

Bogotá D.C., **27/06/2019 Hora 18:20:29s**

N° Radicado: 2201913000004489

Señor
Ciudadano
Ciudad

Radicación: Respuesta a consulta # 4201912000003191

Temas: Contrato de prestación de servicios; pago; entidades estatales; entidades privadas sin ánimo de lucro.

Tipo de asunto consultado: Posibilidad de celebrar un contrato conmutativo entre la Entidad Estatal y la entidad privada sin ánimo de lucro en virtud del Decreto 777 de 1992; Aportes dinerarios por parte de la Entidad Estatal en los contratos celebrados con las Entidades privadas sin ánimo de lucro;

Estimado señor,

Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 14 de mayo de 2019 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011.

■ **PRIMER PROBLEMA PLANTEADO**

En vigencia del Decreto 777 de 1992, la administración municipal celebró un convenio solidario con una Fundación de carácter social sin ánimo de lucro. ¿Puede una Entidad Pública solicitar dentro del estudio previo y asimismo dentro del Convenio de Asociación, intercambio de bienes y servicios o relación conmutativa de actividades a las que se les coloca un valor o precio establecido mediante estudio de mercado o cotizaciones?

■ **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:**

No. Una Entidad Estatal que haya celebrado un convenio de asociación con una entidad privada sin ánimo de lucro, en virtud del Decreto 777 de 1992, no podrá tener como objeto la adquisición de un bien, servicio u obra. Toda vez que, el objeto de este convenio debe estar encaminado a asociarse con las Entidades Estatales para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la Ley, es decir, que el convenio se celebre para el cumplimiento de sus misiones.



■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. La contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política no está encaminada a la adquisición de bienes, servicios o la ejecución de obras, en consecuencia, no puede ser utilizada con ese propósito. La contratación que desarrolla el artículo 355 de la Constitución Política está enfocada a la colaboración entre el Estado y las entidades privadas sin ánimo de lucro para programas de interés público.
2. La Ley 489 de 1998, en su artículo 96, señala en relación con los convenios de asociación que, *“Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.*
Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.”
3. En virtud del artículo 11 del Decreto 092 de 2017 se señala que, *“El presente decreto empieza a regir el 1 de junio de 2017 y deroga el Decreto 777 de 1992, el Decreto 1403 de 1992 y el Decreto 2459 de 1993. Los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia del presente decreto continuarán ejecutándose de acuerdo con las normas vigentes en el momento en que fueron suscritos.”*
4. Por su parte, el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 establece que, *Los convenios de asociación que celebren entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y Entidades Estatales para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la ley a los que hace referencia el artículo de la Ley 489 de 1998, 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. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional.*
5. El artículo 2 del Decreto 777 de 1992 establecía que, entre otros, estaban exceptuados de la aplicación de dicho Decreto, los contratos que las entidades públicas celebren con personas privadas sin ánimo de lucro, cuando los mismos impliquen una contraprestación directa a favor de la entidad pública, y que por lo tanto podrían celebrarse con personas naturales o jurídicas privadas con ánimo de lucro, de acuerdo con las normas sobre contratación vigentes.
6. El Consejo de Estado mediante concepto N.º 2319 se pronunció al respecto indicando que *“El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra “Contraprestación” como “Prestación que debe una parte contratante por razón de la que ha recibido o debe recibir de la otra” y “Prestación” como “Cosa o servicio que alguien*



recibe o debe recibir de otra persona en virtud de un contrato o de una obligación legal”, de manera que una contraprestación directa en este caso, es el bien, obra o servicio que recibe directamente la entidad pública por causa de un contrato celebrado con una persona privada sin ánimo de lucro, lo cual significa que dicho contrato se encuentra excluido del régimen de los contratos de apoyo establecido por el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución y reglamentado por el Decreto 777 de 1992 y sus decretos modificatorios”.

7. La Corte Suprema de Justicia en la sentencia No. 48250, señaló la naturaleza de los contratos que se encuentran regulados por el Decreto 777 de 1992 en los siguientes términos: *“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 colaborarse 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.” (Negrilla por fuera del texto)

8. Finalmente, 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 colaborarse 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 (...)*

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL



Ley 489 de 1998, artículo 96

Decreto 777 de 1992, artículo 2.

Decreto 092 de 2017, artículos 2 y 11

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Fecha: 25 de enero de 2017. Radicado No. 48250. M.P: Patricia Salazar Cuéllar.

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

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2319 del 30 de mayo de 2017, c.p Edgar González López.

