en los casos en los que la entidad sin ánimo de lucro sea “adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación y cuenta con experiencia en el objeto a contratar.”<sup>3</sup>

Colombia Compra Eficiente, en su Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad<sup>4</sup>, considera que, al momento en que una entidad pública vaya a hacer la valoración de la propuesta, específicamente de la idoneidad de la ESAL, debe tener en cuenta los siguientes factores:

<sup>2</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-324 de 2009.

<sup>3</sup> Decreto 92 de 2017, artículo 3º.

<sup>4</sup> Colombia Compra Eficiente, Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documentos/20170123guia\\_esal.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20170123guia_esal.pdf)

- Correspondencia del objeto de la entidad privada sin ánimo de lucro y el programa o actividad prevista en el plan de desarrollo
  - Capacidad de personal de la entidad privada sin ánimo de lucro
  - Experiencia
    - Cantidad de recursos que va a comprometer en el Proyecto
    - Riesgos que está dispuesto a asumir
    - Mejor vía para obtener los resultados
  - Estructura organizacional
    - Gobierno corporativo
    - Estados financieros
    - Política de conflictos de interés
    - Política de manejo de riesgos operativos
    - Política de compensación de administradores y miembros de junta.
  - Indicadores de la eficiencia de la organización
  - Reputación de la entidad para ser de reconocida idoneidad
- B. Que impulse programas o actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo: Según jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>5</sup>, una actividad de interés público *“debe buscar el bienestar general”,* y conlleva *“atender el interés general o el bien común, y no solo tener en cuenta consideraciones de interés patrimonial”*. La razón de ser de esta exigencia es que los recursos que son entregados, si bien no conllevan una contraprestación directa a favor del Estado, sí aseguren en cierta medida una reciprocidad en su favor. Al respecto la Corte opina que *“Este inciso [inciso segundo, artículo 355 C.P.] justamente faculta el desarrollo de actividades esencialmente benéficas, no como instrumento económico, sino con un propósito meramente asistencial y altruista, en el que a diferencia del pasado, no se privilegia la arbitrariedad y unilateralidad del gasto público, sino que se exige un grado aceptable de reciprocidad por parte del beneficiario de la ayuda”*<sup>6</sup>. Por lo tanto, se desprende de las anteriores interpretaciones que la actividad o programa es de interés público cuando tiene un fin benéfico o altruista en favor de la comunidad y no un fin económico específico.”

<sup>5</sup> Sentencia SU-157 de 1999 y T-517 de 2006.

<sup>6</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-324 de 2009.

Con respecto al segundo elemento de esta exigencia –que la actividad o programa guarde concordancia con el Plan Nacional y los planes seccionales de desarrollo– se ha establecido que es necesario que aquellas estén en consonancia con los gastos y programas que se adopten en éstos.<sup>7</sup>

C. La contratación se realice en los términos que establezca el gobierno en su reglamentación de esta materia: La tarea de reglamentar esta materia se dejó en

cabeza del gobierno y no de la rama legislativa, toda vez que el propósito del artículo 355 de la Constitución fue en su momento acabar con el abuso en el uso de auxilios parlamentarios durante la vigencia de la Constitución de 1886.<sup>8</sup> Como reglamentación de este artículo de la Constitución, surgió el Decreto 92 de 2017, que determinó las siguientes exigencias para la contratación estatal con ESAL.:

- Partes del contrato
  - Sujetos públicos según el artículo 355 de la Constitución Política y el artículo 1º del Decreto:
    - La Nación
    - Los Departamentos
    - Los Distritos
    - Los Municipios
  - Sujetos privados (artículo 1º)
    - Entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad
- Objeto del contrato (artículo 2º):
  - Programas o actividades de interés público previstos en el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo, que promueva *“los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana”*
  - *“Que el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato”*
  - *“Que no exista oferta en el mercado de los bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo.”*

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de febrero de 2005. Rad. Núm. 1626.

<sup>8</sup> Ver sentencias C-372 de 1994 y C-324 de 2009.

