

DECRETO 092 DE 2017 – Finalidad – Clases de contratos

El Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; 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.

ASOCIACIONES DE PADRES DE FAMILIA – Contrato de asociación – Objeto – Requisitos

[...] en lo referente a la “contratación con las asociaciones de padres de familia”, resulta importante aclarar que esta figura se encuentra regulada por el artículo 9 del Decreto 1286 de 2005, el cual la describe como “[...] una entidad de jurídica de derecho privado, sin ánimo de lucro, que se constituye por la decisión libre y voluntaria de los padres de familia de los estudiantes matriculados en un establecimiento educativo” [Énfasis fuera de texto]. De acuerdo con lo anterior, al considerarse las asociaciones de padres de familia como ESAL, las Entidades Estatales se encuentran facultadas para suscribir con estas, bajo el régimen señalado en el Decreto 092 de 2017, 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.

Sin embargo, para ello, esto es, suscribir convenios de asociación con las asociaciones de padres de familia, las Entidades Estatales deberán tener en cuenta lo siguiente: i) la asociación de padres de familia deberá encontrarse legalmente constituida, según las reglas dispuestas en el inciso segundo del artículo 9 del Decreto 1286 de 2005; ii) el objeto contractual del convenio de asociación, deberá guardar afinidad con las funciones y cometidos de la entidad pública, según la Constitución y la ley; iii) deberán observarse las prohibiciones dispuestas en el artículo 12 ibidem para las asociaciones de padres de familia, esto, con el fin de que el desarrollo de las actividades objeto del convenio, no excedan los límites señalados en tal disposición, puesto que, particularmente en su literal c), establece que estas asociaciones tienen prohibido “[a]sumir las competencias y funciones propias de las autoridades y demás organismos colectivos del establecimiento educativo, o aquellas propias de los organismos y entidades de fiscalización, evaluación, inspección y vigilancia del sector educativo”.

MODALIDADES DE SELECCIÓN – Clases

[...] teniendo en cuenta la reforma introducida con la Ley 1474 de 2011, los procedimientos actualmente regulados son los siguientes: i) licitación pública, ii) selección abreviada, iii) concurso de méritos, iv) mínima cuantía y v) contratación directa. En dichos procedimientos constan las etapas para la adquisición de obras, bienes y servicios, por lo que cada entidad es responsable de estructurar los procedimientos de contratación, siempre respetando el principio de legalidad.



MÍNIMA CUANTÍA – Concepto – Regulación – Requisitos

[...] la mínima cuantía es una modalidad de selección en virtud de la cual la Entidad Estatal realiza una convocatoria pública para recibir ofertas de bienes, obras o servicios cuyo valor no excede el diez por ciento (10%) de la menor cuantía. Esta modalidad de selección fue creada en el 2011 por la Ley 1450, modificada por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011 – que adicionó el numeral 5° al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007– y posteriormente por la Ley 2069 de 2020, estableciendo que el factor determinante para llevar a cabo tal procedimiento es la cuantía –calculada como presupuesto oficial a partir del estudio del sector–, “independientemente de su objeto”.

Dicho de otro modo, la mínima cuantía es un procedimiento de selección excepcional, porque es una excepción adicional a la regla general constituida por la licitación pública, pero se parece a esta en que también es un llamado general a presentar ofertas, efectuado por la Entidad Estatal interesada en contratar, aunque es distinta en otros aspectos, como su conducencia y su procedimiento; lo primero, porque solo procede por razón de una cuantía específica, y lo segundo, porque sus requisitos, etapas y términos son peculiares.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Fijación de honorarios – Facultad de la entidad – Justificación en los estudios previos

[...] en lo concerniente a los *honorarios* en esta tipología contractual, resulta a bien indicar, que no existe en el Sistema de Compra y Contratación Pública una disposición que establezca la forma en la que deberían fijarse los honorarios de los contratistas de prestación de servicios profesionales, de apoyo a la gestión y de trabajos artísticos, pues en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden determinar el contenido de los contratos estatales e incluir las condiciones, cláusulas o estipulaciones que consideren necesarias para desarrollar el objeto contractual, siempre que no sean contrarias a la Constitución Política, la ley y el orden público.

En consecuencia, las Entidades Estatales durante la etapa de planeación, tienen el deber de realizar el análisis del sector y justificar la modalidad de contratación en los documentos del proceso, que para el caso de los procesos que impliquen una contratación directa y en los contratos de prestación de servicios profesionales, de apoyo a la gestión y de trabajos artísticos se constata en los estudios y documentos previos, los cuales deben indicar, entre otras, las condiciones mínimas exigidas para suplir la necesidad de la entidad, así como los requisitos que debe acreditar el futuro contratista para el cumplimiento del objeto contractual.

CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Distinción – Contratos de consultoría

[...] pese a que el contrato de consultoría y el de prestación de servicios se asemejan en lo intelectual y profesional, el primero no puede tener como objeto contractual, actividades



del segundo. Esto por cuanto, como lo indicó el Consejo de Estado en la antes referida sentencia de unificación jurisprudencial, si bien existe un componente intelectual y profesional, tanto en los contratos de prestación de servicios profesionales y en los contratos de consultoría, el objeto contractual de este último es especial y debe celebrarse, por regla general, mediante la modalidad de selección de concurso de méritos. Así pues, debe aclararse, que no es factible suscribir un contrato de prestación de servicios profesionales para ejecutar actividades que se enmarcan en los contratos tipificados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como, por ejemplo, las consultorías.

Bajo este entendimiento, la característica fundamental para identificar los contratos de consultoría es el carácter ampliamente técnico de su contenido, que se diferencia de otros tipos contractuales, como el de prestación de servicios –apoyo a la gestión, servicios profesionales o de ejecución de trabajos artísticos–. A diferencia del contrato de consultoría, el de prestación de servicios supone tal y como se indicó en el numeral anterior, el desarrollo de actividades de colaboración y apoyo a la gestión de la entidad dirigidas al cumplimiento de las funciones asignadas a esta, de carácter temporal, excepcional u ocasional, siempre que no haya suficiente personal de planta o que, existiendo, está sobrecargado de trabajo, o que sean actividades que requieran conocimientos especializados, según lo prescrito en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

SUBSANABILIDAD DE LA OFERTA – Reglas -Artículo 5 de la ley 1150 – Artículo 5 de la ley 1882 de 2018

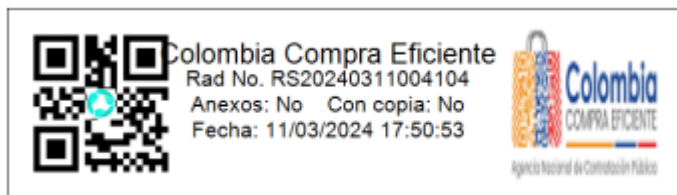
La regla de subsanabilidad es un mecanismo previsto en los procesos de contratación que se regulan por el EGCAP. Esta regla, prevista en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, consiste en permitir que los proponentes puedan enmendar, corregir o modificar los errores en los que se incurre en los documentos contentivos de la oferta. Así lo ha establecido el Consejo de Estado, en los siguientes términos: “[...] materializar un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal, adoptando medidas de saneamiento del proceso de selección tendientes a que los meros defectos formales, que no afecten sustancialmente la oferta, referidos a la documentación o instrumentalización de la misma, priven a la administración de considerar una oferta por causa de tales falencias”.

