**COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Competencia Consultiva – Contratación Estatal – Normas Generales**

Debe tenerse en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos concretos de todos los partícipes de la contratación estatal ni para asesorar procesos de contratación.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias, según corresponda.

**DECRETO 092 DE 2017 – Contratación con ESALES – Modalidades**

“(…) El Gobierno nacional, en desarrollo del artículo 355 de la Constitución, expidió el Decreto 092 de 2017, que dispone las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los contratos de colaboración o de interés público con el fin de 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 ) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los primeros están regulados en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, mientras que los segundos están previstos en el artículo 5 ibidem (…)”.

**DECRETO 092 DE 2017 – Contratación con ESALES – Obligatorio registro en SECOP II**

“(…) El Decreto 092 de 2017 obliga al registro de información de las ESAL en el SECOP II. En consonancia con lo anterior, es necesario destacar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en su calidad de administradora del Sistema Electrónico para la Contratación Pública, estableció en la Circular Externa No. 1 de 2019 el alcance de la obligatoriedad del SECOP II para el año 2020, previendo expresamente que «Todas las entidades del Estado colombiano deberán gestionar en SECOP II los procesos de contratación con ESALES (Decreto 092 de 2017) para lo cual encontrarán habilitado el módulo de régimen especial del SECOP II»

**DECRETO 092 DE 2017 – Obligatorio registro en SECOP II – Documentación**

“(…) El Decreto 092 de 2017 hace explícita la obligación que tiene la entidad estatal de publicar en el SECOP cierta información que le debe entregar la ESAL contratista. En tal sentido, el artículo 7, relacionado con las preguntas del peticionario prescribe: «[…] la entidad privada sin ánimo de lucro contratista deberá entregar a la Entidad Estatal, y esta publicar en el SECOP, la información relativa a los subcontratos que suscriba para desarrollar el programa o actividad de interés público previsto en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató y la información de pagos (…)”.

Bogotá D.C., 20 de Junio de 2023

Texto

Descripción generada automáticamente

Señora

**Estela del Carmen Leguizamón López**

Tunja, Boyacá

**Concepto C-112 de 2023**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – Competencia Consultiva – Contratación Estatal – Normas Generales / DECRETO 092 DE 2017 – Contratación con ESALES – Modalidades – DECRETO 092 DE 2017 – Obligatorio registro sen SECOP II – Documentación |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20230323002716 |

Estimada señora Leguizamón:

En virtud de la competencia conferida por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- responde a su consulta del 23 de marzo de 2023.

**1. Problemas planteados**

En el respectivo escrito, usted realiza las siguientes consultas: *“(…) 1. Si una entidad privada sin ánimo de lucro (Entidad Religiosa) está obligada a registrarse en el SECOP para poder suscribir un contrato con el Estado de Arrendamiento de estadios o salones, etc., para eventos religiosos por días u horas máximo de 3 días, de ser así, ¿es obligatorio registrar los estados financieros? O ¿se puede obviar ese paso por razones de seguridad?”*. Adicionalmente, *“2. de ser obligatorio colocar los estados financieros se puede dejar en blanco esa página o en su defecto subir una certificación de existencia y representación legal? Y ”3. ¿Por ser entidad religiosa sin ánimo de lucro existe algún procedimiento especial para suscribir contratos de arrendamiento de escenarios deportivos con los Municipios?”.*

**2. Consideraciones**

En ejercicio de las competencias previstas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto-Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En este sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia intervenga como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-1). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto, en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y/o disciplinarias, según corresponda.

Bajo este entendido, la Subdirección -dentro del límite de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción de cualquier caso particular que pueda llegar a proponer la peticionaria- resolverá la presente consulta de acuerdo con el alcance general de las normas en materia de contratación estatal. Con tal propósito, analizará los siguientes temas: *(i)* el contrato de arrendamiento en la Ley 80 de 1993; *(ii)* generalidades del régimen jurídico de los contratos y convenios regulados por el Decreto 092 de 2017; y *(iii)* alcance de la obligación de publicidad de los referidos contratos.

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- se ha referido previamente a las referidas temáticas en los conceptos 2201913000005381 del 9 de agosto de 2019, 4201913000005551 del 15 agosto de 2019, 2201912000005823 del 27 de agosto de 2019, 1201913000001574 del 19 de noviembre de 2019, 4201912000007050 del 12 de diciembre de 2019, C-223 del 19 de abril de 2020, C-280 del 15 de junio de 2021, C-236 del 28 de abril de 2022, C-575 del 27 de agosto de 2020, C-806 del 8 de febrero de 2021, C-273 del 6 de mayo de 2022, C-771 del 29 de diciembre de 2022, C-853 del 7 de diciembre de 2022. Las tesis y argumentos en ellos expuestos se reiteran, precisan y complementan a continuación.