- Requisitos del contrato:
  - Aplican las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Ley 1474 de 2011, y aquellas normas aclaratorias o modificatorias de las mencionadas. (artículo 6º).
  - Aplican los principios de contratación estatal (artículo 7º).
  - Aplican las normas generales del sistema de contratación pública (artículo 8º).
  
  - Sujeción a lo dispuesto en el Decreto 92 de 2017.
  - Pueden pactarse cláusulas exorbitantes.

Sin bien la tendencia ha sido ampliar los requisitos o exigencias para autorizar la celebración de contratos entre el Gobierno y entidades sin ánimo de lucro, la Corte Constitucional, en un análisis de la evolución jurisprudencial del artículo 355 de la Constitución Política, concluyó que:

*“(…) aunque la tendencia sea la de evitar la disposición de recursos públicos sin contraprestación a favor de particulares, la mayor de las veces ha terminado la Corte, con argumentos suficientes y razonados, por dar vía libre a este tipo de asignaciones a título de excepción, cuando estas se dirigen a asegurar los postulados del estado social de derecho o se encuentren expresamente autorizadas por la Carta.” (subrayado fuera de texto).*

De las anteriores consideraciones es claro que la legislación vigente en Colombia permite la contratación estatal del Gobierno con ESAL privadas siempre que se cumplan los requisitos constitucionales y legales estipulados en el artículo 355 de la Constitución Política y en el Decreto 92 de 2017.

### 3.2. NORMAS APLICABLES A LA CONTRATACIÓN ESTATAL CON ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO

Una vez resuelta la inquietud sobre la posibilidad de celebrar contratos entre el Gobierno y las ESAL, y establecidos los requisitos para llevar a cabo tal contratación, es necesario analizar el régimen de contratación aplicable en este escenario. Esto, con el propósito de determinar si tal contratación podría adelantarse mediante la modalidad de contratación directa.

#### 3.2.1. Aplicabilidad del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

Como se observó anteriormente, el artículo 355 de la Constitución atribuyó la potestad reglamentaria en materia de contratación estatal con entidades sin ánimo de lucro al Gobierno, y no al Congreso.

Respecto a este tema, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto 1710 del 23 de Febrero de 2006, afirmó que:

*“(...)el constituyente tuvo a bien reservar a la competencia del gobierno la regulación de esta materia contractual, de manera que han de tenerse en cuenta los elementos que en aquellos se precisan, para analizar, a continuación, la procedencia de*

*celebración de los contratos por los que inquiera la consulta.”* (subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, la norma del Ejecutivo que determina el marco normativo de la contratación pública con las entidades privadas sin ánimo de lucro es el Decreto 92 de 2017, norma que –como señalamos anteriormente– derogó la anterior normatividad de la materia, contenida en los Decretos 777 y 1403 de 1992.

Ahora bien, respecto a la aplicabilidad del Estatuto General de la Contratación de la Administración en las contrataciones públicas con las ESAL, a la luz de los Decretos 777 y 1403 de 1992 se generaba un amplio debate porque no había claridad en las normas ni estaba expresamente regulado el tema. Sin embargo, esta discusión fue resuelta y zanjada por el Decreto 92 de 2017, el cual determinó claramente que

*“La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto”<sup>9</sup>.*

### **3.2.2. Contratación Directa en la Contratación Estatal con Entidades sin Ánimo de Lucro**

Luego de analizar y determinar la aplicabilidad del Estatuto General de la Contratación en las contrataciones públicas con entidades privadas sin ánimo de lucro, teniendo en cuenta su naturaleza excepcional, es necesario evaluar si es posible, para la celebración de contratos de apoyo que cumplan con los requisitos constitucionales y legales mencionados anteriormente, contratar mediante el proceso de contratación directa.

<sup>9</sup> Decreto 92 de 2017, artículo 8°.

Cabe resaltar que la contratación estatal con entidades sin ánimo de lucro es de naturaleza excepcional y, por ende, tiene una regulación diferente, sin perjuicio de que la norma no es completamente clara en cuanto a la modalidad de contratación aplicable.

