



Radicado: K 201709000289

Fecha: 05/06/2017

Tipo: CIRCULAR

Destino:



DE: SECRETARÍA GENERAL.

PARA: SECRETARIOS DE DESPACHO, DIRECTORES DE DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS, GERENTES, FÁBRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA, OFICINA DE COMUNICACIONES, OFICINA PRIVADA Y FUNCIONARIOS VINCULADOS AL PROCESO CONTRACTUAL.

ASUNTO: DEBER DE OBSERVANCIA DEL DECRETO 092 DE 2017

La Secretaría General del Departamento de Antioquia, en cumplimiento de su misión de direccionamiento jurídico estratégico y consciente de la importancia del Decreto 092 del 23 de enero de 2017 *“Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”*, considera necesario exhortar a todos los servidores públicos que participan en los temas inherentes a la gestión contractual, para que procedan a su oportuna y rigurosa aplicación, teniendo en cuenta que el mismo **empieza a regir el día 1° de junio de 2017** y deroga las normas anteriores sobre la materia.

Con el fin de facilitar el entendimiento del referido decreto y garantizar su cabal observancia por parte de todas las dependencias con delegación contractual, este despacho recomienda que además de la lectura del mismo, se tenga en consideración la *“Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad”*, expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, la cual puede ser consultada en el siguiente link: <https://www.colombiacompra.gov.co/tags/guia-para-la-contratacion-con-entidades-sin-animo-de-lucro-y-de-reconocida-idoneidad>. Así mismo, se estima pertinente adjuntar a la presente circular, copia del oficio del 8 de mayo de 2017, suscrito por la doctora Ana Lucía Gutiérrez Guingue, Subdirectora de Gestión Contractual de Colombia Compra Eficiente, por el cual se da respuesta a las inquietudes referentes al alcance del Decreto y de la Guía en mención, las cuales fueron formuladas en desarrollo de las sesiones de estudio en que participaron varias entidades estatales, entre las cuales se encuentra el Departamento de Antioquia, toda vez que el contenido del documento permite aclarar los aspectos esenciales de la reforma.

Teniendo en cuenta la trascendencia de las modificaciones introducidas a través del Decreto 092 de 2017, que se erige como una herramienta de lucha contra la corrupción, se enfatiza la importancia de planear con la debida antelación los eventos en los cuales resulte admisible la contratación con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, lo que supone la verificación previa del estricto cumplimiento de los requisitos de carácter legal que se deben acreditar para definir la viabilidad jurídica de esta modalidad contractual que es de naturaleza excepcional, considerando que solamente

Secretaría General

es procedente cuando el proceso de contratación cumple con todas las condiciones estatuidas en el decreto citado en precedencia.

Es de anotar que la Subsecretaría Jurídica adscrita a este despacho, estará atenta a dilucidar las dudas que se deriven de la aplicación del aludido decreto.

Atentamente,

JAVIER MAURICIO GARCÍA QUIROZ
Secretario General

Anexo: Copia del oficio del 8 de marzo de 2017, suscrito por la doctora Ana Lucía Gutiérrez Guingue, Subdirectora de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente.

Proyectó: Ana Cristina Uribe Palacio, Profesional Universitaria
Revisó: Lisana Sofía Sánchez Ledezma, Directora Administrativa y Contractual
Aprobó: Carlos Arturo Piedrahíta Cárdenas, Subsecretario Jurídico



Bogotá D.C., 08/05/2017 Hora 10:38:5s

N° Radicado: 4201714000001402

Señor
jurestrepo@corantioquia.gov.co
Ciudad

Radicación: Respuesta a consulta #4201714000001402
Temas: Decreto 092 de 2017

Estimado Ciudadano,

Colombia Compra Eficiente responde su consulta recibida el día 27 de marzo de 2017, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011.

■ PRIMER PROBLEMA PLANTEADO

¿Qué entidades integran la rama ejecutiva para efectos de la aplicación del Decreto 092 de 2017?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

1. El Decreto 092 de 2017 no utiliza la expresión “rama ejecutiva”. Para más información, lo invitamos a conocer la Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en el siguiente link:

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/guia_esal.pdf

■ REFERENCIA NORMATIVA

Ley 57 de 1887 numeral 1 del artículo 5
Código Civil artículo 27

■ SEGUNDO PROBLEMA PLANTEADO

¿Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de las Corporaciones Autónomas Regionales y las Áreas Metropolitanas, estarían dentro del ámbito de aplicación del Decreto 92 de 2017?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

Si, las Corporaciones Autónomas Regionales y las Áreas Metropolitanas se encuentran en el ámbito de aplicación del artículo 5 del Decreto 92 de 2017.

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El artículo 96 de la Ley 489 de 1998 autoriza a las Entidades Estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, la celebración de convenios de asociación para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna la ley. Esos

 GOBIERNO DE COLOMBIA



Tel. (+57 1) 795 6600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



Colombia Compra Eficiente

convenios se rigen por lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución Política, es decir deben ser celebrados con entidades sin ánimo de lucro y se someten a el reglamento que el Gobierno expida para ese tipo de contratación.

2. El artículo 5 del Decreto 092 de 2017 establece los procedimientos y reglas para que las Entidades Estatales celebren los convenios de asociación a los que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.
3. Las Corporaciones Autónomas Regionales se sujetan a las disposiciones que para ellos establezcan las respectivas leyes. En ese caso el artículo 23 de la Ley 99 de 1993, señala su pertenencia a la categoría de Entidades Estatales.
4. Las Áreas Metropolitanas cuentan con personería jurídica de derecho público, autonomía administrativa, patrimonio propio, autoridad y régimen administrativo y fiscal especial y por lo tanto también deben catalogarse como Entidades Estatales.

■ REFERENCIA NORMATIVA

Constitución Política artículo 355
Ley 99 de 1993 artículo 23
Ley 489 de 1998 artículos 40 y 96
Ley 1625 de 2013 artículo 3
Decreto 092 de 2017 artículo 5

■ TERCER PROBLEMA PLANTEADO

¿Puede una entidad estatal realizar una contratación con una entidad sin ánimo de lucro para desarrollar un programa contemplado en el plan de desarrollo de un departamento o Municipios que no esté incluido en sus planes de acción?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

No, los planes de acción son los instrumentos que implementan en concreto el respectivo plan de desarrollo y de acuerdo a los principios de continuidad, coherencia y del proceso de planeación de la actividad del Estado; cada Entidad Estatal debe planificar su gasto público para alcanzar los objetivos del plan de desarrollo, incluyendo la contratación con entidades sin ánimo de lucro.