■ SEGUNDO PROBLEMA PLANTEADO

¿Puede establecerse un valor de aporte de la entidad pública con el fin de establecer todo un programa de interés general (cultura, arte, deporte) y con este valor apoyar el pago de gastos en que incurra la entidad sin ánimo de lucro para el desarrollo de este programa, siempre que existan los soportes correspondientes?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

El Decreto 777 de 1992 se encuentra derogado por el artículo 11 del Decreto 092 de 2017, norma que actualmente regula la contratación entre entidades privadas sin ánimo de lucro y las Entidades Estatales. No obstante, le informamos que, tanto el Decreto 777 de 1992 como el Decreto 092 de 2017 permite que la Entidad Estatal otorgue un aporte dinerario a la Entidad sin ánimo de lucro, siempre y cuando el convenio que celebren las partes esté encaminado a impulsar programas y actividades de interés público.

■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. Ver respuesta anterior.
2. El Decreto 777 de 1992, en su artículo 1, señaló que, *“Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el Decreto 222 de 1983.”*
3. A su vez, el Decreto 092 de 2017 indica lo siguiente: *“El objeto del presente decreto 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”*
4. Conforme a lo anterior, el contrato que se celebra en virtud del artículo 355 de la Constitución Política entre Entidades Estatales y entidades



privadas sin ánimo de lucro debe tener como propósito impulsar los programas e intereses públicos, y las partes deben aunar esfuerzos, donde en ocasiones el sector público aportará los recursos económicos y la entidad privada sin ánimo de lucro otorga su experiencia.

■ REFERENCIA NORMATIVA

Decreto 777 de 1992, artículo 1.
Decreto 092 de 2017, artículo 1

■ TERCER PROBLEMA PLANTEADO

Cuando se contrata un artista o cantante, ¿Cómo se fija el valor de mercado de sus servicios?

■ COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:

El literal h, numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, establece como causal de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.

Ahora bien, las Entidades Estatales como administradoras de sus Procesos de Contratación gozan de autonomía para determinar el valor de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión de conformidad con lo establecido en el estudio del sector correspondiente. En este sentido, del análisis que se realice al estudio del sector se determinarán cuáles criterios se deberán tener en cuenta por parte de las Entidades Estatales para determinar los honorarios de un artista o cantante, teniendo presente que, se podrá fijar una suma fija o variable dependiendo de las ganancias de los ejemplares editados, si se refiere a una obra artística.

■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. De acuerdo con la Guía para la Elaboración de Estudio de Sector, se señaló que, el análisis del estudio de sector es cuando: *“La Entidad Estatal luego de conocer su necesidad y de identificar los bienes, obras o servicios que la satisfacen está en capacidad de definir el sector o mercado al cual pertenecen tales bienes, obras o servicios y hacer el análisis correspondiente. El análisis del sector ofrece herramientas para establecer el contexto del Proceso de Contratación, identificar algunos de los Riesgos, determinar los requisitos habilitantes y la forma de evaluar las ofertas (...)*
El análisis del sector debe cubrir tres áreas: A. Aspectos generales. B. Estudio de la oferta. C. Estudio de la demanda”
2. La Entidad Estatal debe revisar los aspectos generales del mercado del



bien, obra o servicio que sean relevantes en el Proceso de Contratación. Para el efecto, Colombia Compra Eficiente recomienda analizar, entre otros, los siguientes contextos el económico, técnico, regulatorio, entre otros.

En relación con el estudio de la oferta, la Entidad Estatal debe identificar los proveedores en el mercado del bien, obra o servicio, así como sus principales características como tamaño empresarial, ubicación, esquemas de producción y comportamiento financiero. Esta identificación permite determinar posibles Riesgos de colusión y también establecer el poder de negociación de los proveedores, el cual está relacionado con el número de competidores presentes en el mercado y las participaciones de cada uno en el mercado. Mientras menos proveedores hay, mayor es el poder de negociación de cada uno de ellos. Esto puede traducirse en precios más altos o condiciones menos favorables para la Entidad Estatal. Y, asimismo, la Entidad debe determinar los partícipes en la producción, comercialización y distribución de los bienes puede mejorar la eficiencia y la economía de las adquisiciones, disminuyendo en algunos casos el número de intermediarios

Finalmente, en el estudio de la demanda se deberá recopilar información que le permita responder las siguientes preguntas ¿Cómo ha adquirido la Entidad Estatal en el pasado este bien, obra o servicio? y ¿Cómo adquieren las Entidades Estatales y las empresas privadas este bien, obra y servicio?