[...]

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, lo subsanable es la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar las ofertas, ello es lo que implica la prohibición de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al “cierre del proceso”. Lo anterior evita, por ejemplo, que se presenten oferentes que no cumplan con los requisitos para participar al momento de presentar las ofertas, y pretendan cumplirlos durante el proceso de selección o, inclusive, que se puedan variar condiciones de la oferta una vez presentada.



Bogotá D.C., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] de [Año]



Señora
XXXXX

Concepto C – 024 de 2024

Temas:

DECRETO 092 DE 2017 – Finalidad – Clases de contratos / ASOCIACIONES DE PADRES DE FAMILIA – Contrato de asociación – Objeto – Alcance / MODALIDADES DE SELECCIÓN – Clases / MÍNIMA CUANTÍA – Concepto – Regulación – Requisitos / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Fijación de honorarios – Facultad de la entidad – Justificación en estudios previos / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Distinción – Contratos de consultoría / SUBSANABILIDAD DE LA OFERTA – Reglas - Artículo 5 de la ley 1150 – Artículo 5 de la ley 1882 de 2018

Radicación:

Respuesta a consulta No. P20240205001133

Estimada Señora Rueda:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5° del artículo 3 y el numeral 8° del artículo 11 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su petición recibida el 05 de febrero de 2024.

1. Problemas planteados

Usted realiza las siguientes preguntas:



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

"1. ¿Se puede entregar subsidios de transporte escolar a la asociación de padres de familia, para que sea la misma asociación de padres de familia quienes contraten el transporte escolar que requieren sus hijos para llegar a los colegios veredales?

2. ¿Se puede contratar con recursos de cajas menores, por ejemplo; mantenimiento de un aire acondicionado, limpieza de sillas, mantenimiento de computadores, etc. Evadiendo los procesos de contratación pública que se encuentren en la página, a través del establecimiento de esas cajas menores de una Entidad Pública?

3. ¿Un contratista de prestación de servicios, puede tener un sueldo más alto que un Alcalde de un municipio de quinta (05) y/o sexta (06) categoría?

4. En materia de cobro coactivo ¿le puedo entregar a un particular que realice el cobro coactivo y sustancie actos para que firme el tesorero, para darle a cambio el 16% a título de prima de éxito gracias a su gestión?

5. A la hora de contratar el PLAN DE DESARROLLO de un Municipio, ¿se puede realizar bajo la modalidad de contratación directa a través de un contrato de prestación de servicios profesionales?

6. Cuando se presenta una hoja de vida como requisito habilitante en un proceso de Licitación Pública, no cumple en el traslado de la valoración ¿se puede cambiar por otra hoja de vida que sí cumpla, sin que genere una causal de rechazo y sin que se genera una mejora de propuesta?" [Sic].

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos concretos 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 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 pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales,

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 del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los



por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias ni brindar asesorías sobre casos puntuales.

En atención a lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual de esta Agencia, dentro de los límites de sus atribuciones –esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por la peticionaria– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal, luego de analizar los siguientes temas: i) convenios de asociación regulados en el Decreto 092 de 2017: contratación con las asociaciones de padres de familia; ii) modalidades de selección de contratistas reguladas en el Estatuto General de Contratación Pública: particularidades de la modalidad de selección de mínima cuantía; iii) generalidades del contrato de prestación de servicios; iv) distinción del contrato de consultoría; y v) reglas de subsanabilidad de las ofertas en los procesos regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad –desde ahora ESAL–, con fundamento en el Decreto 092 de 2017, entre otros, en los conceptos, C- 537 del 27 de septiembre de 2021, C-021 del 22 de febrero de 2022, C-236 del 27 de abril de 2022, C-273 del 6 de mayo de 2022, C-274 del 6 de mayo de 2022, C-291 del 18 de mayo de 2022, C-331 del 24 de mayo de 2022, C-477 del 26 de julio de 2022, C-550 del 31 de agosto de 2022, C-560 del 7 de septiembre de 2022, C-624 del 28 de septiembre de 2022, C-771 del 30 de diciembre de 2022 y C-853 del 9 de diciembre de 2022, C-026 de 16 de marzo de 2023, C-037 de 05 de abril de 2023, C-203 de 21 de junio de 2023, C-003 del 02 de febrero de 2024.

Así mismo, esta Agencia en los conceptos C-562 del 25 de octubre de 2021, C-625 del 14 de septiembre de 2022, C-927 del 29 de diciembre de 2022, C-393 del 27 de septiembre de 2023, entre otros, estudió la modalidad de selección de mínima cuantía su regulación y las características del procedimiento. De igual forma, sobre las características del contrato de prestación de servicios se pronunció, particularmente en los conceptos C- 936 de 19 de diciembre de 2022, C- 057 de 29 de marzo de 2023, C-102 de 5 de mayo de 2023, C-135 de 25 de mayo

procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este 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”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”.



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia



WWW.COLOMBIACOMPRA.GOV.CO

de 2023, C-178 de 8 de junio de 2023, C-192 de 13 de junio de 2023, C-334 de 17 de agosto de 2023, C-420 de 10 de octubre de 2023, C-443 de 21 de octubre de 2023, C-472 del 11 de diciembre de 2023. Igualmente, en los conceptos, C- 707 del 17 de enero de 2022, C-052 del 3 de marzo de 2022, C-933 del 9 de febrero de 2023, C-266 del 12 de julio de 2023.

Adicionalmente, Colombia Compra Eficiente estudió las reglas de subsanabilidad de las ofertas, entre otros, en los conceptos C-802 del 1 de febrero de 2021, C-010 del 16 de febrero de 2021, C-217 del 14 de mayo de 2021, C-250 del 2 de junio de 2021, C-877 del 22 de diciembre de 2022, C-058 del 10 de mayo de 2023, C-125 del 11 de mayo de 2023 y C-265 del 26 de julio de 2023, C-409 del 20 de noviembre de 2023². Las tesis propuestas en tales conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

2.1. Convenios de asociación regulados en el Decreto 092 de 2017: contratación con las asociaciones de padres de familia

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. 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 desarrollo³. Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 permite a las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad⁴.

² Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

³ Sobre esta norma, consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado No. 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, con radicado No. 4201913000008240.

⁴ Al respecto, la Ley 489 de 1998 dispone que "Art. 96. 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.



El Decreto 092 de 2017 dispone las reglas para las contrataciones que realicen las Entidades Estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin de impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; 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 contratos del artículo 355 de la Constitución Política, tiene como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre ésta y la ESAL; toda vez que, el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la ESAL contratista. En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo; y 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 y servicios o se ejecutan obras en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en adelante EGCAP.

De otro lado, los convenios de asociación, los cuales se relacionan con el objeto bajo consulta, “[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y ordenamiento administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley”⁵. En estos convenios existen aportes dirigidos, especialmente, a lograr la ejecución del convenio. De todos modos, la entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la

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”.

⁵ Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512.



ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio⁶. El convenio de asociación no es conmutativo y, por tanto, la entidad no instruye al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes⁷.

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL puedan hacerlo a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, como unión temporal o como consorcio. Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las Entidades Estatales, lo cierto es que las funciones legales de las Entidades Estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir. Igualmente, 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", las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, las ESAL, aporte al menos el treinta por ciento (30%) del valor del convenio para celebrarlo directamente. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben asegurarse de 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. En caso de que sí, la entidad deberá seleccionar objetivamente con cual asociarse.

La noción "seleccionar de forma objetiva", contenida en la disposición subexamine no puede ser entendida como una remisión total a la Leyes 80 de 1993 y

⁶ Decreto 092 de 2017: "Artículo 5. Asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir actividades propias de las Entidades Estatales. 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 96 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.

Si hay más de una entidad privada sin ánimo de lucro que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por Ley a una Entidad Estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección. [...]"

⁷ Sobre la naturaleza de los convenios de asociación, se reitera lo expuesto en el concepto del 19 de noviembre de 2019, con radicado No. 2201913000008611.

1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es que la Entidad Estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las ESAL para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación. Por ello, la entidad puede tomar la decisión de acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el EGCAP o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017.

Ahora bien, teniendo en cuenta su pregunta número 1, es decir, en lo referente a la “contratación con las asociaciones de padres de familia”, resulta importante aclarar que esta figura se encuentra regulada por el artículo 9 del Decreto 1286 de 2005, el cual la describe como “[...] una entidad de jurídica de derecho privado, sin ánimo de lucro, que se constituye por la decisión libre y voluntaria de los padres de familia de los estudiantes matriculados en un establecimiento educativo” [Énfasis fuera de texto]. De acuerdo con lo anterior, al considerarse las asociaciones de padres de familia como ESAL, las Entidades Estatales se encuentran facultadas para suscribir con estas, bajo el régimen señalado en el Decreto 092 de 2017, 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.

Sin embargo, para ello, esto es, suscribir convenios de asociación con las asociaciones de padres de familia, las Entidades Estatales deberán tener en cuenta lo siguiente: i) la asociación de padres de familia deberá encontrarse legalmente constituida, según las reglas dispuestas en el inciso segundo del artículo 9 del Decreto 1286 de 2005; ii) el objeto contractual del convenio de asociación, deberá guardar afinidad con las funciones y cometidos de la entidad pública, según la Constitución y la ley; iii) deberán observarse las prohibiciones dispuestas en el artículo 12 ibidem para las asociaciones de padres de familia, esto, con el fin de que el desarrollo de las actividades objeto del convenio, no excedan los límites señalados en tal disposición, puesto que, particularmente en su literal c), establece que estas asociaciones tienen prohibido “[a]sumir las competencias y funciones propias de las autoridades y demás organismos colectivos del establecimiento educativo, o aquellas propias de los organismos y entidades de fiscalización, evaluación, inspección y vigilancia del sector educativo”. En ese contexto, las entidades públicas que pretendan suscribir convenios de asociación con las asociaciones de padres de familia, también considerados como ESAL, deberán



tener en cuenta lo indicado en el párrafo anterior y lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017.

2.2. Modalidades de selección de contratistas reguladas en el Estatuto General de Contratación Pública: particularidades de la modalidad de selección de mínima cuantía. Reiteración de línea

La contratación pública comprende, entre otros aspectos, la toma de decisiones del gasto que las entidades realizan como ejecución de los recursos públicos asignados para adquirir bienes, obras o servicios que satisfagan sus necesidades, y en esa medida cumplir el interés general, que es la finalidad que la ley les confía a través de las funciones que se les encomiendan. Para las adquisiciones, las entidades estructuran sus procedimientos de contratación previamente definidos por la ley, consultando las normas que los rigen para determinar la forma que el ordenamiento prevé para adelantarlos. En esta medida, conforme al artículo 29 de la Constitución Política, los procesos de selección son una manifestación de la legalidad de las formas de cada proceso en sede administrativa⁸.

Inicialmente, la Ley 80 de 1993 estableció tres (3) procedimientos de selección, esto es: i) licitación o concurso público, ii) contratación sin formalidades plenas y iii) contratación directa. Sin embargo, después del año 2007, el ordenamiento jurídico reguló nuevos procesos de selección. En efecto, con el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y la modificación realizada a este por la Ley 1474 de 2011, los procedimientos de selección son los siguientes: i) licitación pública, ii) selección abreviada, iii) concurso de méritos, iv) mínima cuantía y v) contratación directa. En dichos procedimientos constan las etapas para la adquisición de obras, bienes y servicios, por lo que cada entidad es responsable de estructurar los procedimientos de contratación, siempre que respete el principio de legalidad.

Para las adquisiciones, las entidades deben estructurar un procedimiento de contratación que es reglado, es decir, el procedimiento no es discrecional, y se deben consultar las normas que rigen el Sistema de Compra Pública para

⁸ Al respecto, la jurisprudencia explica que la garantía del debido proceso "...] tampoco es exclusiva de los procedimientos sancionatorios contractuales, sino de los demás trámites administrativos que se surten al interior de la actividad contractual, que también deben garantizar un procedimiento previo que racionalice las decisiones que se adoptan a través suyo. Los más representativos son los procesos de selección de contratistas, cuyas etapas y requisitos son de estricta observancia, tanto para la administración como para los participantes, en señal de respeto al principio de legalidad como a este derecho que integra el debido proceso" (CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Rad. 16.367. C.P. Enrique Gil Botero).



determinar la forma que la ley prevé para adelantarlos. Por consiguiente, las principales normas son: la Ley 80 de 1993, –EGCAP–; la Ley 1150 de 2007 que, entre otras disposiciones, regula las modalidades de selección para la escogencia del contratista; y el Decreto 1082 de 2015, que es reglamentario y concreta cada modalidad de selección, señalando reglas o pasos a seguir para celebrar el contrato estatal.