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El artículo 339 de la Constitución Política contempla los planes de desarrollo como el principal instrumento de planeación de los recursos económicos de las Entidades Estatales en Colombia.
2. La Ley Orgánica del Plan de Desarrollo establece que cada uno de los organismos públicos de todo orden deben contar con un plan de acción, el cual debe cumplir los principios de la planeación económica, como lo son los de coherencia, continuidad y planeación.
3. El plan de acción organiza y programa las actividades que deben implementar las Entidades Estatales para alcanzar los objetivos del respectivo plan de desarrollo.
4. La Constitución Política señala que toda función pública debe realizarse bajo los principios de eficiencia, economía y eficacia, para lo cual, la Corte Constitucional ha señalado que se requiere:
"(...) los recursos financieros de Hacienda, que tienden a limitados, deben

 GOBIERNO DE COLOMBIA

 **TODOS POR UN
NUEVO PAÍS**
PAZ • EQUIDAD • EDUCACIÓN

Tel. (+57 1) 795 6600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



Colombia Compra Eficiente

ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público. Lo anterior significa, que la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos – beneficios.”

5. El artículo 355 de la Constitución Política señala que los contratos que se celebren con entidades sin ánimo de lucro deben tener como fin impulsar programas y actividades de interés público acordes con los respectivos planes de desarrollo. Es decir, que esas actividades deben estar debidamente planificadas, organizadas y programadas por las Entidades Estatales antes que se puedan emplear recursos en los contratos con entidades sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Constitución Política artículos 209 y 355
Ley 152 de 1994 artículos 3 y 26
Corte Constitucional Sentencia C-300 de 2012
Corte Constitucional C-826 de 2013

■ CUARTO PROBLEMA PLANTEADO

¿Puede una corporación autónoma regional o un área metropolitana de conformidad a lo establecido en el literal a del artículo 2 del Decreto 092 de 2017, suscribir contratos con entidades sin ánimo de lucro para ejecutar programas o actividades de sus planes de acción?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

No, tanto las Corporaciones Autónomas Regionales como las Áreas Metropolitanas son Entidades Estatales que por su naturaleza jurídica no pertenecen al gobierno en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal. Por lo tanto, no se encuentran autorizadas por la Constitución Política para 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 los respectivos planes de desarrollo.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, reglamentado por el artículo 5 del Decreto 92 de 2017, permite a las Entidades Estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, la celebración de convenios de asociación para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna la ley.

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El artículo 355 de la Constitución Política restringe la posibilidad de 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 los respectivos planes de desarrollo al gobierno nacional y territorial.
2. El artículo 40 de la Ley 489 de 1998 dispone que las Corporaciones Autónomas Regionales se rigen por las leyes especiales dispuestas para su funcionamiento. Las Corporaciones Autónomas Regionales están integradas por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidro-geográfica, dotados de autonomía

 GOBIERNO DE COLOMBIA

 TODOS POR UN
NUEVO PAÍS
PAR EQUIDAD EDUCACIÓN

Tel. (+57 1) 795 6600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co

administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica. La Corte Constitucional ha explicado el alcance de esa autonomía: *“la autonomía de las corporaciones autónomas regionales es principalmente de carácter administrativo, orgánico y financiero, y desde el punto de vista político, solamente se concreta en la expedición de regulaciones y la fijación de políticas ambientales en su jurisdicción”* (Subrayas fuera de texto)

3. El artículo 319 de la Constitución Política permite a los municipios que tengan relaciones económicas, sociales y físicas, que den al conjunto características de un área metropolitana, la posibilidad de organizarse como entidad administrativa encargada de programar y coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo su autoridad; racionalizar la prestación de los servicios públicos a cargo de quienes la integran y, si es el caso, prestar en común algunos de ellos; y ejecutar obras de interés metropolitano.
4. De esta manera, las Áreas Metropolitanas están dotadas de personería jurídica de derecho público, autonomía administrativa, patrimonio propio, autoridad y régimen administrativo y fiscal especial. Y se constituyen en un mecanismo de coordinación del desarrollo urbano y del territorio de los municipios que la conforman, razón por la cual no hace parte de esos gobiernos territoriales.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Constitución Política artículos 319 y 355
Ley 99 de 1993 artículo 23
Ley 1625 de 2013 artículos 3, 6 y 7
Corte Constitucional Sentencia C-570 de 2012

■ QUINTO PROBLEMA PLANTEADO

¿De conformidad a lo establecido en el literal b del artículo 2 del Decreto 92 de 2017, puede una entidad pública a través de un contrato con entidad sin ánimo de lucro desarrollar proyectos que indirectamente promuevan derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

No, el Gobierno Nacional determinó expresamente que la contratación con entidades sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad sólo es procedente para promover 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. La financiación de esas actividades debe estar encaminada directamente a alcanzar resultados efectivos para incrementar la satisfacción de las necesidades de la población colombiana.

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El artículo 2 del Decreto 092 de 2017 manifiesta que los contratos con entidades sin ánimo de lucro sólo pueden ser celebrados para que los gobiernos apoyen unas actividades y los beneficios de esa financiación no pueden ser indirectos o colaterales a otras intervenciones, sino que por el contrario deben estar planificados, enfocados y dirigidos directamente a promover 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.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Constitución Política. Preámbulo, artículos 209 y 355

■ SEXTO PROBLEMA PLANTEADO

¿Qué debe entenderse como promoción de derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

La promoción de derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión debe entenderse en su sentido natural y obvio.

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. Las palabras en la ley deben interpretarse en su sentido natural y obvio. Por lo tanto, la expresión “*promoción de derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión*” debe entenderse como: El incremento o mejora de las condiciones de vida y de las facultades jurídicamente reconocidas de los individuos o comunidades que, por la carencia de recursos económicos, jurídicos o sociales, no pueden alcanzar su potencialidad y dignidad en condiciones de igualdad sin el apoyo de terceros.
2. La República de Colombia está definida constitucionalmente como un Estado Social de Derecho, lo que implica que debe enfocar sus actividades en mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos priorizando las personas y comunidades con desventajas sociales.
3. Dentro de las técnicas de interpretación constitucional se encuentran los conceptos de carácter fáctico, situaciones que se presentan en la vida real que pueden agruparse dentro de una categoría general por sus similitudes conceptuales, para predicar de ellas la misma consecuencia constitucional., dentro de los cuales están los de debilidad manifiesta e indefensión.
4. La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha resaltado que las personas que por causa de su condición económica, física o mental se encuentran en desventaja frente a la sociedad están en una situación de *debilidad manifiesta* que amerita un trato especial por parte del Estado y los particulares.
5. Respecto al de indefensión la Corte Constitucional ha manifestado la indefensión se presenta en aquellas circunstancias en las cuales la persona ofendida carece de medios jurídicos de defensa o también, cuando a pesar de existir dichos medios, los mismos resultan insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Constitución Política preámbulo y artículo 1

Código Civil artículo 28

Corte Constitucional sentencias T-029 de 2016, T-050/16, T-685/14, T-694/13, T-141/16, T-041/14, T-057/16



■ SÉPTIMO PROBLEMA PLANTEADO

¿A qué se refiere el Decreto con promoción de diversidad étnica?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

La diversidad étnica debe entenderse en su sentido natural y obvio.