3. A su vez, el Consejo de Estado, en la sentencia No. 28040 indica que, *“La ley 80 de 1993 faculta a la entidad pública para examinar las propuestas detalladamente, compararlas, consultar los precios del mercado y establecer si los ofrecidos se encuentran en consonancia con aquellos, e igualmente, para examinar los estudios y deducciones a que han llegado los consultores o asesores de la entidad al hacer la evaluación de las ofertas, todo ello con el objetivo de seleccionar la oferta más favorable al interés público y al cumplimiento de los cometidos estatales.”*
4. El literal h, numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 establece que la modalidad de selección de contratación directa procede: *“Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.”*
5. En el mismo sentido, el Decreto 1082 de 2015 establece que las Entidades Estatales pueden contratar directamente la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, situación que deben justificar en sus estudios y documentos previos.
6. Por su parte, el Consejo de Estado frente esta causal de contratación directa señaló lo siguiente: *“En consecuencia, el contrato, para que sea objeto del trámite de la contratación directa, debe estar determinado por las siguientes variables (i) que tengan por objeto la ejecución de trabajos artísticos, (ii) que el mismo o los mismos sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.*

112.- *En cuanto a la primera de las variables se refiere, se puede*





afirmar que el concepto que comprende el objeto de esta modalidad contractual es el de “trabajo artístico”, pero no en sí mismo, esto es como medio, sino como un resultado real y efectivo. Se contrata y este es el objeto, la realización de una obra artística y no simplemente una ejecución sin resultado. Es el trabajo final, el que pueda ser catalogado como una “obra de arte”, u “obra artística” o pieza de la misma naturaleza, la determinante del objeto para los efectos legales que para la materia a la que se está haciendo referencia, en esto no puede haber confusión de ninguna naturaleza.

(...)

Tratándose de la segunda de las variables, esto es, la que indica que los “trabajos artísticos” (...) “... que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales...” debe ser entendida en coherencia con lo anterior, en el sentido de que el contratista debe ser sustancialmente un artista, es decir, una persona reconocida como realizador o productor de arte, de obras de arte, ejecutor de trabajos artísticos, un ser humano que dada su sensibilidad en relación con el mundo tiene la aptitud, la capacidad, la disposición natural o adquirida; el talento y estilo o forma original de hacer las cosas; y la genialidad, naturalidad y el carácter que lo hace distinto a otros artistas, esto es, su capacidad de inventiva que lo hace influyente en el medio, un ser único y excepcional, todo esto, para producir obras artísticas, de aquí la razonabilidad de la expresión utilizada por la disposición en comento según la cual, los trabajos artísticos sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales

7. De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, las partes de un contrato estatal pueden determinar su contenido, pactando en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las cláusulas o estipulaciones necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución Política y a la Ley.
8. Las Entidades Estatales como administradoras de sus Procesos de Contratación gozan de autonomía para determinar el valor de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, de conformidad con lo establecido en el estudio del sector correspondiente.
9. La Ley 23 de 1982, en su artículo 2, establece que, “Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas, en las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación, tales como: libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con letra o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la



geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias y, en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer.

Los derechos de autor se reputan de interés social y son preferentes a los de los intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, y en caso de conflicto primarán los derechos del autor.”

10. En relación con el pago de honorarios, en el artículo 110, se indicó que, *“Los honorarios o regalías por derechos de autor se pagarán en la fecha, forma y lugar acordados en el contrato. Si dicha remuneración equivale a una suma fija, independiente de los resultados obtenidos por la venta de los ejemplares editados, y no se hubiere estipulado otra cosa, se entenderá que ellos son exigibles desde el momento en que la obra de que se trate esté lista para su distribución o venta.*

Si la remuneración se hubiere pactado en proporción con los ejemplares vendidos, se entenderá que ella deberá ser pagada mediante liquidaciones semestrales, a partir de dicha fecha, mediante cuentas que deberán ser rendidas al autor por el editor las que podrán ser verificadas por aquel en la forma prevista en el artículo 123 de la presente Ley.

■ REFERENCIA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Ley 23 de 1982, artículos 2

Ley 80 de 1993, artículo 40

Ley 1150 de 2007, artículo 2, numeral 4, literal h

Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.1.4.9.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Fecha: 02 de diciembre de 2013. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente: 41719

Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente No. 28040 del 16 de marzo de 2015. C.P: Olga Melida Valle de la Hoz.

Colombia Compra Eficiente, Guía para la elaboración de Estudios de Sector, Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_guia_estudio_sector_web.pdf

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

Atentamente,

Andrés Ricardo Mancipe González
Subdirector (E) de Gestión Contractual

Proyectó: Sara Milena Núñez Aldana

Revisó: Ximena Ríos López