De acuerdo con lo anterior, en lo que respecta a la modalidad de selección de mínima cuantía, debe precisarse que esa es una modalidad de selección en virtud de la cual la Entidad Estatal realiza una convocatoria pública para recibir ofertas de bienes, obras o servicios cuyo valor no excede el diez por ciento (10%) de la menor cuantía. Esta modalidad de selección fue creada en el 2011 por el artículo 274 de la Ley 1450 de 2011, modificado por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011⁹ –que adicionó el numeral 5° al artículo 2 de la Ley 1150 de 2007– y posteriormente por la Ley 2069 de 2020, estableciendo que el factor determinante para llevar a cabo tal procedimiento es la cuantía –calculada como presupuesto oficial a partir del estudio del sector–, “independientemente de su objeto”¹⁰.

Dicho de otro modo, la mínima cuantía es un procedimiento de selección excepcional¹¹, porque es una excepción adicional a la regla general constituida por la licitación pública, pero se parece a esta en que también es un llamado general a presentar ofertas, efectuado por la Entidad Estatal interesada en contratar, aunque es distinta en otros aspectos, como su conducencia y su procedimiento; lo primero, porque solo procede por razón de una cuantía

⁹ En efecto, este artículo dispuso: “Adiciónese al artículo 2o de la Ley 1150 de 2007 el siguiente numeral.

La contratación cuyo valor no excede del 10 por ciento de la menor cuantía de la entidad independientemente de su objeto, se efectuará de conformidad con las siguientes reglas:

a) Se publicará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en la cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas;

b) El término previsto en la invitación para presentar la oferta no podrá ser inferior a un día hábil;

c) La entidad seleccionará, mediante comunicación de aceptación de la oferta, la propuesta con el menor precio, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas;

d) La comunicación de aceptación junto con la oferta constituyen para todos los efectos el contrato celebrado, con base en lo cual se efectuará el respectivo registro presupuestal.

PARÁGRAFO 1o. Las particularidades del procedimiento aquí previsto, así como la posibilidad que tengan las entidades de realizar estas adquisiciones en establecimientos que correspondan a la definición de “gran almacén” señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinarán en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 2o. La contratación a que se refiere el presente artículo se realizará exclusivamente con las reglas en él contempladas y en su reglamentación. En particular no se aplicará lo previsto en la Ley 816 de 2003, ni en el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007”.

¹⁰ Esto lo ratifica el artículo 2.2.1.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015.

¹¹ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. 3ª ed. Bogotá: Legis, 2016. p. 463.



específica¹², y lo segundo, porque sus requisitos, etapas y términos son peculiares. Lo anterior, ha sido ratificado por el Consejo de Estado, de la siguiente forma:

“Así, pues, cuando el monto de la contratación sea equivalente a la mínima cuantía de la entidad estatal, pero, concomitante a ello, esta última (la entidad) advierta que también aplica alguna modalidad de selección específica (dadas las condiciones especiales del objeto), ella debe acudir al procedimiento establecido para la mínima cuantía; así, por ejemplo, si la administración necesita contratar la prestación de servicios de salud (supuesto que se enmarca en el trámite de selección abreviada), pero el valor del contrato no excede del 10% de la menor cuantía de la entidad, este último será el criterio que se debe tener en cuenta para la escogencia del contratista; por tanto, el procedimiento que debe seguirse será el de mínima cuantía, independientemente -se insiste- del objeto a contratar”¹³.

En conclusión, podría afirmarse entonces, que sin importar el objeto del contrato, la Entidad Estatal deberá adelantar el procedimiento de selección del contratista a través de la modalidad de mínima cuantía, siempre que, en el caso concreto, el valor del contrato no exceda el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la entidad. Sin embargo, es pertinente aclarar, que existen entidades públicas a las que, dependiendo de la cuantía del proceso de contratación, no les resulta aplicable el EGCAP, ni mucho menos las precitadas reglas del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, sino, las dispuestas en el derecho privado. Por ejemplo, las Instituciones Educativas mediante los Fondos de Servicios Educativos, estará supeditada en cuanto al régimen contractual aplicable, a la cuantía del proceso

¹² La contratación de mínima cuantía es aquella que no excede el 10% de la menor cuantía, o sea, que no supera el 10% de los topes definidos en el artículo 2, numeral 2, literal b) de la Ley 1150 de 2007, que dispone: “Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades públicas expresados en salarios mínimos legales mensuales.

Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 850.000 salarios mínimos legales mensuales e inferiores a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 850 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 400.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 850.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 650 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 400.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 450 salarios mínimos legales mensuales.

Las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 280 salarios mínimos legales mensuales”.

¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 29 de marzo de 2017. Exp. 56.307. Consejero: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

de contratación. Lo anterior, en razón a que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 13 de la Ley 715 de 2001, en caso de que los procesos de contratación de dichos entes no superen los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el proceso se ceñirá por las reglas definidas por el Consejo Directivo, esto es, por el derecho privado.

Finalmente, serán las Entidades Estatales que pretendan adelantar un proceso de contratación, las facultadas para dilucidar, de acuerdo con la normativa vigente y el régimen de contratación que les resulte aplicable, la forma en la que deberán adelantar dichos procedimientos.

2.3. Generalidades del contrato de prestación de servicios: facultad de la entidad para fijar honorarios. Reiteración de línea

El contrato de prestación de servicios es un contrato estatal típico, regulado en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Es definido como aquel que "celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable". La celebración de dicho contrato debe efectuarse a través de la modalidad de contratación directa. Así lo dispone el artículo 2, numeral 4º, literal h), de la Ley 1150 de 2007:

"La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

[...]

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

[...]

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales".



En tal sentido, el artículo 2.2.1.2.1.4.9 del Decreto 1082 de 2015 reglamenta la contratación directa para los contratos de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales, en los siguientes términos:

“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, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.

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.

La Entidad Estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos”.