**2.1. El contrato de arrendamiento en la Ley 80 de 1993**

La Ley 80 de 1993 define los contratos estatales en el artículo 32 y establece un listado enunciativo de contratos estatales entre los que se encuentran el contrato de obra, el contrato de consultoría, el contrato de prestación de servicios, el contrato de concesión y los encargos fiduciarios y fiducia pública. De acuerdo con esta disposición todos los actos jurídicos, cualquiera que sea su denominación, que celebren las entidades a las que se refiere el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y que generen obligaciones, son contratos estatales[[2]](#footnote-2).

De esta manera, el contrato estatal está determinado por un criterio orgánico, pues si en su celebración interviene una entidad regida por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, será un contrato estatal independientemente de las disposiciones en que estén regulados los contratos que celebren. En tal sentido, adquieren esta connotación los contratos enunciados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y, además, los previstos en el derecho privado, en disposiciones especiales y los que se deriven de la autonomía de la voluntad cuando son celebrados por entidades estatales.

Aunque el contrato de arrendamiento no se encuentra dentro del listado enunciativo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, su regulación se encuentra en el Código Civil y en el Código de Comercio, principalmente, los artículos 1973 al 2078 del Código Civil que lo desarrollan. Pero también existen normas especiales sobre el contrato de arrendamiento en los artículos 518 al 523 del Código de Comercio –sobre arrendamiento de inmuebles para los establecimientos de comercio–, 1678 al 1687 y 1890 al 1899 de la misma codificación –sobre arrendamiento de naves–; y en la Ley 820 de 2003, por la cual se expide el régimen de arrendamiento de vivienda urbana.

El artículo 1973 del Código Civil define el contrato de arrendamiento como «[…] un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado». Se trata pues del acuerdo de voluntades en virtud del cual una de las partes –llamada arrendador– se obliga a concederle a otra –llamada arrendatario– el uso y goce de un bien, a cambio de una renta o canon[[3]](#footnote-3). Por tanto, se diferencia del contrato de compraventa en que no opera una transferencia del dominio del bien cuyo uso y goce se entrega.

En cuanto a sus características, la doctrina ha indicado que el arrendamiento es un contrato: i) bilateral, pues ambas partes se obligan recíprocamente; ii) consensual, dado que se perfecciona con el consentimiento[[4]](#footnote-4); iii) oneroso, ya que ambas partes obtienen utilidades –el arrendatario, el uso y goce del bien, y el arrendador la renta o canon–; iv) de ejecución sucesiva, en la medida en que se ejecuta en forma periódica; v) principal, porque existe en forma autónoma; y v) nominado, porque está tipificado y desarrollado en la ley[[5]](#footnote-5).

Ahora, para efectos de determinar la modalidad de selección del contratista debe precisarse que esta depende del régimen de contratación aplicable a la entidad estatal y del tipo de bienes objeto de arrendamiento. Esto significa que, si está exceptuada del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la entidad debe aplicar en principio las normas civiles y comerciales mencionadas, sin perjuicio de lo dispuesto en el manual de contratación para efectos de la selección del contratista. En contraste, si la entidad estatal se rige por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, bien sea que obre en calidad de arrendadora o arrendataria, debe acudir a las modalidades de selección del contratista establecidos en dicho estatuto[[6]](#footnote-6).

En efecto, tratándose del arrendamiento de bienes *inmuebles* el artículo 2º, numeral 4° literal i), de la Ley 1150 de 2007 dispone la modalidad de selección de contratación directa, pues, establece que una de las causales de este procedimiento es “i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles”. Adicionalmente, el artículo 2.2.1.2.1.4.11 del Decreto 1082 de 2015 dispone que las entidades estatales pueden alquilar o arrendar inmuebles mediante contratación directa para lo cual deben seguir las siguientes reglas:

“1. Verificar las condiciones del mercado inmobiliario en la ciudad en la que la Entidad Estatal requiere el inmueble.

2. Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfacen las necesidades identificadas y las opciones de arrendamiento, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compra y contratación pública”.

En contraste, si se trata de arrendamiento de bienes *muebles,* la modalidad aplicable será la licitación pública, la selección abreviada o la mínima cuantía, según corresponda dependiendo del valor de la contratación. Lo anterior en la medida que no se encuentran dentro de las causales de contratación directa que expresamente señala el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Por otra parte, si el arrendamiento recae sobre bienes públicos debe tenerse en cuenta que la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que los bienes que pueden ser susceptibles de arrendamiento son únicamente los bienes fiscales, no los bienes de uso público[[7]](#footnote-7).

