

Bogotá D.C., 21/03/2019 Hora 16:3:7s

N° Radicado: 2201913000001986

Señor  
**Marlin González Gómez.**  
Risaralda.

**Radicación:** Respuesta a consulta # 4201912000000971.

**Temas:** Decreto 092 de 2017; Convenio de Asociación; Contrato de Colaboración.

**Tipo de asunto consultado:** Aplicación del Decreto 092 de 2017 para contratos de colaboración con ESAL.

Estimado señor González,

Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 13 de febrero de 2019 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011.

#### ■ PROBLEMA PLANTEADO

La Entidad peticionaria estudia la posibilidad de aplicar Decreto 092 de 2017 con una ESAL, para el *“Fortalecimiento de los niveles de Preescolar, básica y media en los establecimientos educativos de los 12 municipios no certificados del Departamento de Risaralda.”*, para lo cual, formula las siguientes inquietudes: En caso de apoyar las actividades propuestas por la ESAL, *¿Hasta qué punto se puede considerar la existencia o no de " conmutatividad" o contraprestación (...)"* en este tipo de negocios jurídicos?, *¿Con este tipo de contratos o convenios el Departamento de Risaralda estaría recibiendo un beneficio o una contraprestación?*

#### ■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

Colombia Compra Eficiente no es competente para resolver consultas referidas a actividades contractuales específicas de las Entidades Estatales. En este sentido, las Entidades Estatales son autónomas en la estructuración de sus procesos y en razón a ello de acuerdo con su necesidad, la cuantía y las características de los bienes o servicios requeridos son quienes definen el tipo de contrato y la modalidad de selección adecuada para cada caso.

Sin embargo, de manera general le informamos que, de acuerdo con el Decreto 092 de 2017 las Entidades Estatales podrán celebrar excepcionalmente contratos de interés público (contratos de colaboración), con el fin de impulsar programas y actividades de interés general acordes con el Plan de Desarrollo y planes seccionales de desarrollo y, convenios de asociación para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley, con un privado sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad - ESAL -.

En tal sentido, los contratos de colaboración buscan promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, previstas en el Plan Nacional o



seccional de desarrollo, motivo por el cual, no podrá hablarse de una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal o de una relación conmutativa entre esta y la persona jurídica sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, ya que el beneficio real y directo lo recibirá un tercero beneficiario de este tipo de programas.

En consecuencia, con estos contratos la Entidad Estatal no busca la adquisición o el abastecimiento de bienes, obras o servicios, ni tampoco el encargo para la ejecución de obras, razón por la que, no podrá hablarse del elemento conmutativo que caracteriza a los contratos reglamentados en la Ley 80 de 1993.

■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. Cada Entidad Estatal contratante es responsable del Proceso de Contratación, así como de elegir la modalidad de selección del contratista, con base en: (i) su necesidad; (ii) la forma como satisface su necesidad – objeto contractual y alcance del objeto contractual-; y (iii) el tipo de contratista apto para satisfacer la necesidad a través de la ejecución del objeto. La normativa establece los principios, pautas y procedimientos para que la Entidad Estatal defina el tipo, naturaleza, objeto y alcance del contrato que celebra y la modalidad de selección aplicable. Toda actividad de la administración en el Proceso de Contratación es reglada.
2. De acuerdo con la Circular Externa Única *“El ámbito de aplicación del Decreto 092 de 2017 obedece a la excepcionalidad del tipo de contratación a la que hace referencia el artículo 355 de la Constitución Política y no a la naturaleza jurídica del contratista. 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.”*
3. El Decreto 092 de 2017 en su artículo 2º excluye de su ámbito de aplicación los contratos que las Entidades Estatales celebren con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de aquellas. En tal sentido, la contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución es un régimen especial distinto al regulado en el Sistema de Compra Pública, razón por la que, cuando las Entidades Estatales adquieren bienes, obras o servicios en una relación conmutativa, es decir, en donde se generan obligaciones equivalentes y recíprocas entre la Entidad Pública y las personas naturales o jurídicas con ánimo de lucro, las normas aplicables no podrán ser las reguladas por dicha normativa sino que deberá darse aplicación a los lineamientos regulados en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.
4. El objeto del Decreto 092 de 2017 es reglamentar la forma como el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para



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.

5. El Decreto 092 de 2017 es aplicable a todos los contratos o convenios que suscriban las Entidades Estatales con entidades sin ánimo de lucro para (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 y (ii) para desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las Entidades Estatales en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.
6. De conformidad con el Decreto 092 de 2017 su ámbito de aplicación obedece a la excepcionalidad del tipo de contratación a la que hace referencia el artículo 355 de la Constitución Política y no a la naturaleza jurídica del contratista. Por lo tanto, los contratos de colaboración deben cumplir con tres requisitos: i) el objeto contractual debe corresponder a programas o actividades de interés público contenidos en el Plan Nacional o Seccional de desarrollo, con el cual se busca promover derechos de personas en situación de debilidad manifiesta, derechos de las minorías, derecho a la educación, derecho a la paz; manifestaciones artísticas, culturales, y deportivas; ii) que no exista una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal (relación conmutativa) y, iii) que en el mercado no exista oferta de 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
7. El Consejo de Estado mediante concepto No. 1911 del 25 de septiembre de 2008, señaló frente a la celebración y ejecución de programas y actividades de interés público reguladas por el artículo 355 de la Constitución Política: *“En efecto, dichos contratos según lo dispuso el constituyente, se estructuran bajo la idea de que lo que se busca realmente es una suerte alianza de fuerzas, públicas y privadas, para lograr un mismo propósito, donde en veces el sector público podrá aportar todo el dinero mientras la parte privada sin ánimo de lucro aportará la experiencia o el personal o las instalaciones o viceversa, según sea el caso.*

*Así, no podría darse un contrato conmutativo, en el cual se advierta un intercambio o venta de bienes o servicios, sino un convenio para colaborar en el cumplimiento de sus misiones, lo que se permite al coincidir el objeto social del privado que actúe sin ánimo de lucro con la actividad que el Estado quiere impulsar.*

*En consecuencia, cuando lo que el Estado busca es la adquisición de bienes y servicios para programas o actividades de interés general, se está en presencia de la excepción contemplada en el numeral primero del artículo 2º del decreto 777 de 1992 y se debe contratar en condiciones normales, esto es la ley 80 de 1993 y sus reformas; pero si lo que quiere es fomentar un programa o una actividad de interés general en alianza con un privado sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con aportes mutuos de cualquier naturaleza, se está en la*



*posibilidad contemplada en el artículo 355 de la Carta y se puede contratar bajo unas especiales condiciones (...)*”

8. Conforme con lo anterior, la Entidad Estatal de acuerdo con sus necesidades deberá determinar si al existir una relación conmutativa el contrato se celebrará en virtud la Ley 80 de 1993 o atendiendo las condiciones particulares reguladas por el Decreto 092 de 2017 celebrará un contrato de colaboración donde se desarrollen programas o actividades previstas en el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo encaminadas al beneficio de los sectores más desprotegidos y vulnerables de la población, que no constituyan una contraprestación a favor de la Entidad Pública y que no exista en el mercado una oferta relacionada con los bienes, obras o servicios requeridos distinta de la ESAL.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA.

Colombia Compra Eficiente, Circular externa única, numeral 16.

[https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_circulares/cce\\_circular\\_unica.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce_circular_unica.pdf)

Decreto 092 de 2017, artículos 1 al 4.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto (1911) del 25 de septiembre de 2008, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

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: Laura Castellanos Castañeda.

Revisó: Natalia Reyes Vargas.