El artículo 4º del Decreto 92 de 2017 consagra y reglamenta un “Proceso competitivo de selección”, que es aplicable en los casos en los cuales exista “*más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad.*”, situación que debe acreditar la Entidad Estatal en la etapa de planeación.

Según el inciso segundo del artículo 4º, las fases legales que debe surtir este proceso son las siguientes:

*“(i) definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas; (ii) definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la Entidad Estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad, y (iii) evaluación de las ofertas por parte de la Entidad Estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto.”*

Acorde a lo anterior, es claro que en este tipo de situaciones no se puede acudir a una modalidad de contratación directa.

Sin embargo, el mismo artículo del Decreto 92 de 2017 le permite a la Entidad Estatal no adelantar este Proceso Competitivo en los casos en que “*el objeto del Proceso de Contratación corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas*”, exigiéndole a la entidad pública la debida justificación de su decisión.

Respecto al tema, la Guía para la Contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, elaborada por Colombia Compra Eficiente, dispone lo siguiente:

*“La selección del contratista no tiene que ser competitiva cuando el Proceso de Contratación corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas, condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos. En algunas tareas relacionadas con el arte, la cultura, el deporte y de la promoción de la diversidad étnica colombiana existen personas jurídicas sin ánimo de lucro con características especiales que las convierten en las únicas idóneas para colaborar con las Entidades Estatales en alcanzar las metas del plan de desarrollo en esas materias, circunstancia que siempre deberá estar*

*justificada. Esta excepción obedece a la importancia representativa de las entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en estos sectores puntuales.”*

Por otro lado, el artículo 5º del decreto reglamentario, crea la figura de la “Asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir actividades propias de las Entidades Estatales”, por medio de la cual dispone que estas “no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio”. Además, en los casos en que más de una ESAL ofrezca comprometer sus recursos en el porcentaje determinado en la norma, la norma dispone que la Entidad Estatal debe escoger de “forma objetiva”, justificando su decisión y sus criterios de selección. Se puede evidenciar en este acápite, también, que en estas situaciones se permite también la modalidad de contratación directa.

De conformidad con lo anterior, los contratos de apoyo regulados por el artículo 355 de la Constitución Política y su decreto reglamentario, por regla general, deben ser adelantados y celebrados por medio del “Proceso Competitivo”, creado por el decreto reglamentario, sin perjuicio de que exista la posibilidad de hacerlo mediante la modalidad de contratación directa, siempre que se cumpla con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para tal efecto, específicamente los consagrados en el Decreto 92 de 2017.

## 4. PRINCIPALES RETOS

Dentro de los retos que surgieron en la negociación y desarrollo hasta la terminación de los documentos para este BIS I, podemos destacar los siguientes.

- Este esquema presentado aquí y con los anexos que corresponden a los contratos descritos, no debe entenderse como la única estructura viable para la implementación de un BIS. Estos documentos y la estructura que se concibió, funciona para este BIS I en particular y lo que se pretende es que sirva de guía para futuras implementaciones, pero no debe verse como la única forma de estructuración.
- Este primer BIS cuenta con un esquema híbrido de contratación: el primer esquema es el de la figura del Convenio (“sombrija legal”) y de éste surgen los Contratos, los cuales se complementan con el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia y el Decreto 092 de 2017.
- En un principio, se definió un documento adicional que consistió en un acuerdo especial de la partes (“Acuerdo específico de los copagadores”) por medio del cual definen y garantizan el valor y alcance del bono (pago por resultados) que quieren contratar con un intermediario o actor privado. Este documento daba tranquilidad

al inversionista de trabajar en el diseño y la estructuración del BIS, reconociendo que se tienen los recursos reservados para el contrato de pago por resultados.

- Fue importante la estructura a través del contrato de fiducia para lograr incluir a todas las partes y tener el fidecomiso como garantía para el intermediario e inversionistas, así como para separar la contabilidad del BIS, de la contabilidad de la fundación intermediaria
- Se presentaron dos retos importantes: la definición de la expresión de la moneda dentro de los documentos, y la forma de entender las definiciones de caso fortuito y fuerza mayor, que no fueron entendidas de manera unánime por las partes, sin embargo, se llegó a un acuerdo.