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El Decreto se refiere a incrementar el acceso de todos los colombianos a las diferentes manifestaciones culturales propias de los diversos grupos y poblaciones, que cuentan con tradiciones, folclor y manifestaciones artísticas propias que habitan en el territorio de Colombia.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Constitución Política preámbulo y artículo 7
Código Civil artículo 28

■ OCTAVO PROBLEMA PLANTEADO

¿Puede a través de la contratación con entidades sin ánimo de lucro regulada en el Decreto 92 de 2017, ejecutarse proyectos ambientales o de bienestar laboral de los funcionarios de una entidad pública?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

No, cuando la Entidad Estatal adquiere o se aprovisiona de un bien, obra o servicio, como proyectos ambientales propios de su función o mejore las condiciones de sus trabajadores, debe utilizar el Sistema de Compra Pública para satisfacer esa necesidad.

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El Decreto 092 de 2017 sólo puede utilizarse en las condiciones descritas por el artículo 355 de la Constitución Política y el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, si esas condiciones no se cumplen la Entidad Estatal debe celebrar sus negocios jurídicos de acuerdo con el régimen contenido en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.
2. La prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades implica que las Entidades Estatales no pueden abusar de las formas jurídicas ni cumplir sólo con las formalidades del ordenamiento jurídico.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Constitución Política artículo 228

■ NOVENO PROBLEMA PLANTEADO

¿Cómo debe interpretarse la expresión conmutativo en el Decreto 92 de 2017?





■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

1. El contrato es un acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. De esta manera, una parte puede contraer voluntariamente un compromiso legalmente vinculante con otra, sin que esta última reciba a cambio una prestación. Es decir, el contrato genera una pretensión y una prestación. Esa posibilidad es expresamente reconocida por la legislación civil cuando categoriza los contratos en unilaterales y bilaterales, de esta manera, el ordenamiento jurídico de manera explícita y clara reconoce que una parte puede vincularse jurídicamente a otra y conceder el derecho a que otra persona cuente con una pretensión a su costa.
2. Adicionalmente, la misma codificación civil al reconocer la categoría de “contratos conmutativos”, un conjunto de contratos que cuentan como característica común que las prestaciones de las partes se reconocen como equivalentes, está estableciendo que en el género “contrato” existe otro conjunto de negocios jurídicos que no cuentan con esa característica. En conclusión, la conmutatividad no es una característica definitoria ni de la naturaleza del concepto “contrato”.
3. Realizada esa precisión, los contratos a los que se refiere el Decreto 92 de 2017 no son de naturaleza conmutativa y los compromisos que adquiere la entidad sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad no se realizan a favor de la Entidad Estatal contratante sino a favor de una comunidad determinada. Es decir, la Entidad Estatal no recibe ningún bien, obra o servicio.
4. Cuando la Entidad Estatal decide emplear sus recursos públicos debe tener claridad en los objetivos que espera alcanzar con su utilización. La Contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política no es una excepción al deber de eficiencia, economía y eficacia, y por lo tanto la Entidad Estatal debe establecer unos objetivos mínimos de atención a la comunidad beneficiaria de la actividad de la entidad sin ánimo de lucro que justifiquen los recursos entregados a la entidad sin ánimo de lucro seleccionada. Es decir, la Entidad Estatal debe establecer con precisión los resultados que espera de la entidad sin ánimo de lucro y los mecanismos para su seguimiento. La Entidad Estatal cuenta con la capacidad de definir, desde la etapa de planeación, los mecanismos contractuales adecuados y los compromisos contractuales que debe asumir la entidad sin ánimo de lucro, que se adapten a su situación de tiempo, modo y lugar y a las características de la población beneficiaria del contrato con la entidad sin ánimo de lucro.
5. Por último, la distinción doctrinal entre contrato o convenio, no es pertinente para el análisis del artículo 2 del Decreto 092 de 2017, por cuanto como se explicó, el contrato es todo negocio jurídico en que una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, y por lo tanto si la Entidad Estatal considera pertinente incluir el compromiso de la entidad sin ánimo de lucro de aportar recursos como una obligación a su cargo, ese pacto no desvirtúa la naturaleza contractual de su origen ni las reglas aplicables a esa relación jurídica.
6. El Código Civil define el contrato como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Es decir, la definición legal de contrato incluye todo tipo de acuerdo entre personas en que voluntariamente las personas contraigan un vínculo jurídico para entregar una prestación. Esa prestación puede ser entregada a o en beneficio de un tercero.
7. La Constitución Política establece como un deber de las Entidades Estatales actuar con eficacia y economía, y la contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución debe cumplir con esos postulados de comportamiento público. Lo que implica que los contratos celebrados en virtud de esa autorización constitucional deben contar con los mecanismos de seguimiento



contractual eficaces que garanticen que los recursos públicos alcancen los fines para los que fueron dispuestos.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Constitución Política artículos 209 y 355
Código Civil Libro IV Título I

■ DÉCIMO PROBLEMA PLANTEADO

¿Para la ejecución de contratos con entidades sin ánimo de lucro regulados en el artículo 2 del Decreto 92 de 2017, se requiere que la ESAL aporte recursos para la ejecución de las actividades del programa?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

No, las condiciones, obligaciones y compromisos asumidos por las entidades sin ánimo de lucro dependerán de cada contexto, las situaciones de tiempo, modo y lugar, las condiciones socio-económicas de la población beneficiaria del contrato y de las cláusulas contractuales que las Entidades Estatales decidan incluir en el respectivo contrato para alcanzar sus objetivos contenidos en el plan de desarrollo.

Como resultado de ese análisis la Entidad Estatal puede exigir el compromiso de la entidad sin ánimo de lucro de aportar recursos, pero esa decisión dependerá del contexto particular de cada contrato identificado en la etapa de planeación.