A partir de las disposiciones citadas, así como de la Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 9 de septiembre de 2021, proferida por el Consejo de Estado¹⁴, es posible señalar las siguientes características del contrato de prestación de servicios:

i) Solo puede celebrarse para realizar “actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”, es decir, que hagan parte de su giro ordinario o quehacer cotidiano¹⁵.

ii) Respecto del tipo de personas que pueden ser contratadas, admite que se suscriba con personas naturales o jurídicas. Sin embargo, cuando se celebre con personas naturales la entidad estatal debe justificar, en los estudios previos, que las

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16). M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁵ Así lo señaló el Consejo de Estado en la sentencia de unificación en mención, al indicar que “cualquier contrato de prestación de servicios tiene por objeto genérico “desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”.

actividades “no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”.

iii) Si bien se celebran para obtener la prestación personal de un servicio, se diferencian del contrato de trabajo en que quien celebra el contrato de prestación de servicios debe mantener autonomía e independencia en la ejecución de la labor, lo que significa que no debe existir subordinación ni dependencia, que es uno de los elementos constitutivos del vínculo laboral¹⁶. Por eso, el artículo 32, numeral 3º, de la Ley 80 de 1993 establece que “En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales”. Este inciso, más que un enunciado que aluda al “ser”, se refiere al “deber ser”, pues debe interpretarse en el sentido de que los contratos de prestación de servicios profesionales no pueden generar relación laboral, ni dar lugar a que las entidades estatales paguen por su cuenta los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral del contratista. Tal como se indicó, no puede existir subordinación y dependencia; entonces, la relación laboral está proscrita y el contratista es quien, como “trabajador independiente” – como lo califican las normas de la seguridad social– debe cotizar por su cuenta y riesgo al Sistema de Seguridad Social Integral¹⁷.

A pesar de este mandato deontológico, es posible que en la práctica se configure una relación laboral, pues el contrato de trabajo es de realidad y para perfeccionarlo rige el principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades. En el sentido anterior, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del segundo inciso del numeral 3º del artículo 32, indicando que “las

¹⁶ El artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo establece: “1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. 2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario”.

¹⁷ En efecto, el artículo 244 de la Ley 1955 de 2015 dispone, en lo pertinente: “Los trabajadores independientes con ingresos netos iguales o superiores a 1 salario mínimo legal mensual vigente que celebren contratos de prestación de servicios personales, cotizarán mes vencido al Sistema de Seguridad Social Integral, sobre una base mínima del 40% del valor mensualizado del contrato, sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

Los independientes por cuenta propia y los trabajadores independientes con contratos diferentes a prestación de servicios personales con ingresos netos iguales o superiores a un (1) salario mínimo legal mensual vigente efectuarán su cotización mes vencido, sobre una base mínima de cotización del 40% del valor mensualizado de los ingresos, sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA). En estos casos será procedente la imputación de costos y deducciones siempre que se cumplan los criterios determinados en el artículo 107 del Estatuto Tributario y sin exceder los valores incluidos en la declaración de renta de la respectiva vigencia.

El Gobierno nacional reglamentará el mecanismo para realizar la mensualización de que trata el presente artículo.

[...]”.

expresiones acusadas del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no vulneran los preceptos constitucionales, razón por la cual deberán ser declaradas exequibles, salvo que se acredite por parte del contratista la existencia de una relación laboral subordinada”¹⁸.

iv) Deben ser temporales. La mencionada Sentencia de Unificación Jurisprudencial del Consejo de Estado, frente a la duración del contrato de prestación de servicios señaló que solo puede celebrarse por un “término estrictamente indispensable”. En ese entendido, unificó el sentido y alcance del término estrictamente indispensable como “aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento”. De igual manera, señaló que “no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes”. En sentido similar se manifestó la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997, expresando que:

“La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”¹⁹.

v) Se celebran a través de la modalidad de contratación directa, independientemente de la cuantía y del tipo de servicio profesional, siempre que su objeto no sea la consultoría. Esto por cuanto, como lo indicó el Consejo de Estado en otra Sentencia de Unificación Jurisprudencial del año 2013, si bien en ambos existe un componente intelectual y profesional, el objeto del contrato de

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

¹⁹ Ibid.



consultoría es especial y debe celebrarse, por regla general, mediante un concurso de méritos²⁰. Esto también se deriva del artículo 2, numeral 4º, literal h) de la Ley 1150 de 2007, al señalar que procede la contratación directa 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.

vi) Para su celebración no se requiere expedir un acto administrativo de justificación de la contratación directa²¹.

vii) El contrato admite la inclusión de cláusulas excepcionales. En los contratos de prestación de servicios se puede pactar la caducidad, la modificación, interpretación o terminación unilateral, como acuerdos o elementos accidentales, así que para ejercer estas exorbitancias deben incluirse expresamente, porque no se entienden pactadas como cláusula de la naturaleza. Así se infiere del artículo 14, numeral 2º, de la Ley 80 de 1993²².

²⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de Unificación del 2 de diciembre de 2013. Exp. 41.719. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Además, el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define el contrato de consultoría así: "Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato".

²¹ Así lo dispone el artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015: "La Entidad Estatal debe señalar en un acto administrativo la justificación para contratar bajo la modalidad de contratación directa, el cual debe contener:

1. La causal que invoca para contratar directamente.
2. El objeto del contrato.
3. El presupuesto para la contratación y las condiciones que exigirá al contratista.
4. El lugar en el cual los interesados pueden consultar los estudios y documentos previos.

Este acto administrativo no es necesario cuando el contrato a celebrar es de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, y para los contratos de que tratan los literales (a) y (b) del artículo 2.2.1.2.1.4.3 del presente decreto".

²² La norma expresa: "Art. 14. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

[...]

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

[...]"



viii) No es obligatoria la liquidación de estos contratos, como lo establece el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 60 de la Ley 80 de 1993²³.

ix) Para su celebración el contratista no requiere estar inscrito en el Registro Único de Proponentes –en adelante RUP–, como lo señala el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007²⁴.

x) No es obligatoria la exigencia de garantías²⁵, y

xi) Como los demás contratos estatales, se trata de un contrato solemne que debe constar por escrito y debe ser publicado en el SECOP.

Por otra parte, en lo concerniente a los honorarios en esta tipología contractual, resulta a bien indicar, que no existe en el Sistema de Compra y Contratación Pública una disposición que establezca la forma en la que deberían fijarse los honorarios de los contratistas de prestación de servicios profesionales, de apoyo a la gestión y de trabajos artísticos, pues en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden determinar el contenido de los contratos estatales e incluir las condiciones, cláusulas o estipulaciones que consideren necesarias para desarrollar el objeto contractual, siempre que no sean contrarias a la Constitución Política, la ley y el orden público.

²³ La norma dispone: "La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión".

²⁴ Según dicho artículo: "Art. 6. Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

No se requerirá de este registro, ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos de mínima cuantía; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes.

[...]"

²⁵ Así lo establece el Decreto 1082 de 2015: "Artículo 2.2.1.2.1.4.5. No obligatoriedad de garantías. En la contratación directa la exigencia de garantías establecidas en la Sección 3, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1. del presente decreto no es obligatoria y la justificación para exigir las o no debe estar en los estudios y documentos previos".

En consecuencia, las Entidades Estatales durante la etapa de planeación, tienen el deber de realizar el análisis del sector y justificar la modalidad de contratación en los documentos del proceso, que para el caso de los procesos que impliquen una contratación directa y en los contratos de prestación de servicios profesionales, de apoyo a la gestión y de trabajos artísticos se constata en los estudios y documentos previos, los cuales deben indicar, entre otras, las condiciones mínimas exigidas para suplir la necesidad de la entidad, así como los requisitos que debe acreditar el futuro contratista para el cumplimiento del objeto contractual.