La jurisprudencia define los bienes fiscales como «aquellos que pertenecen a sujetos de derecho público de cualquier naturaleza u orden y que, por lo general, están destinados al cumplimiento de las funciones públicas o servicios públicos, tales como los terrenos, edificios, fincas, granjas, equipos, enseres, acciones, rentas y bienes del presupuesto, etc., es decir, afectos al desarrollo de su misión y utilizados para sus actividades, o pueden constituir una reserva patrimonial para fines de utilidad común. Su dominio corresponde a la República, pero su uso no pertenece generalmente a los habitantes, de manera que el Estado los posee y los administra en forma similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad»[[8]](#footnote-8). De esta forma, sobre los bienes fiscales, a pesar de estar destinados a la prestación de servicios públicos, las entidades estatales tienen la facultad de disponer de ellos a través de un acto jurídico como la compraventa, la donación, el arriendo, entre otros.

Acerca de los bienes de uso público, el Consejo de Estado los define como «aquellos cuya titularidad pertenece al Estado y se hallan destinados al uso, goce y disfrute de todos los habitantes del territorio, están sometidos al régimen de derecho público y sobre ellos el Estado ejerce derechos de administración y de policía, con miras a garantizar y proteger su uso y goce común, por motivos de interés general»[[9]](#footnote-9). Por lo tanto, como estos bienes están destinados al uso de los habitantes de un territorio, el Estado no puede disponer de ellos por encontrarse fuera del comercio[[10]](#footnote-10).

Otro aspecto importante del contrato de arrendamiento consiste en la imposibilidad de pactar cláusulas de prórroga automática, puesto que el Consejo de Estado explica que «en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública no existe norma alguna que autorice pactar prórrogas automáticas que favorezcan a un determinado contratista, resulta violatorio de los principios generales de libre concurrencia, de igualdad, de imparcialidad, de prevalencia del interés general y de transparencia que rigen todas las actuaciones contractuales de las entidades estatales»[[11]](#footnote-11).

En síntesis, en los casos en donde una de las partes del contrato de arrendamiento sea una entidad pública, este contrato adquiere el carácter de estatal y su contenido se enmarcará en las normas civiles y comerciales que lo regulan, además de las establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En este tipo de contratos no podrán pactarse cláusulas de prórroga automática y únicamente serán susceptibles de darse en arrendamiento los bienes fiscales, puesto que las entidades pueden disponer de ellos, lo que no ocurre con los bienes de uso público, pues se encuentran fuera del comercio.

Por último, cabe mencionar que independientemente del régimen aplicable, el contrato de arrendamiento debe publicarse en el SECOP como los demás contratos estatales, en virtud del principio de publicidad de la función administrativa consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política. Dicho principio fue desarrollado por el legislador en el ámbito de la contratación estatal mediante el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 11, literal g de la Ley 1712 de 2014 y su reglamentación, normas que obligan a que la publicidad de los contratos celebrados por las entidades estatales se realice a través del SECOP. Esto debido a que los contratos estatales involucran un interés público, por lo que deben publicarse en el mecanismo establecido para garantizar que se cumplan los principios de publicidad y transparencia en la gestión contractual.

Lo anterior además supone que si la Entidad Estatal contratante, eventual arrendadora, es una de aquellas obligadas a desarrollar su actividad contractual SECOP II, de acuerdo con las Circular Externa No. 2 de 2022 y las demás circulares sobre la materia expedidas por esta Agencia, dicho contrato de arrendamiento deberá celebrarse haciendo uso del carácter transaccional de dicha plataforma. Esto significa que el eventual contratista deberá tener un usuario de proveedor en SECOP II, que le permita celebrar y suscribir el contrato de manera electrónica en la plataforma, obligación que es indiferente al plazo que se haya contemplado para el arrendamiento.

**2.2. Generalidades del régimen jurídico de los contratos y convenios regulados por el Decreto 092 de 2017**

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con Entidades Sin Ánimo de Lucro -en adelante ESAL- con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo[[12]](#footnote-12).

Por su parte, la Ley 489 de 1998, en su artículo 96, permite a las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, por vía de la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas. Ambas figuras coinciden en que tienen como fin último el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad[[13]](#footnote-13).