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El artículo 209 de la Constitución Política establece que el Estado está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.
2. El desarrollo de esos principios implica que la administración pública debe utilizar los recursos a su disposición de manera que se adapte al contexto en que actúa y utilice todos los medios posibles para alcanzar sus objetivos al menor costo posible para ella y para los particulares.
3. En esa medida, no todas las circunstancias de apoyo a una comunidad a través de una entidad sin ánimo de lucro requerirán del aporte de los recursos propios de ese tipo de entidad y corresponde a la Entidad Estatal identificar los eventos en que ese aporte es necesario o no de acuerdo a la información recolectada en la etapa de planeación.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Constitución Política artículo 209
Decreto 092 de 2017 artículo 4

■ UNDÉCIMO PROBLEMA PLANTEADO

¿Para identificar la idoneidad de las entidades sin ánimo de lucro qué Indicadores relativos a la permanencia de los colaboradores permanentes o eventuales pueden establecerse y qué metodología puede usarse para verificar estos indicadores?



■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

1. Las entidades sin ánimo de lucro cuentan con la información sobre las relaciones laborales y contractuales con personas naturales vigentes en cada momento. Si se divide el número de colaboradores que terminan su vinculación con la entidad sin ánimo de lucro entre el número de colaboradores al comienzo del período, se obtiene una tasa que indica el porcentaje de cambio en los colaboradores de la entidad sin ánimo de lucro. Para más información, lo invitamos a conocer la Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Constitución Política artículo 355

Decreto 092 de 2017

Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad

■ DUODÉCIMO PROBLEMA PLANTEADO

¿Qué criterios deben tenerse en cuenta para determinar que un programa fue ejecutado con éxito por la entidad privada sin ánimo de lucro? ¿Para determinar el éxito de la ejecución de un programa, deben tenerse en cuenta las prórrogas, sanciones y los porcentajes de ejecución realizados en el marco del convenio?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

1. Los criterios de éxito de un programa ejecutado por una entidad sin ánimo de lucro dependerán de los objetivos de la intervención, las dificultades encontradas en su desarrollo y el desempeño de la entidad sin ánimo de lucro para superarlas, al analizar ese contexto deben analizarse los resultados obtenidos.
2. Los criterios sugeridos en el literal b de su duodécima pregunta son criterios relevantes para analizar la conducta de una entidad sin ánimo de lucro en un contrato determinado, sin embargo, a ellos debe sumarse los resultados efectivamente obtenidos en la ejecución de un proyecto.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Constitución Política artículo 355

Decreto 092 de 2017

Colombia Compra Eficiente. Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad

■ DÉCIMO TERCER PROBLEMA PLANTEADO

¿Cómo deben aplicarse los criterios de reconocida idoneidad contenidos en la Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad?





■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

1. El artículo 355 de la Constitución Política utiliza la expresión “reconocida idoneidad” como un calificativo con el que deben contar las entidades sin ánimo de lucro que se contraten para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo. La Constitución Política no autoriza la contratación con entidades sin ánimo de lucro de manera genérica y limita esa contratación a aquellas que cuenten con la característica reconocida idoneidad.
2. El vocablo reconocido es definido como: “muy conocido y acreditado”, de la cual se resalta el calificativo “muy” que es un adverbio que indica un alto grado de la propiedad mencionada. Por otro lado, idoneidad es una palabra que indica que un elemento, acción o persona es adecuado y apropiado para algo. De esta manera la expresión reconocida idoneidad puede ser expresada como una entidad muy conocida y acreditada que es adecuada y apropiada para cumplir con una acción. Cuando esos calificativos son empleados por el artículo 355 de la Constitución Política para referirse a una entidad sin ánimo de lucro está ordenando que esos contratos sólo se celebren con entidades cuya aptitud y adecuación para cumplir de manera apropiada con el contrato es muy conocida y acreditada, en otras palabras, cuenta con reconocimiento público.
3. Adicionalmente, los servidores públicos que utilizan recursos económicos públicos, es decir provenientes de los contribuyentes, deben administrarlos con la misma diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Ese estándar de comportamiento implica que no basta con que el servidor público siga irreflexivamente un procedimiento y se concentre en formalidades sino que debe emplear su propio criterio para que sus decisiones tengan el fundamento debido y logren el impacto esperado, disminuyendo los riesgos para los recursos públicos.
4. De esta manera, cuando la Entidad Estatal decide acudir a una entidad sin ánimo de lucro para alcanzar los objetivos del respectivo plan de desarrollo, debe emplear todos los recursos a su disposición para garantizar que el dinero del Estado sea utilizado para cumplir sus fines legítimos, tal como las personas emplean su diligencia y debido cuidado en sus negocios propios.
5. Las reflexiones anteriormente señaladas indican dos obligaciones generales de la Entidad Estatal que contrata con una entidad sin ánimo de lucro, la primera verificar el grado de reconocimiento público con que goza la entidad sin ánimo de lucro que se pretende contratar y la segunda emplear los medios a su disposición para recolectar los datos suficientes para que su decisión sea lo suficientemente informada para que el proyecto que desarrolle exitosamente sin que cause perjuicios ni a la población beneficiaria ni al erario público.
6. La condición de reconocida idoneidad establecida por la Constitución Política no debe ser una sola afirmación en el papel, la Entidad Estatal debe documentar que el público y especialmente la población objetivo de la intervención, reconoce a la entidad sin ánimo de lucro. Esa actividad sólo puede ser realizada a través de la acción activa de la Entidad Estatal que utiliza el método de preguntar asuntos sobre el funcionamiento de las entidades sin ánimo de lucro directamente a los beneficiarios del programa y a los miembros de la sociedad con conocimiento con el sector específico de acción de las entidades sin ánimo de lucro sobre la manera en que las entidades sin ánimo de lucro son percibidas a través del conocimiento del conglomerado social¹. Esa percepción pública permite que a lo largo del tiempo la Entidad Estatal recopile la información relevante sobre el reconocimiento que tiene la sociedad

¹ Surowiecki, J. (2005). *The wisdom of crowds*. Anchor.