2.4. Distinción del contrato de prestación de servicios de los contratos de consultoría

El contrato de consultoría se encuentra definido en el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que los define como aquellos que suscriben las entidades públicas que se refieran a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. De igual forma, son contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos^{26 - 27}.

²⁶ Según este artículo: "Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato".

²⁷ Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia de Unificación con radicado 41.179 señaló frente al contrato de consultoría lo siguiente: "Su objeto contractual está centrado hacia el desarrollo de actividades que implican el despliegue de actividades de carácter eminentemente intelectual, pero presenta como particularidad sustantiva que tales esfuerzos están dirigidos, específicamente, al cumplimiento de ciertos cometidos expresamente definidos por el numeral 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; esto es, para la realización de estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control o supervisión. Se incluyen dentro de este tipo aquellos contratos que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programas y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. [...] Además de estos objetos contractuales, se incluyen allí aquellos que las demás disposiciones legales especiales (y reglamentarias) establezcan". CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de Unificación del 2 de diciembre de 2013. Radicado. 11001-03-26-000- 2011-00039-00(41719). Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



La doctrina, por su parte, expresa que el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no establece una definición de contrato de consultoría, sino que, simplemente, enuncia una serie de actividades que pueden hacer parte de este tipo contractual²⁸. Es decir, no hay un concepto propio de consultoría dentro de la Ley 80 de 1993, pero sí se establecen los elementos o actividades que configuran este tipo de contratos. Sobre el particular, el Consejo de Estado manifestó: "Son de la esencia del contrato de consultoría el que una parte se obligue a prestar un servicio consistente en realizar estudios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos determinados, prestar asesoría técnica de coordinación, control y supervisión, realizar actividades de interventoría, asesoría y gerencia de obra o de proyectos, así como la dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos, y el que la otra se obligue a pagar una determinada remuneración como retribución por el servicio prestado"²⁹.

Ahora bien, pese a que el contrato de consultoría y el de prestación de servicios se asemejan en lo intelectual y profesional, el primero no puede tener como objeto contractual, actividades del segundo. Esto por cuanto, como lo indicó el Consejo de Estado en la antes referida sentencia de unificación jurisprudencial, si bien existe un componente intelectual y profesional, tanto en los contratos de prestación de servicios profesionales y en los contratos de consultoría, el objeto contractual de este último es especial y debe celebrarse, por regla general, mediante la modalidad de selección de concurso de méritos. Así pues, debe aclararse, que no es factible suscribir un contrato de prestación de servicios profesionales para ejecutar actividades que se enmarcan en los contratos tipificados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como, por ejemplo, las consultorías.

Bajo este entendimiento, la característica fundamental para identificar los contratos de consultoría es el carácter ampliamente técnico de su contenido, que se diferencia de otros tipos contractuales, como el de prestación de servicios – apoyo a la gestión, servicios profesionales o de ejecución de trabajos artísticos–. A diferencia del contrato de consultoría, el de prestación de servicios supone tal y como se indicó en el numeral anterior, el desarrollo de actividades de colaboración

²⁸ DÁVILA VINUEZA, Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Legis, 2016. p. 849.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 25 de abril del 2012. Radicado. 52001-23-31-000-2000-00173-01(22167). Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



y apoyo a la gestión de la entidad dirigidas al cumplimiento de las funciones asignadas a esta, de carácter temporal, excepcional u ocasional, siempre que no haya suficiente personal de planta o que, existiendo, está sobrecargado de trabajo, o que sean actividades que requieran conocimientos especializados, según lo prescrito en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993³⁰.

Finalmente, en lo que respecta a la modalidad de selección aplicable para el contrato de consultoría, es importante aclarar que el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, establece que el concurso de méritos es, en principio, la modalidad de selección aplicable para la celebración de este tipo de contratos³¹. Al respecto, el Libro 2, Parte 2, Título 1, Capítulo 2, Sección 1, Subsección 3 del Decreto 1082 de 2015, regula las distintas modalidades del concurso de méritos: i) concurso de méritos abierto o sin precalificación, ii) concurso de méritos cerrado o con precalificación y iii) concurso de méritos "para la selección de consultores de diseño, planos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos". El primero está regulado en los artículos 2.2.1.2.1.3.1. y 2.2.1.2.1.3.2. ibidem. El segundo, además de los dos artículos anteriores, lo regulan los artículos 2.2.1.2.1.3.3. a 2.2.1.2.1.3.7.

³⁰ Al respecto: Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado la diferencia entre estos dos contratos, de la siguiente manera: "[...] mientras que el contrato de consultoría está revestido de una cláusula de estricta tipicidad cerrada (que condiciona de manera detallada la procedencia de dicho contrato), el de prestación de servicios goza de una regulación jurídica amplia, que se instrumentaliza por vía de los mencionados tres contratos (profesional, de simple apoyo a la gestión y de ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales), de manera que los objetos contractuales que no estén comprendidos dentro del contrato de consultoría (de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y las demás disposiciones legales especiales actuales o futuras) podrán ser satisfechos por medio del de prestación de servicios siempre que satisfaga los referentes conceptuales que establece el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, conforme a la debida planeación contractual y en armonía con los criterios jurídicos que han sido decantados en el precedente de esta Corporación y en esta providencia" CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 2 de diciembre de 2013. Radicado. 11001-03-26-000-2011-00039-00(41719). Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

³¹ En efecto, este numeral, modificado por el artículo 219 del Decreto 19 de 2012, dispone que el concurso de méritos: "Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes mediante resolución motivada, que se entenderá notificada en estrados a los interesados, en la audiencia pública de conformación de la lista, utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar deliberante y calificado".



eiusdem. Y, el tercero, lo regulan los artículos 2.2.1.2.1.3.8. a 2.2.1.2.1.3.25. del mencionado Decreto³².

Sin embargo, lo anterior no significa que los contratos de consultoría solo puedan perfeccionarse con la previa realización de la modalidad de selección de un concurso de méritos. El procedimiento que antecede su celebración también puede ser, excepcionalmente, desarrollado mediante el proceso de mínima cuantía –cuando el presupuesto oficial no exceda el 10% de la menor cuantía– o el de contratación directa, pues el artículo 2º, numeral 4º de la Ley 1150 establece algunas circunstancias que así lo permiten, como la urgencia manifiesta –literal a)– o los contratos interadministrativos –literal c)–. Estas modalidades de selección alternativas, mediante las cuales, excepcionalmente, se puede celebrar un contrato de consultoría, se explican a continuación:

a) Respecto a la modalidad de selección de mínima cuantía, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en el “Manual de la Modalidad de Selección de Mínima Cuantía” expresó:

“Las modalidades de selección de concurso de méritos y de mínima cuantía concurren cuando: (a) el presupuesto del Proceso de Contratación es menor o igual que la mínima cuantía de la Entidad Estatal; y (b) el objeto del Proceso de Contratación es la selección de consultores o proyectos, de conformidad con el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Dado que la selección de mínima cuantía es especial para cualquier objeto contractual, de conformidad con el inciso primero del artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, en caso de concurrencia entre el concurso de méritos y la mínima cuantía la modalidad de selección aplicable es la de mínima cuantía”³³.