El Presidente de la República, en desarrollo del mandato inserto en el artículo 355 de la Constitución, expidió el Decreto 92 de 2017, con el objeto de reglamentar la forma cómo el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrataría con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para materializar los programas y actividades referidos en el citado precepto constitucional. Bajo este entendido, trajo a colación dos eventos específicos: *(i)* los *contratos de colaboración o de interés público* 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 (Artículo 2º del Decreto); y *(ii)* los *convenios de asociación* a fin de desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 (Artículo 5º del Decreto).

En relación con los contratos de colaboración o de interés público, cabe decir que estos tienen por objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, en plena correspondencia con los planes de desarrollo, por lo que, en esencia, no dan lugar a una contraprestación directa en favor de la entidad ni tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL propiamente dicha. Lo anterior, comoquiera que el beneficio real y directo lo reciben, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento. Para la celebración de esta tipología contractual, según el artículo 4 del Decreto 92 de 2017, la entidad debe adelantar, por regla general, un proceso competitivo para seleccionar la entidad contratista sin ánimo de lucro.

En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos. De un lado, que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo. De otro, que no exista una contraprestación directa a favor de la entidad estatal, es decir, que el programa o actividad a desarrollar esté dirigido al beneficio de la población en general. Esto, tomando en consideración que cuando se adquieren bienes o servicios o se ejecutan obras en una relación conmutativa, las normas aplicables son aquellas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -EGCAP-. En tal virtud, sólo cuando se reúnan estas condiciones y se cuente con la autorización previa y escrita del representante legal de la entidad estatal, es procedente celebrar este tipo de contratos de colaboración.

Frente a los llamados convenios de asociación, es de indicarse que estos se caracterizan por tener como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocie con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades vinculadas con los cometidos y funciones atribuidas de acuerdo con la Constitución y la Ley. En esta tipología contractual no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. De cualquier modo, la entidad debe adelantar un proceso competitivo, salvo únicamente cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.

Adicionalmente, según lo dispone el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en estos convenios debe determinarse “con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”, resaltándose dentro de tales requisitos el alusivo a los aportes, pues aquel debe interpretarse en el sentido de que las ESAL deben realizarlos en los convenios que suscriban. Estos pueden ser en dinero, en porcentajes inferiores o superiores al 30%, o en especie, todos los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación.

En todo caso, atendiendo a que los convenios de asociación “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”, la entidad debe asegurarse de que su contratista, es decir, una o varias ESAL, aporten cuando menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente. Asimismo, conforme al inciso segundo del artículo 5º del Decreto 92 de 2017, habrá de asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, ya que de ser así, requerirá seleccionar de forma objetiva y justificar los criterios de selección de la entidad con la cual ha de asociarse[[14]](#footnote-14).

Ahora bien, la noción sobre la forma de selección objetiva contenida en la aludida disposición normativa no puede entenderse como una mera remisión a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. En realidad, a lo que se refiere la norma es a que la entidad estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación. Con todo, nada obsta para que la entidad acuda a los procesos de selección de contratistas previstos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -EGCAP- o, incluso, al trámite que regula el inciso 2º del artículo 2 del Decreto 92 de 2017.

Esto quiere decir, en últimas, que las entidades estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 92 de 2017. Ello, sin embargo, siempre que el respectivo procedimiento de definición para la suscripción del convenio de asociación observe y garantice la libre concurrencia y pluralidad de los interesados, así como la comparación objetiva de las ofertas. Esto permite que a la selección se le añada un ingrediente de competencia similar a otros procedimientos, como el de licitación pública.

Finalmente, en cuanto tiene que ver con el régimen jurídico aplicable a los convenios de asociación, estos a pesar de hallarse regulados de forma prevalente en el Decreto 92 de 2017, no se encuentran excluidos de la aplicación de las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011. En efecto, el propio artículo 8º del Decreto 92 de 2017 estipula que también están sujetos a las normas generales en materia de contratación pública, salvo lo expresamente regulado en dicho reglamento[[15]](#footnote-15). En concordancia con esto, el artículo 7 consagra la aplicación de los principios de la contratación y normas presupuestales[[16]](#footnote-16).

Es así como la articulación normativa del Decreto 92 de 2017 con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -EGCAP- permite que en la contratación de entidades estatales con ESALES sean aplicables figuras jurídicas y procedimientos regulados en el mencionado Estatuto, pese a no estar expresamente previstas en el instrumento normativo reglamentario.