- sobre la idoneidad de las entidades sin ánimo de lucro.
7. La realización de las encuestas sugeridas dependerá de la frecuencia con que la Entidad Estatal efectivamente contrate con entidades sin ánimo de lucro en virtud del artículo 355 de la Constitución Política, la situación de la población beneficiaria de las actividades sin ánimo de lucro y debe realizarse de manera que se eviten sesgos y que los datos e información sea lo suficientemente robusta estadísticamente para generar análisis válidos y comparables a través del tiempo y entre entidades estatales. Esa labor de recopilación de la información a través de encuestas debe ser realizada por personas con la formación para generar datos válidos y comparables, si la Entidad Estatal cuenta en su planta de personal con ese tipo de recurso humano puede utilizarlo para esta labor, de lo contrario podrá contratarlo de acuerdo a las normas de contratación del Sistema de Compra Pública.
 8. Un aspecto que toda persona que administra negocios debe tener en cuenta antes de entrar en una relación comercial o contractual es conocer a su contraparte. Un elemento de ese conocimiento es la exigencia de un estándar de probidad especial a las personas políticamente expuestas, para su determinación, el ordenamiento jurídico colombiano las define expresamente en el artículo 2.1.4.2.3. del Decreto 1081 de 2015. La verificación de esa condición puede realizarse mediante declaración proveniente de la entidad sin ánimo de lucro, que si resulta contraria la situación fáctica generará las responsabilidades propias de la generación de un documento que no tiene sustento en la realidad.
 9. Otro aspecto, del conocimiento de la contraparte que toda persona que administra negocios debe realizar es utilizar las tecnologías de la información que tenga disponible para conocer los antecedentes públicos de su potencial contratista. El fundamento de las relaciones contractuales, especialmente las públicas, es la confianza, y la información contenida en los repositorios de información puede indicar, cuando es analizada con criterio y sana crítica, fundamental para conocer si la otra parte ha actuado con confiabilidad en el pasado y desvirtuar la confianza legítima que se debe a toda persona.
 10. Por ese motivo, el criterio del servidor público para evaluar la confiabilidad de los contratistas debe ser más amplio que las conductas típicas, antijurídicas y culpables, que representan la mayor infracción al ordenamiento jurídico. Por eso, la verificación de confiabilidad no se restringe a los conceptos propios de la responsabilidad y autoría penal como participe, autor o coautor, sino a haber tenido que dar explicaciones públicas, no necesariamente en el ámbito de un proceso judicial, por un asunto que disminuye la confianza que se presume de toda persona.
 11. La integridad en el contexto de la "Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad" se refiere a la manera en que la apariencia de la conducta desplegada en público coincide con la veracidad del comportamiento y las intenciones. Es decir que no existan diferencias o incongruencias entre la apariencia y la realidad del comportamiento de una persona. Es contrario a la integridad presentarse como una persona con altos estándares de comportamiento personal y buen desempeño de sus proyectos cuando en realidad esas características no se cumplen.
 12. La moralidad consiste en la actuación conforme a principios éticos, los cuales no se limitan a la infracción a las normas consagradas por el ordenamiento jurídico.
 13. Las conductas contrarias a la integridad y a la moralidad son todos aquellos comportamientos desplegados sistemáticamente por los individuos para ocultar su condición o presentar la apariencia de probidad, eficacia, eficiencia y que lastiman valores éticos de una comunidad, disminuyendo la confianza que se pueda tener en esa clase de individuos. Como se puede apreciar el universo de





conductas que pueden afectar la confianza en una persona es superior al conjunto de comportamientos que se pueden incluir en una lista normativa, y le corresponde a cada Entidad Estatal identificar y conocer a la entidad sin ánimo de lucro a quién le confía recursos públicos.

14. De esta manera en cada proyecto a celebrar con una entidad sin ánimo de lucro la Entidad Estatal debe verificar la confiabilidad no sólo de la propia entidad sin ánimo de lucro sino de las personas al interior de esa organización que cuentan con autoridad y responsabilidad por la planeación, dirección y control, tanto directa como indirectamente, de las actividades de la entidad sin ánimo de lucro, esas personas constituyen el personal clave. Ese personal dependerá tanto de la estructura organizacional de cada entidad sin ánimo de lucro como del proyecto en concreto objeto del contrato con la Entidad Estatal, pero debe incluir a los directivos de la entidad sin ánimo de lucro y al personal que directamente dirija el proyecto contratado.
15. La verificación de la reconocida idoneidad implica que la Entidad Estatal evalúe toda la información disponible sobre la entidad sin ánimo de lucro y su personal clave, con criterio y sentido común sobre la fiabilidad y reputación propias de cada fuente de información, el tiempo en que la información fue difundida y su impacto en las diferentes fuentes y si la misma fue retractada o permaneció incólume en el tiempo.
16. Los servidores públicos cuando utilizan los recursos de los contribuyentes están obligados a un estándar de comportamiento similar al de una persona que administra negocios ajenos y deben emplear el mismo nivel de cuidado que una persona emplea en sus negocios propios.
17. Tanto para verificar la reconocida idoneidad como para cumplir con el estándar de comportamiento que se espera de un servidor público, la Entidad Estatal tiene que recopilar y documentar activamente la información sobre el reconocimiento público del que gozan tanto la entidad sin ánimo de lucro como su personal clave y su aptitud para alcanzar los objetivos del respectivo plan de desarrollo con el menor riesgo posible para los recursos públicos.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Constitución Política artículo 355
Código Civil artículos 28 y 63
Decreto 1081 de 2015 artículo 2.1.4.2.3.

■ DÉCIMOCUARTO PROBLEMA PLANTEADO

¿Qué actividades debe realizar la Entidad Estatal para llevar a cabo el proceso competitivo regulado en el artículo 4 del Decreto 092 de 2017?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

El Decreto 092 de 2017 determina las fases, y las actividades mínimas que la Entidad Estatal debe desarrollar para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro que desarrollará actividades con recursos públicos para cumplir los objetivos del plan de desarrollo. Corresponde a cada Entidad Estatal, considerando la complejidad de cada proyecto a realizar, determinar previamente los plazos y requisitos formales que deben preceder para cada proyecto autorizado por el artículo 355 de la Constitución Política.

De esta manera los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas deben ser definidos desde la planeación del proceso y su modificación extemporánea parece un síntoma de una planeación que podía recopilar más información sobre el proyecto antes de la terminación de esa fase.



Respecto a la posibilidad que el proceso competitivo contemple la posibilidad de recibir observaciones al informe de evaluación se observa que el artículo 4 del Decreto 092 de 2017 no contempla esa acción. Sin embargo, las Entidades Estatales no pueden actuar de manera arbitraria y deben otorgar la oportunidad a los interesados de presentar las observaciones que consideren pertinentes a las decisiones de evaluación realizadas por las Entidades Estatales.

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El artículo 4 del Decreto 092 de 2017 establece: *“En el proceso competitivo la Entidad Estatal deberá cumplir las siguientes fases: (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.”*

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Constitución Política artículo 29
Decreto 092 de 2017 artículo 4

■ DÉCIMOQUINTO PROBLEMA PLANTEADO

¿Cómo se debe entender la exclusión del proceso competitivo contenida en el inciso final del artículo 4 del Decreto 092 de 2017?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

El Decreto 092 de 2017 establece que la contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política sólo procede para promover 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.

