

Bogotá D.C., 18/03/2019 Hora 14:27:14s

N° Radicado: 2201913000001801

Señor
Ciudadano
Ciudad

Radicación: Respuesta a consulta # 4201912000000660

Temas: Decreto 092 de 2017. Contrato de Prestación de Servicios.

Tipo de asunto consultado: Alcance de la aplicación del Decreto 092 de 2017 a Cajas de Compensación. Posibilidad de que una Entidad del orden nacional celebre un contrato de prestación de servicios con una caja de compensación para temas de seguridad y salud en el trabajo.

Estimado señor,

Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 04 de febrero de 2019 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011.

■ **PRIMER PROBLEMA PLANTEADO**

“¿Cuál es el alcance del Decreto 092 de 2017 respecto a la celebración de contratos con entidades sin ánimo de lucro, como las cajas de compensación?”

■ **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:**

El Decreto 092 de 2017 sólo es aplicable a los convenios que suscriban las Entidades Estatales con Entidades sin ánimo de lucro con el propósito de i) Impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo en los términos del artículo 355 de la Constitución Política, a través de contratos de colaboración o contratos de interés público; y ii) Para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que les asigna la ley a las Entidades Estatales en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, a través de convenios de asociación.

Ahora bien, si la Entidad Estatal adquiere o se abastece de un bien, obra o servicio en un contrato conmutativo en el cual el proveedor es una entidad sin ánimo de lucro, debe aplicar el régimen contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y no el del Decreto 092 de 2017, cuya aplicación no procede por el simple hecho de la naturaleza del contratista como entidad sin ánimo de lucro, ya que además se deben cumplir las características mencionadas en el párrafo anterior.

■ **LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:**

1. Cuando la Entidad Estatal adquiere o se aprovisiona de un bien, obra o servicio, como el plan de gestión de seguridad y salud en el trabajo, o el plan institucional de capacitación, o mejore las condiciones de sus



trabajadores, debe recurrir al Sistema de Compra Pública para satisfacer esa necesidad.

2. En razón a las características de los bienes adquirir, la Entidad Estatal deberá analizar el sector y elaborar el estudio de mercado, con el propósito de determinar el presupuesto oficial, siempre teniendo presente que la Licitación Pública es, por regla general, la modalidad de selección que debe aplicarse por las Entidades Estatales.
3. Por otra parte, es importante resaltar que el Decreto 092 de 2017 dispuso que, para la celebración de los contratos de colaboración con entidades sin ánimo de lucro se debe realizar a través de un proceso abierto y público para garantizar la libertad de concurrencia y cumplir con los siguientes requisitos: i). Que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público previstos en el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo y busque promover derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, derechos de minorías, derecho a la educación, derecho a la paz y manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y promoción de la diversidad étnica colombiana. ii). Que no haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, es decir que el programa o actividad a desarrollar esté dirigida al beneficio de la población en general, ya que cuando se adquieren bienes o servicios o ejecuta obras en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Sistema de Compra Pública. iii). Que en el mercado no exista oferta de bienes, obras y servicios requeridos distinta de las ESAL o si existe, la contratación con ESAL represente optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo.
4. Sólo cuando se reúnan estas 3 condiciones será procedente la celebración de contratos de colaboración, de lo contrario se deberán aplicar las normas del Sistema de Compra Pública.
5. Adicionalmente se requiere de previa autorización expresa del Representante Legal de la Entidad Estatal, como función indelegable, toda vez que es el responsable de entregar el cumplimiento de un programa del Plan de Desarrollo a la ESAL y por esto debe autorizar cada contrato en particular.
6. El convenio de asociación, por su parte, de acuerdo con la Ley 489 de 1998, tiene como finalidad que las Entidades Estatales, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley. Estos convenios de asociación se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, reglamentado por el Decreto 092 de 2017, por lo cual sólo pueden celebrarse con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.
7. En conclusión, 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, o de acuerdo a su Manual de Contratación si son entidades de régimen especial.

■ REFERENCIA NORMATIVA

Constitución Política, artículo 355.
Ley 489 de 1998, artículo 96.
Ley 80 de 1993.
Ley 1150 de 2007.
Decreto 092 de 2017, artículo 2, artículo 5.

■ SEGUNDO PROBLEMA PLANTEADO

“¿Puede una entidad del orden nacional celebrar un contrato de prestación de servicios con una caja de compensación para temas de seguridad y salud en el trabajo?”

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

Colombia Compra Eficiente no es competente para pronunciarse sobre la actividad contractual específica de las Entidades Estatales, quienes son autónomas en la estructuración de sus Procesos de Contratación y en razón a ello son quienes determinan el tipo de contrato y la modalidad de selección aplicable.

Los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión se encuentran regulados por la Ley 80 de 1993 y se trata de una modalidad de contrato estatal que se suscribe con personas naturales o jurídicas, con el objeto de realizar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de una Entidad Estatal.

En este sentido, si el objeto del contrato se relaciona con la administración o funcionamiento de la Entidad Estatal, la contratación de una persona jurídica de derecho privado, como lo es una ESAL, es posible a través de un contrato de prestación de servicios bajo la modalidad de contratación directa.

En la modalidad de contratación directa, la Entidad Estatal debe revisar la idoneidad del contratista y verificar su capacidad jurídica para obligarse y cumplir con el objeto del contrato.

■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. La Ley 80 de 1993 define contratos de prestación de servicios a aquellos que celebren las Entidades Estatales para desarrollar actividades relacionadas con su administración o funcionamiento.
2. El Decreto 1082 de 2015 establece que las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de



servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato; y define que los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

3. El Consejo de Estado señala como característica del contrato de prestación de servicios que “es posible su celebración con personas naturales o con personas jurídicas. Con personas naturales cuando se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad que no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Y, no obstante que la norma no lo señala, es conforme a derecho concluir que también es admisible suscribir este tipo de contratos con personas jurídicas, como así lo indica el artículo 24, numeral 1º, letra d), en el cual se señala la posibilidad de acudir a los mismos “para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas (...).”
4. La ley no exige establecer requisitos habilitantes en la modalidad de selección de contratación directa pues la Entidad Estatal escoge directamente a la persona natural o jurídica que debe ejecutar el objeto del Proceso de Contratación. Lo anterior sin perjuicio del deber de la Entidad Estatal de revisar la idoneidad del contratista y verificar su capacidad jurídica para obligarse y cumplir con el objeto del contrato.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Ley 80 de 1993, artículos 32 numeral 3 y 40.

Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.1.4.9.

Ley 1150 de 2007, artículo 2, numeral 4, literal h) y artículo 32.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, C.P. Danilo Rojas Betancourth, Sentencia del 30 de junio de 2016, Radicado No. 33130.

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

Atentamente,


LUISA FERNANDA VANEGAS VIDAL
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN CONTRACTUAL

Proyectó: Ana María Pérez Cárdenas

Revisó: Ximena Ríos López