**2.3. Alcance de la obligación de publicidad en el SECOP II para entidades sin ánimo de lucro en el marco del Decreto 092 de 2017**

El artículo 3º de la Ley 1150 de 2007 autorizó la creación del Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP-, cuya finalidad, entre otras, es la de ofrecer publicidad y transparencia a todos los contratos en los que participe una entidad estatal. La referida norma ha sido complementada y desarrollada por la Ley 1712 de 2014 y los Decretos 4170 de 2011, 1082 de 2015 y 1083 de 2015, normas que determinan, entre otros, que cualquier entidad que maneje recursos públicos debe registrar su información en el sistema.

A propósito de la referida normativa, la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- tiene a su cargo la administración del SECOP. Esta entidad ha desarrollado dos módulos, a saber: SECOP I y SECOP II. Sobre el particular, vale mencionar lo siguiente:

“(…) El SECOP II es una plataforma transaccional que permite gestionar en línea todos los procedimientos de contratación, con cuentas y usuarios asociados a estas, para las entidades y los proveedores, y vista pública para cualquier interesado en hacer seguimiento a la contratación pública. Desde sus cuentas, las entidades crean, evalúan y adjudican procedimientos de contratación, y gestionan la fase de ejecución del contrato. Los proveedores pueden hacer comentarios a los documentos del procedimiento, presentar ofertas y seguir el procedimiento de selección en línea[[17]](#footnote-17).

Por su parte, el artículo 9º del Decreto 092 de 2017 prevé expresamente que “(…) las entidades sin ánimo de lucro 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”[[18]](#footnote-18). Al respecto, resulta necesario aclarar que en la actualidad el SECOP I es un módulo de publicidad, que no permite el registro de proveedores de manera virtual, como sí lo permite el SECOP II que, como ya se indicó, es una plataforma transaccional que permite realizar procesos de contratación en línea.

Por tal razón, se puede inferir que el Decreto 092 de 2017 obliga al registro de información de las ESAL en el SECOP II. En relación con esto último, es necesario destacar que la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, en su calidad de administradora del Sistema Electrónico para la Contratación Pública estableció en la Circular Externa No. 1 de 2019 el alcance de la obligatoriedad del SECOP II para el año 2020, previendo expresamente que “todas las entidades del Estado colombiano deberán gestionar en SECOP II los procesos de contratación con ESALES (Decreto 092 de 2017) para lo cual encontrarán habilitado el módulo de régimen especial del SECOP II”[[19]](#footnote-19).

Adicionalmente, si bien la norma no señala de manera expresa la totalidad de documentos que deben ser publicados, esta Agencia ha dado alcance explicativo a la normativa referente a contratación con ESALES. En este documento, la Agencia señaló, entre otras cosas, que “[e]l Proceso de Contratación en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política y del Decreto 092 de 2017 requiere de: (…) (v) publicidad oportuna de los Documentos del Proceso; y (vi) publicidad de los subcontratos”.

Por tal motivo, con el propósito de cumplir con los principios de publicidad y transparencia de la actividad contractual de la totalidad de sujetos obligados, el SECOP II dispone del módulo “Régimen Especial” que, en principio, es utilizado por las entidades que cuentan con un régimen especial o excepcional de contratación distinto a la Ley 80 de 1993, pero a su vez, es utilizado para gestionar la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad.

Por último, ha de ponerse de presente que, en línea de principio, las entidades estatales se encuentran obligadas a publicar en el SECOP II todos los documentos del proceso adelantado con una ESAL. Para tal efecto, la Guía para la Contratación con Entidades Privadas sin Ánimo de Lucro y Reconocida Entidad define en su punto (II) el concepto de Documentos del Proceso, indicando que:

“Documentos del Proceso son: (a) los estudios y documentos elaborados en la etapa de planeación; (b) los documentos en los cuales la Entidad Estatal establece los términos y condiciones para seleccionar la entidad privada sin ánimo de lucro cuando hay lugar a competencia; (c) la explicación que contenga la correspondencia entre las Entidades Estatales y las entidades privadas sin ánimo de lucro interesadas en el Proceso de Contratación sobre el mismo; (d) las ofertas presentadas por las entidades privadas sin ánimo de lucro cuando hay lugar a competencia; (e) los informes de evaluación de las ofertas cuando hay lugar a competencia; (f) el contrato y sus modificaciones; (g) los subcontratos que suscriba la entidad privada sin ánimo de lucro para ejecutar el objeto del contrato que desarrolla el programa o actividad prevista en el plan de desarrollo; (h) los documentos que recojan información sobre la ejecución del programa o actividad del plan de desarrollo por parte de la entidad privada sin ánimo de lucro; e (i) cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación”.