A su vez, el mismo Decreto establece el procedimiento previo a la celebración de ese contrato, señalando la regla general de competencia y estableciendo una excepción a ella para los contratos encaminados a apoyar a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas. Esa excepción cuenta con dos elementos, el primero la naturaleza de la actividad y la segunda que la actividad sólo pueda ser desarrollada por una entidad sin ánimo de lucro determinada. Esa condición debe ser debidamente probada y documentada por la Entidad Estatal.

La regla del artículo 4 del Decreto 092 de 2017 no establece una jerarquía de derechos ni de esa excepción se puede predicar que se haga una preferencia arbitraria a la jerarquía de derechos constitucionalmente consagrados. La regla reconoce la posibilidad que 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.





Colombia Compra Eficiente

La competencia en los procesos de selección está encaminada a incrementar la transparencia, y mejorar la cantidad y calidad de la información con que las Entidades Estatales toman la decisión de utilizar sus recursos en los contratos autorizados por el artículo 355 de la Constitución Política.

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El artículo 5 del Decreto 092 de 2017 establece como excepción a la regla general de competencia las actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Decreto 092 de 2017 artículo 5

■ DÉCIMOSEXTO PROBLEMA PLANTEADO

¿Cómo se debe entender la exclusión del proceso competitivo contenida en el inciso final del artículo 4 del Decreto 092 de 2017?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

El Decreto 092 de 2017 establece que la contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política sólo procede para promover 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.

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El Decreto 092 de 2017 establece el procedimiento previo a la celebración de ese contrato, señalando la regla general de competencia y estableciendo una excepción a ella para los contratos encaminados a apoyar a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas. Esa excepción cuenta con dos elementos, el primero la naturaleza de la actividad y la segunda que la actividad sólo pueda ser desarrollada por una entidad sin ánimo de lucro determinada. Esa condición debe ser debidamente probada y documentada por la Entidad Estatal.
2. La regla del artículo 4 del Decreto 092 de 2017 no establece una jerarquía de derechos ni de esa excepción se puede predicar que se haga una preferencia arbitraria a la jerarquía de derechos constitucionalmente consagrados. La regla reconoce la posibilidad que 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.
3. La competencia en los procesos de selección está encaminada a incrementar la transparencia, y mejorar la cantidad y calidad de la información con que las Entidades Estatales toman la decisión de utilizar sus recursos en los contratos autorizados por el artículo 355 de la Constitución Política.
4. El artículo 4 del Decreto 092 de 2017 establece como excepción a la regla general de competencia las actividades artísticas, culturales, deportivas y de





Colombia Compra Eficiente

promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Decreto 092 de 2017 artículo 4

■ DÉCIMOSEPTIMO PROBLEMA PLANTEADO

¿Cuándo se celebre un convenio del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 cuyo aporte de la Entidad sin ánimo de lucro sea inferior al 30% debe adelantarse un proceso competitivo o puede hacerse en forma directa? ¿Cuándo para el convenio la ESAL no ofrece el 30% del valor para la ejecución del proyecto, qué proceso competitivo debe aplicarse?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

El Decreto 092 de 2017 establece que no habrá lugar al proceso competitivo de selección de entidad sin ánimo de lucro en convenios en que la entidad sin ánimo de lucro está dispuesta a aportar por lo menos el 30% en dinero del valor del convenio. Si esa condición no se presenta deberá realizarse un proceso competitivo.

Cuando existan más de dos entidades sin ánimo de lucro dispuestas a aportar el 30% del valor del convenio en dinero la Entidad Estatal deberá la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección. Es decir, que la Entidad Estatal debe aplicar criterios objetivos que le permitan comparar las características de desempeño necesarias para el convenio, comparar a las entidades sin ánimo de lucro y celebrar un acuerdo con aquella que demuestre las condiciones deseadas por la Entidad Estatal.

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

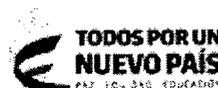
1. El artículo 5 del Decreto 092 de 2017 establece: *"no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Si hay más de una entidad privada sin ánimo de lucro que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por Ley a una Entidad Estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección."*

■ REFERENCIA NORMATIVA

Código Civil artículo 28
Decreto 092 de 2017 artículo 5

■ DÉCIMO OCTAVO PROBLEMA PLANTEADO

 GOBIERNO DE COLOMBIA



Tel. (+57 1) 795 6600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



www.colombiacompra.gov.co



¿A los contratos y convenios con ESAL les aplica la limitación de adiciones establecida en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993?

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

2. Si, el artículo 8 determina que la contratación objeto del Decreto 092 de 2017 está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto.

■ REFERENCIA NORMATIVA

Decreto 092 de 2017 artículo 8

■ DÉCIMONOVENO PROBLEMA PLANTEADO

¿Debe entenderse que la obligación de registro en el SECOP opera sólo para Contratos, más no para los Convenios regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

No, la obligación de registro en el SECOP se extiende a toda la contratación que se rige por el Decreto 092 de 2017, lo que incluye tanto la autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política como la prevista por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El artículo 9 del Decreto 092 de 2017 establece: *“Las entidades privadas sin ánimo de lucro que contraten con las Entidades Estatales en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política y el presente decreto deberán estar registradas en el SECOP, el cual será el medio para acreditar los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo definidos por las Entidades Estatales.”*
2. La obligación contenida en el artículo 9 determina que la obligación del registro en el SECOP se aplica a la contratación en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política y el presente decreto. Como la contratación autorizada por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se rige por el Decreto 092 de 2017, esos negocios jurídicos también se rigen por el artículo 9 del Decreto 092 de 2017.

■ REFERENCIA NORMATIVA

Código Civil artículo 28
Decreto 092 de 2017 artículo 9

■ VIGÉSIMO PROBLEMA PLANTEADO

¿Es posible pactar cláusulas excepcionales en contratos o convenios con entidades sin ánimo de lucro?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

No. El Decreto 092 de 2017 sólo se aplica a la contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política y aquellos negocios jurídicos en que el legislador haya hecho la remisión expresa a ese régimen (como lo hizo el artículo 96 de la Ley 489 de 1998). Ese régimen no contempla la posibilidad de pactar las cláusulas excepcionales.



Las entidades sin ánimo de lucro pueden ser proveedores o contratistas del Estado en los procesos de contratación regidos por la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007, y si se configuran los eventos descritos en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, es posible el pacto de cláusulas excepcionales.

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El ámbito de aplicación del Decreto 092 de 2017 es el desarrollo de la contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política y los negocios jurídicos en que el legislador haya previsto la aplicación de ese régimen, como en el caso del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.
2. Sin embargo, las entidades sin ánimo de lucro al contar con el atributo de la personalidad pueden celebrar los contratos regidos por las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, caso en el cual, si se configuran los supuestos de hecho contemplados en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 deberán pactar las cláusulas excepcionales.