³² La Sección Tercera del Consejo de Estado, en autos del 25 de julio de 2018 y del 20 de febrero de 2019, suspendió provisionalmente, por un lado, el numeral 6 del artículo 2.2.1.2.1.3.2. original del Decreto 1082 de 2015 – antes de la modificación realizada por el Decreto 399 del 13 de abril de 2021– y, por el otro, los numerales 3, 4 y 5 de la misma disposición, en su redacción original. Las normas suspendidas regulaban el concurso de méritos abierto o sin precalificación. Posteriormente, el artículo 2 del Decreto 399 de 2021 reformó la reglamentación del concurso de méritos, para adecuarla a los pronunciamientos del Consejo de Estado que habían suspendido provisionalmente algunos numerales del artículo 2.2.1.2.1.3.2. del Decreto 1082 de 2015.

³³ AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE-. Manual de la Modalidad de selección de mínima cuantía –M-MSMC-03–, p. 10. Así mismo, la Agencia en la versión 02 del Manual de la modalidad de selección de mínima cuantía expresó: “Las modalidades de selección de concurso de méritos y de mínima cuantía concurren cuando: (a) el presupuesto del Proceso de Contratación es menor o igual que la mínima cuantía de la Entidad Estatal; y (b) el objeto del Proceso de Contratación es la selección de consultores o proyectos, de conformidad con el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. El principio de economía contenido en la Ley 80 de 1993 busca que en la selección del contratista, la Entidad Estatal cumpla y establezca



De esta manera, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente establece que hay una regla de especialidad de la modalidad de selección de mínima cuantía respecto al concurso de méritos para la escogencia de consultores, pero con la condición de que el presupuesto de contratación sea menor o igual al dispuesto por la entidad para el proceso de selección de mínima cuantía.

b) Otra forma de celebrar un contrato de consultoría es de manera directa, si previamente se ha declarado la urgencia manifiesta, que está regulada en el artículo 2, numeral 4, literal a) de la Ley 1150 de 2007 y si la actividad de consultoría es indispensable para remediar o mitigar el evento urgente. Para entender la urgencia hay que acudir al artículo 42 de la Ley 80 de 1993³⁴, que la define como una circunstancia que exige, con carácter apremiante, preservar la continuidad del servicio, cuando se afecta por situaciones de fuerza mayor, desastres, calamidades o hechos relacionados con los estados de excepción. Por ello, para la doctrina, las situaciones de urgencia manifiesta deben ser concretas, inmediatas, objetivas y probadas, pues se trata de circunstancias de hechos actuales, debidamente acreditadas y fundadas por estudios técnicos, verificadas por la autoridad competente³⁵.

En esos casos excepcionales, que prometen fines superiores de interés colectivo, con mayor razón, son de obligatoria aplicación los objetivos de la contratación administrativa, previstos en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, pues el incumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los

los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable, con austeridad de tiempo, medios y gastos. En consecuencia, dado que la selección de mínima cuantía es especial para cualquier objeto y que la selección de mínima cuantía permite obtener una mayor economía en el trámite del Proceso de Contratación, en caso de concurrencia del concurso de méritos y de mínima cuantía, Colombia Compra Eficiente considera que la modalidad de selección aplicable es la de mínima cuantía" (AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE-. Manual de la Modalidad de selección de mínima cuantía –M-MSMC-02-. p. 10)

³⁴ "ARTÍCULO 42. DE LA URGENCIA MANIFIESTA. Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos.

La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado [...]".

³⁵ DROMI, José Roberto. La licitación pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1980. p. 166-168



servicios públicos, y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con entidades y organismos del Estado en la consecución de dichos propósitos, confieren un fundamento adicional a esta causal de contratación directa³⁶. Por ello, en los supuestos y en las condiciones de una urgencia manifiesta también podrá celebrarse un contrato de consultoría, si este resulta estrictamente necesario.

c) Finalmente, otra forma para la configuración de un contrato de consultoría es por medio de la celebración de contratos interadministrativos, la cual es una causal de contratación directa, que obedece, antes que nada, a la naturaleza de las partes. Es decir, para suscribir un contrato o un convenio interadministrativo, en principio, no interesa el objeto del contrato, pudiendo ser de obra pública, de consultoría, de suministro, de prestación de servicios, de arrendamiento, entre otros. Se establece que, en principio, no es relevante el objeto del contrato, porque el artículo 2, numeral 4, literal c), en su segundo inciso, establece una excepción a dicha regla, al prohibir que determinados contratos interadministrativos se celebren con ciertas entidades –dentro de las cuales están las instituciones de educación superior públicas– si estas son las ejecutoras, condicionándolo a que deberán estar precedidos de licitación pública o selección abreviada. Estos objetos, se recuerda, son “los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentaciones técnicas, encargos fiduciarios y fiducia pública”³⁷. De este modo, podrán adelantarse mediante contratos interadministrativos los de consultoría, pues no se encuentran dentro de la restricción del artículo 2, numeral 4, literal c), en el segundo inciso de la Ley 1150 de 2007.

2.5. Reglas de subsanabilidad de las ofertas en los procesos regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Reiteración de línea

La regla de subsanabilidad es un mecanismo previsto en los procesos de contratación que se regulan por el EGCAP. Esta regla, prevista en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, consiste en permitir que los proponentes puedan enmendar, corregir o modificar los errores en los que se incurre en los documentos contentivos

³⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y de Servicio Civil. Concepto del 28 de enero de 1998. Rad. 1.073. C.P. Javier Henao Hidrón.

³⁷ “El literal c, del numeral 4, del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, prescribe: c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos”.



de la oferta. Así lo ha establecido el Consejo de Estado, en los siguientes términos: “[...] materializar un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal, adoptando medidas de saneamiento del proceso de selección tendientes a que los meros defectos formales, que no afecten sustancialmente la oferta, referidos a la documentación o instrumentalización de la misma, priven a la administración de considerar una oferta por causa de tales falencias”³⁸.