En síntesis, aun cuando no existe una norma expresa dentro del Decreto 092 del 2017 que señale taxativamente los documentos que deben ser publicados en el SECOP II, en el marco de un convenio o contrato con una ESAL, esta Agencia sí ha otorgado un alcance a dicha obligación. Por tal motivo, respondiendo a los principios de publicidad, transparencia y a las buenas prácticas contractuales, la entidad estatal debe cumplir con el cargue de la totalidad de documentos del proceso en el módulo de “Régimen Especial”, incluyendo, por supuesto, los subcontratos que celebre la ESAL, los cuales deben ser comunicados por esta a la entidad contratante.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que el Decreto 092 de 2017 hace explícita la obligación que tiene la entidad estatal de publicar en el SECOP cierta información que le debe entregar la ESAL contratista. En tal sentido, el artículo 7, relacionado con las preguntas del peticionario prescribe: “(…) la entidad privada sin ánimo de lucro contratista deberá entregar a la Entidad Estatal, y esta publicar en el SECOP, la información relativa a los subcontratos que suscriba para desarrollar el programa o actividad de interés público previsto en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató y la información de pagos”. Del aparte anterior se deduce que en los casos en que la ESAL requiera subcontratar parte de la ejecución del contrato suscrito con la entidad estatal, aquella deberá aportar a la entidad la siguiente información, para que esta la publique en el SECOP: *(i)* los subcontratos suscritos para ejecutar el convenio; *(ii)* los datos referentes a la existencia y representación legal del subcontratista, lo que se podrá cumplir aportando, por ejemplo, el certificado de existencia y representación legal del subcontratista y *(iii)* la información de los pagos realizados por la ESAL al subcontratista.

**3. Respuesta**

*“(…) 1. Si una entidad privada sin ánimo de lucro (Entidad Religiosa) está obligada a registrarse en el SECOP para poder suscribir un contrato con el Estado de Arrendamiento de estadios o salones, etc., para eventos religiosos por días u horas máximo de 3 días, de ser así, ¿es obligatorio registrar los estados financieros? O ¿se puede obviar ese paso por razones de seguridad?”*. Adicionalmente, *“2. de ser obligatorio colocar los estados financieros se puede dejar en blanco esa página o en su defecto subir una certificación de existencia y representación legal? Y ”3. ¿Por ser entidad religiosa sin ánimo de lucro existe algún procedimiento especial para suscribir contratos de arrendamiento de escenarios deportivos con los Municipios?”.*

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, esta Agencia no tiene competencia para brindar asesorías, ni para expedir directrices especiales sobre la obligatoriedad de las ESALES de registrar determinada documentación en el SECOP II para acreditar la suscripción de un contrato.

Sin embargo, en línea con las precisiones normativas previamente realizadas, conviene iniciar por señalar que las entidades estatales se encuentran facultadas para celebrar contratos, entre estos, convenios de colaboración y de asociación, con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política, la Ley 489 de 1998 y el Decreto 092 de 2017. Para tal efecto, en lo no previsto por el reglamento contenido en el Decreto 092, debe observarse la normativa general de contratación pública.

Ahora bien, dado que la respuesta de los varios interrogantes planteados puede ofrecerse de manera unificada, interesa resaltar que una ESAL -de carácter religioso- bien puede suscribir los contratos que sean requeridos para ejercer su objeto social en el marco de sus facultades y en contraste particular con las previsiones de la Ley 133 de 1994 *“por la cual se desarrolla el Decreto de Libertad Religiosa y de Cultos, reconocido en el artículo 19 de la Constitución Política”*, por lo que resultaría apenas comprensible que suscriba contratos de arrendamiento de bienes fiscales -susceptibles de disposición por parte de las entidades estatales- para desarrollar su actividad religiosa.

En efecto, en el marco de la referida normativa, la libertad religiosa y de cultos garantizada por la Carta Política de 1991 comprende, con la consecuente autonomía jurídica e inmunidad de coacción, el derecho de toda persona “de reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas”, lo que cobija, entre otros derechos de las iglesias y confesiones religiosas, no solo la posibilidad de establecer lugares de culto o reunión con fines religiosos, sino también de cumplir actividades de educación, de beneficencia y de asistencia que permitan poner en práctica sus preceptos de orden moral desde el punto de vista social.

Incluso, cada municipio podrá conceder a las instituciones religiosas exenciones de los impuestos y contribuciones de carácter local en condiciones de igualdad para todas las confesiones e iglesias[[20]](#footnote-20).

Por otra parte, ha de resaltarse que tanto el Decreto 092 de 2017 como las normas generales que regulan la materia han dispuesto como principios de contratación pública los de transparencia y publicidad. Por ello, han señalado que las entidades obligadas tienen la obligación de publicar en los módulos respectivos del SECOP la documentación de los contratos celebrados.