■ REFERENCIA NORMATIVA

Constitución Política artículo 355
Ley 489 de 1998 artículo 96
Ley 80 de 1993 artículo 13
Decreto 092 de 2017 artículos 1 y 5

■ VIGÉSIMO PRIMER PROBLEMA PLANTEADO

¿La expresión correspondencia a que se refiere?

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

Esta expresión debe entenderse en su sentido natural y obvio.

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. La expresión “correspondencia” significa relación que realmente existe o convencionalmente se establece entre los elementos de distintos conjuntos o colecciones. Es decir, sólo es posible contratar en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política cuando hay identidad entre el conjunto de objetivos contenidos en el plan de desarrollo y el conjunto de las actividades a contratar. Si no existe esa relación entre el contenido del respectivo plan de desarrollo y las actividades que se pretenden contratar no es posible sustentar la contratación en el Decreto 092 de 2017.

■ REFERENCIA NORMATIVA

Constitución Política artículo 355
Código Civil Artículo 28

■ VIGÉSIMO SEGUNDO PROBLEMA PLANTEADO

¿Durante el procedimiento competitivo se tiene que dar traslado del informe de evaluación a efectos de garantizar el debido proceso?



■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

Si, las actuaciones de las Entidades Estatales están circunscritas por los deberes del artículo 209 de la Constitución Política, que se refleja en el deber de impedir la arbitrariedad. En un proceso competitivo enfocado a obtener los mejores resultados en términos de valor por dinero se debe permitir a los interesados presentar sus observaciones a las decisiones de la Entidad Estatal.

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El ámbito de aplicación del debido proceso se extiende a las autoridades administrativas, las cuales deben permitir a los interesados presentar sus argumentos para controvertir a las Entidades Estatales.
2. Adicionalmente, ver la justificación al decimocuarto problema planteado.

■ REFERENCIA NORMATIVA

Constitución Política artículos 29 y 209

■ VIGÉSIMO TERCER PROBLEMA PLANTEADO

¿Por qué la Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad define el RUP?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

La definición de la Guía es necesaria para dar aplicación al artículo 10 del Decreto 092 de 2017.

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

El artículo 10 del Decreto 092 de 2017 determina la exclusión del RUP a la contratación que desarrolla el artículo 355 de la Constitución Política.

■ REFERENCIA NORMATIVA

Decreto 092 de 2017 artículo 10

■ VIGÉSIMO CUARTO PROBLEMA PLANTEADO

¿Cuál es el alcance la expresión "instrucciones precisas", dado que el contrato debe ser objeto de vigilancia en su cumplimiento a través del supervisor que para tales efectos se designe?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

El artículo 1498 del Código Civil no define la esencia del concepto contrato. El artículo 1498 realiza una categorización entre los contratos conmutativos y los aleatorios. El artículo 1498 reconoce que en el conjunto de especies que hacen parte del género contrato el intérprete puede distinguir dos, que se diferencian entre ellas por el riesgo que asumen las partes en su intercambio sustentado en el contrato, una en que las prestaciones mutuas siempre son equivalentes "conmutativos" y otra en que el valor de





Colombia Compra Eficiente

la prestación de una de las partes está sometida a una probabilidad de ocurrencia que es menor a uno, es decir se somete a un alea o al azar.

En el Título I del Libro Cuarto del Código Civil el legislador realizó una categorización indicativa de los contratos en diferentes especies sustentado en diversos criterios: a) bilaterales y unilaterales, b) gratuito y oneroso, c) conmutativo y aleatorio, d) accesorio y e) principal y real, solemne y consensual. Como el mismo consultante lo reconoce, esa categorización no recoge todo el posible universo de categorías que se pueden utilizar para catalogar todos los posibles acuerdos de voluntades que constituyan negocios jurídicos por los cuales una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. A manera de ejemplo se podrían añadir categorías adicionales a las contempladas en el Código Civil y las expresadas en su consulta, los contratos se pueden catalogar por el lugar en que se cumplen las prestaciones (nacional o internacional), la ley que los rige, si cuentan con cláusula compromisoria o no, por su objeto, por la materia que desarrollan, por la naturaleza jurídica de las partes. Es decir, el conjunto de categorías por las cuales se pueden categorizar los contratos válidamente en Colombia no se restringen a los civiles, mercantiles, interadministrativos, típicos o atípicos, sino a múltiples categorías más.

Adicionalmente, el Código Civil si define el contrato como todo acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Es decir, la esencia que define el concepto "contrato" no es su conmutatividad sino el origen en la voluntad de generar una prestación y una pretensión a favor de alguien.

En esa medida, los contratos a los que se refiere el artículo 355 de la Constitución Política no se desarrollan para que exista una prestación a la medida de la Entidad Estatal contratante en que ella pueda exigir conductas específicas. La Entidad Estatal debe emplear los mecanismos de administración contractual para asegurar que los objetivos contenidos en el respectivo plan de desarrollo se alcancen.

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El Código Civil define el contrato como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.
2. El Título I del Libro Cuarto del Código Civil contiene unas categorías indicativas de clasificación de los contratos.
3. Las Entidades Estatales deben emplear las herramientas de administración del contrato, para garantizar que el contrato celebrado en virtud del artículo 355 de la Constitución Política cumplan los objetivos del respectivo plan de desarrollo sin que con ello reciban una prestación a su favor.

■ REFERENCIA NORMATIVA

Código Civil artículos 4, 1495 y 1602.

■ VIGÉSIMO QUINTO PROBLEMA PLANTEADO

¿En la elaboración de los estudios del sector se deben tener en cuenta otros actores del mercado diferentes a las ESAL, esto es, sociedades comerciales, civiles, EICO, entre otras?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

Si, la Entidad Estatal debe evaluar todas las opciones a su disposición para cumplir sus objetivos de política.





Colombia Compra Eficiente

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El artículo 209 de la Constitución Política determina que las Entidades Estatales deben ser eficaces en su actuación y alcanzar sus objetivos al menor costo posible para la Entidad Estatal y para los particulares.
2. La actividad eficiente del Estado sólo se logra con el recaudo y estudio de toda la información disponible para seleccionar la opción de intervención que incremente la eficacia y reduzca los costos de la actuación estatal.
3. En la planeación la Entidad Estatal debe determinar si contrata a través de este mecanismo o si emplear la Ley 80 agrega mayor valor por dinero.

■ REFERENCIA NORMATIVA

Constitución Política artículo 209.
Decreto 092 Artículo 4

■ VIGÉSIMO SEXTO PROBLEMA PLANTEADO

¿Cómo se prueba el reconocimiento público manifiesto?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

La Constitución Política establece la presunción de buena fe, sin embargo esa presunción es legal y no de derecho, por lo que admite prueba en contrario. El principio de la buena fe no es el principio de la ingenuidad, y la Entidad Estatal como administrador de los recursos de los contribuyentes y encargada de incrementar el bienestar de la población, debe emplear todos los mecanismos a su disposición para garantizar que su contraparte es merecedora de la confianza y creencia en su confiabilidad.

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El artículo 86 de la Constitución Política determina que las Entidades Estatales deben presumir la buena fe.
2. La presunción establecida en el artículo 86 de la Constitución Política es de hecho y por lo tanto admite prueba en contrario.
3. Los deberes funcionales de los administradores de recursos públicos los obligan a emplear los medios a su disposición para disminuir los riesgos sobre el erario, lo que implica verificar la credibilidad del comportamiento real y esperado de los eventuales contratistas del Estado.

■ REFERENCIA NORMATIVA

Constitución Política artículo 86
Código Civil artículo 66

■ VIGÉSIMO SÉPTIMO PROBLEMA PLANTEADO

¿Cuál es la herramienta para medir el éxito a que se hace referencia?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

El artículo 9 del Decreto 092 de 2017 establece la obligación de publicar los Documentos del Proceso. Dentro de los documentos del proceso se encuentran los documentos de la planeación y de ejecución





del contrato, lo que permite al público y a las demás Entidades Estatales apreciar los objetivos del contrato y su ejecución.

Las Entidades Estatales deben emplear todas las actividades a su disposición para verificar las condiciones de las entidades sin ánimo de lucro y su desempeño en proyectos tanto con el sector público como con el privado.

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El artículo 209 de la Constitución Política obliga a que las Entidades Estatales sean efectivas y eficaces al cumplir sus objetivos.
2. El Decreto 092 de 2017 determina la obligación de publicar los documentos del proceso de contratación en el SECOP, lo que les permite a las Entidades Estatales verificar la ejecución contractual desarrollada por las otras entidades en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política.

■ REFERENCIA NORMATIVA

Constitución Política artículo 209
Decreto 092 de 2017 artículo 9

■ VIGÉSIMO OCTAVO PROBLEMA PLANTEADO

¿El certificado que debe expedir el representante legal de la entidad implica para este el conocimiento del Contratista?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

El conocimiento al que se refiere esta respuesta es el propio de la culminación de un trámite administrativo encaminado a conocer las características de un contratista y no a un conocimiento personal que pueda tener el representante legal.

El artículo 2 del Decreto 092 de 2017 contempla expresamente que la contratación se realizará previa autorización expresa de su representante legal para cada contrato en particular que la Entidad Estatal planee suscribir bajo esta modalidad. Es decir, que la Entidad Estatal debe haber surtido todo el trámite de planeación y selección, el cual deberá estar lo suficientemente documentado para que el representante legal, los ciudadanos y demás interesados puedan conocer las condiciones de la entidad sin ánimo de lucro seleccionada.

■ LA RESPUESTA SE FUNDAMENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. El artículo 2 del Decreto 092 de 2017 establece la celebración de los contratos *“previa autorización expresa de su representante legal para cada contrato en particular que la Entidad Estatal planee suscribir bajo esta modalidad. El representante legal de la Entidad Estatal no podrá delegar la función de otorgar esta autorización”*.

■ REFERENCIA NORMATIVA

Constitución Política artículo 209
Decreto 092 de 2017 artículo 2

■ VIGÉSIMO NOVENO PROBLEMA PLANTEADO



La contratación con ESAL supone la existencia de una personería jurídica reconocida, razón por la cual se entiende que la guía excluye la posibilidad de contratación con personas naturales. Se solicita claridad al respecto de lo indicado en la página 11.

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

1. Colombia Compra Eficiente corrigió el error de transcripción identificado en la versión definitiva de la "Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad"

■ TRIGÉSIMO PROBLEMA PLANTEADO

¿A qué se refieren con cabeza del sector administrativo?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

1. El artículo 44 de la Ley 489 de 1998 dispone: *"La orientación del ejercicio de las funciones a cargo de los organismos y entidades que conforman un Sector Administrativo está a cargo del Ministro o Director del Departamento Administrativo a cuyo despacho se encuentran adscritos o vinculados, sin perjuicio de las potestades de decisión, que de acuerdo con la ley y los actos de creación o de reestructuración, les correspondan."*
2. De esta manera la cabeza de un sector administrativo son el Ministro o Director del Departamento Administrativo a cuyo despacho se encuentran adscritos o vinculados. Esa expresión sólo se predica de las entidades que hacen parte del sector descentralizado por servicios.

■ REFERENCIA NORMATIVA

Ley 489 de 1998 artículo 44.

■ TRIGÉSIMO PRIMER PROBLEMA PLANTEADO

¿Se sugiere que por medio de la guía se indique la forma cómo los recursos en dinero que debe aportar el asociado particular, se van a manejar, por ejemplo que se consignen los mismos en una cuenta conjunta creada para los efectos del cumplimiento del convenio y a los cuales se les dé la destinación específica determinada en los alcances del programa o proyecto?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

1. La versión definitiva de la "Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad" incorporó esa recomendación.

■ TRIGÉSIMO SEGUNDO PROBLEMA PLANTEADO

¿Por qué el SECOP II, antes de culminar el plazo del cual disponen las entidades estatales para implementar esa nueva plataforma?





■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

1. El SECOP II es la segunda versión del Sistema Electrónico para la Contratación Pública y ofrece la ventaja de ser un sistema transaccional y forma parte del SECOP, junto con otras plataformas como la Tienda Virtual del Estado Colombiano o Síntesis. El uso del SECOP II permite ganar en eficiencia y transparencia, reducir los costos de transacción optimizando así los recursos públicos y generando mayor valor por dinero en el sistema de compra pública.
2. El Gobierno Nacional no ha definido un plazo para el cambio obligatorio hacia la plataforma SECOP II, sin embargo, Colombia Compra Eficiente en su papel de entidad rectora y autorizada por el artículo 3 del Decreto 092 de 2017, dispuso que la contratación a la que se refiere el artículo 355 de la Constitución Política se realice a través de la plataforma transaccional electrónica disponible.

■ REFERENCIA NORMATIVA

Ley 1150 de 2007, artículo 3
Ley 80 de 1993, artículo 23
Ley 1712 de 2014, literal e), artículo 9
Decreto 092 de 2017 artículo 3
Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.1.1.7.1

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Muy atentamente,

Ana Lucía Gutiérrez Guingue
Subdirectora de Gestión Contractual

Proyectó: Juan Carlos Garay Forero
Revisó: Iván Felipe Unigarro Dorado