En este sentido, no sobra señalar que las entidades estatales, de conformidad con la causal i) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, bien pueden suscribir contratos de arrendamiento de inmuebles fiscales con las ESALES, siempre que estas no contravengan expresa prohibición legal y tampoco se encuentren incursas en causal de inhabilidad o incompatibilidad. Para tales efectos, deben acreditar su existencia y representación legal con el debido certificado, del cual uno de sus componentes es la información financiera.

En tal caso, si la entidad estatal está obligada a usar SECOP II, el respectivo contrato necesariamente deberá celebrarse de manera electrónica a través de la plataforma, por lo que se requiere que la ESAL tenga un usuario que le permita celebrar dicho contrato.

Adicionalmente, por asistirle entre sus funciones la gestión y administración del Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP-[[21]](#footnote-21), la Subdirección de Información y Desarrollo Tecnológico -SIDT- de la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- señala lo siguiente frente a la inquietud que originó la presente consulta:

*“Cuando se realiza el registro en calidad de proveedor en la plataforma del Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP II, es necesario adjuntar una serie de documentos, los cuales únicamente son requeridos para completar el registro de la cuenta en la plataforma. Si el registro se va a realizar como proveedor “Empresa Sin Ánimo de Lucro (ESAL)”, es necesario relacionar los siguientes documentos según lo establecido en la guía “Procedimiento De Registro De proveedores Del Sistema Electrónico Para La Contratación Pública – SECOP II”*[*https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_step/cce-sec-gi-07provppregistroproveedor\_v2.pdf*](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_step/cce-sec-gi-07provppregistroproveedor_v2.pdf)*:*

*1. Formato de indicadores de Entidades Sin Ánimo de Lucro. Descárguelo de la sección “Formatos Compradores y Proveedores” del SECOP II.*

*2. Lista de contratos que acrediten su experiencia con el sector público y/o privado. Descargue el formato de la sección “Formatos Compradores y Proveedores” del SECOP II.*

*3. Estados financieros auditados a 31 de diciembre del año anterior suscritos por el representante legal con notas. Si la antigüedad del interesado es insuficiente, debe anexar los estados financieros trimestrales o de apertura.*

*4. Documento de autorización para que en caso de ser necesario las Entidades Estatales puedan consultar las bases de datos para fines institucionales, suscrito por el representante legal. En el documento debe establecer si autoriza o no la consulta.*

*Una vez se anexen los documentos y se finalice el registro de la cuenta de proveedor, esta queda activa en SECOP II. Por lo cual, estos documentos serán visibles para los usuarios que tienen acceso a una cuenta (Entidad Estatal y/o Proveedor) a través del Directorio SECOP. Sin embargo, si se considera que la información tiene carácter de confidencialidad es necesario anexar en los campos requeridos para los documentos una constancia manifestando esta situación o incluir en los documentos una marca de agua indicando el uso exclusivo para SECOP II.*

***Obligatoriedad de los documentos:***

*La plataforma solicita de manera obligatoria que se carguen los documentos correspondientes cuando se realice el diligenciamiento de la información de registro de una cuenta proveedora; sin embargo, es posible actualizarlos cuando se considere necesario. Para esto, el usuario administrador de la cuenta debe:*

1. *Ingresar al módulo de configuración*
2. *Dar clic en la imagen superior derecha de la pantalla, donde se encuentra el menú de configuración*
3. *Dar clic en “Configuración de la Entidad Estatal /Proveedor”, luego en “Editar datos completos”*
4. *Seleccionar la opción “Datos”, el SECOP II habilitará una nueva ventana en su navegador con la información que se encuentra para consulta en el “Directorio SECOP”.*
5. *En la pestaña “Documentos” dar clic “Anexar documento”.*
6. *Posteriormente, la plataforma le mostrará una ventana emergente donde se deberá realizar el cargue del documento.*

*Al realizar lo descrito, la plataforma reemplazará el documento cargado previamente. Se recomienda hacer esta actualización cada vez que sea necesario. Recordamos que en los Términos y Condiciones de uso del SECOP II, Capítulo VII, indica lo siguiente:*

*c) La información contenida tanto en los formularios del SECOP II como en los documentos anexos o complementarios, es responsabilidad única y exclusiva del Usuario que los crea, al igual que la información que publican sobre su cuenta Entidad /Proveedor. Los Usuarios del SECOP II no deben publicar ni transmitir información ilegal, difamatoria o engañosa a través del SECOP II. (…)”.*

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diego Andrés Zambrano Pérez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Raúl Sarmiento Cantillo  Gestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Nohelia del Carmen Zawady Palacio  Subdirectora de Gestión Contractual |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- fue creada por el Decreto-Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación pública del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas, normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el objetivo de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3º *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de la entidad. Concretamente, el numeral 5º del citado artículo establece que le corresponde a esta entidad: *“[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”*. A su turno, el numeral 8º del artículo 11 *ibidem* indica que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: *“[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”*. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: [↑](#footnote-ref-2)
3. En palabras de José Alejandro Bonivento Fernández: “El arrendamiento es el contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a proporcionarle a otra el uso y goce de una cosa, durante cierto tiempo, y ésta a pagar, como contraprestación, un precio determinado.La parte que proporciona el goce se llama arrendador y la parte que da el precio arrendatario. También se conoce con el nombre de inquilino cuando se trata de arrendamiento de casas, almacenes u otros edificios, y colono cuando el goce radica en predio rústico” (BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. 16ª ed. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2004. p. 401). [↑](#footnote-ref-3)
4. Lo anterior bajo el régimen del derecho privado, sin perjuicio de que cuando se trata de un contrato estatal deben cumplirse los requisitos de perfeccionamiento establecidos en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ibíd., pp. 401-402. [↑](#footnote-ref-5)
6. DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 505. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primer. Sentencia de 11 de noviembre de 1999. Expediente 5286. C.P. Olga Inés Navarrete Barrero. Esta postura fue unificada en el Sentencia de la Sala Plena del 14 de agosto de 2018, radicado 05001-33-31-003-2009-00157-01(AP)SU, con ponencia del Magistrado Oswaldo Giraldo López. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de abril de 2012. Expediente 21.699. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio de 2018, Expediente 36.711. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Sentencia C-183 de 2003. Expediente D-4244. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de febrero de 2015, Expediente 30834. C.P. Hernán Andrade Rincón [↑](#footnote-ref-11)
12. Sobre esta norma consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, cuyo radicado es el No. 4201913000008240. [↑](#footnote-ref-12)
13. *“Articulo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia 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”*. Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-671 de 1999. [↑](#footnote-ref-13)
14. Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-14)
15. *“Artículo 8°. Aplicación de normas generales del sistema de contratación pública. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto”*. [↑](#footnote-ref-15)
16. *“****Artículo 7°.***Aplicación de los principios de la contratación estatal. *La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables. En consecuencia, las normas relativas a la publicidad son de obligatorio cumplimiento, por lo cual, la actividad contractual y los Documentos del Proceso de que trata el presente decreto deberán ser objeto de publicación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP). Adicionalmente, la entidad privada sin ánimo de lucro contratista deberá entregar a la Entidad Estatal, y esta publicar en el SECOP, la información relativa a los subcontratos que suscriba para desarrollar el programa o actividad de interés público previsto en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató y la información de pagos”*. [↑](#footnote-ref-16)
17. Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, Concepto C-575 de 2020. [↑](#footnote-ref-17)
18. “Artículo 7°. Aplicación de los principios de la contratación estatal. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables. En consecuencia, las normas relativas a la publicidad son de obligatorio cumplimiento, por lo cual, la actividad contractual y los Documentos del Proceso de que trata el presente decreto deberán ser objeto de publicación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP). Adicionalmente, la entidad privada sin ánimo de lucro contratista deberá entregar a la Entidad Estatal, y esta publicar en el SECOP, la información relativa a los subcontratos que suscriba para desarrollar el programa o actividad de interés público previsto en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató y la información de pagos”.

    “Artículo 9º. Registro de entidades privadas sin ánimo de lucro en el SECOP. 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”. [↑](#footnote-ref-18)
19. Circular Externa No. 1 de 2019. En similar sentido, se estableció en la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, que: “Los Procesos que se realicen en el marco del Decreto 092 de 2017 deben adelantarse en SECOP II en el módulo de “Régimen Especial”, teniendo en cuenta que este decreto consagra en el artículo 9 que las entidades privadas sin ánimo de lucro deben estar registradas en el SECOP. El SECOP II es la única versión de la plataforma que permite el registro de proveedores toda vez que es transaccional. Adicionalmente, el SECOP II es el medio para acreditar los indicadores de idoneidad, eficiencia, economía, eficacia y manejo del Riesgo definidos por la respectiva Entidad Estatal”. [↑](#footnote-ref-19)
20. Cfr. Artículos 6 y 7 de la Ley 133 de 1994. [↑](#footnote-ref-20)
21. Numeral 6 del artículo 13 del Decreto-Ley 4170 de 2011. [↑](#footnote-ref-21)