Esta Subdirección se ha pronunciado en diversas oportunidades acerca del alcance de la regla de la subsanabilidad, contenida actualmente en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018³⁹. Al respecto, la postura que se reitera en el presente concepto es la siguiente: por regla general, la falta de entrega o los defectos frente a los requisitos que no asignan puntaje, son subsanables. La excepción se encuentra en los casos, previstos en la ley, que limitan la subsanabilidad, como, por ejemplo, la prohibición de permitir la entrega de la garantía de seriedad de la oferta que no fue aportada con la propuesta y de permitir la acreditación de circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

En este sentido, bajo la normativa actual que regula la subsanabilidad de las ofertas debe tenerse en cuenta que el legislador expidió la Ley 1882 de 2018, con la finalidad de introducir cambios y ajustes para fortalecer la contratación pública. Particularmente, el artículo 5 de dicha norma, modificó el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, así:

“Artículo 5º. De la selección objetiva.

[...]

Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de

³⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. Exp. 1.992. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

³⁹ Ver conceptos: C-008 del 4 de mayo de 2020, C-267 del 4 de mayo de 2020, C-283 del 4 de mayo de 2020, C-365 del 30 de junio de 2020 y C-730 del 14 de diciembre del 2020 y C-779 de 18 de enero de 2021.



selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado. Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso".

De lo anterior se colige, que la disposición precitada: i) mantiene el criterio de la Ley 80 de 1993, relativo a que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es título suficiente para su rechazo, ii) mantiene el criterio aclaratorio de la Ley 1150 de 2007, según el cual todo lo que no afecte la asignación de puntaje puede subsanarse e iii) introduce modificaciones en relación con tres aspectos que se analizarán a continuación.

El primero es el ámbito temporal para ejercer la facultad de subsanar la oferta, pues la Ley 1882 de 2018 fijó una regla general y una excepción. La regla general es que el límite para que la entidad solicite y para que el proponente corrija lo que haga falta es hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección. La excepción es que el anterior límite no aplica para el proceso de selección a través del sistema de subasta: en este último los documentos o requisitos subsanables deben solicitarse, como límite final, hasta el momento previo a su realización⁴⁰. Sin embargo, para el caso de los procesos de mínima cuantía, deberá tenerse en cuenta la regla dispuesta en el numeral 5 y 6 del artículo 2.2.1.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015.

Así pues, para los procesos de mínima cuantía, el Decreto 1860 de 2021 que modifica el Decreto 1082 de 2015, en el numeral 5 del artículo 2.2.1.2.1.5.2, dispone que sin perjuicio de la oportunidad que deben otorgar las entidades para subsanar las ofertas, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, se establecerá un término preclusivo para recibir los documentos subsanables. En el evento que no se regule este término, los proponentes podrán subsanar sus ofertas hasta antes que finalice el traslado del informe de evaluación⁴¹.

⁴⁰ Ley 1150 de 2007, artículo 5, parágrafo 4º: "En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o a proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización".

⁴¹ "2.2.1.2.1.5.25. Procedimiento para la contratación de mínima cuantía. Las siguientes reglas son aplicables a la contratación cuyo valor no excede del diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la Entidad Estatal, independientemente de su objeto:

[...]



Frente a la regla general aplicable a los demás procesos de selección, la norma fijó un límite final para que la Administración y los oferentes subsanen los requisitos o documentos que puedan y deban ser subsanados, pero nada impide y la norma no lo hace, que la Administración requiera al proponente antes de publicar el informe de evaluación. En efecto, la redacción de la norma permite que la Administración solicite a los oferentes subsanar y que estos lo hagan hasta antes del término del traslado del informe de evaluación: “deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección”.

Sin embargo, de lo anterior, podría en la práctica, darse dos interpretaciones que dan lugar a dos formas de proceder en los procesos de selección, en lo que a la subsanabilidad de las ofertas se refiere. Primera, que la posibilidad para subsanar de los oferentes es el término del traslado del informe de evaluación, ya que es en este documento donde la Administración consigna los requisitos o documentos omitidos que los oferentes deben subsanar, so pena de rechazo; segunda, que el término de traslado del informe de evaluación es el límite para la subsanación de ofertas, pero no el único momento para hacerlo. De acuerdo con la primera interpretación, el informe de evaluación se convierte en la oportunidad que adopta la entidad contratante para decirles a los oferentes qué documentos o requisitos omitieron y deben subsanar y, consecuentemente, el término del traslado es la oportunidad del proponente para cumplir con lo solicitado.

La segunda interpretación, permitiría que la entidad contratante requiera al oferente durante el proceso de evaluación de las propuestas, tan pronto advierta que hace falta un documento o requisito que se puede subsanar. En este caso, el proceso de subsanación se podría realizar con anterioridad a la publicación del informe de evaluación, de manera que, una vez se publique el informe ya se encuentren subsanadas las propuestas, sin perjuicio del término límite que concedió la ley.

5. La Entidad Estatal debe revisar las ofertas económicas y verificar que la de menor precio cumple con las condiciones de la invitación. Si esta no cumple, la Entidad Estatal debe verificar el cumplimiento de los requisitos de la invitación de la oferta con el segundo mejor precio, y así sucesivamente. Lo anterior sin perjuicio de la oportunidad que deberán otorgar las Entidades Estatales para subsanar las ofertas, en los términos del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, para lo cual establecerán un término preclusivo en la invitación para recibir los documentos subsanables, frente a cada uno de los requerimientos. En caso de que no se establezca este término, los proponentes podrán subsanar sus ofertas hasta antes de que finalice el traslado del informe de evaluación”.

La disposición introducida por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, si bien pudo significar, en la práctica de los procesos de selección, que el informe de evaluación fuera la oportunidad de la entidad contratante para requerir al proponente para que subsane la oferta, y el término del traslado la oportunidad para hacerlo, lo cierto es que no impide que esto se realice con anterioridad a la publicación del informe, inclusive, es más adecuado y conveniente que la subsanación de las ofertas se intente con anterioridad, de forma que, una vez la entidad advierta el defecto le solicite directamente al oferente que subsane. Esta interpretación es más consistente con los principios de economía, transparencia y selección objetiva. Lo anterior, se aclara, sin desconocer el límite que establece la norma para que los oferentes, sin perjuicio de que lo hagan antes, cuenten hasta el término de traslado del informe de evaluación con la posibilidad de presentar la información solicitada.

El segundo cambio importante de la Ley 1882 de 2018 fue la introducción de un criterio material, directamente relacionado con los aspectos subsanables: "los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso". Lo anterior ofrece dos aspectos que merecen clarificación; primero, qué debe entenderse por circunstancias ocurridas con posterioridad; y segundo, qué es el cierre del proceso.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ya había tenido la oportunidad de precisar estas expresiones, a propósito de un concepto en el que se refirió al artículo 10 del derogado Decreto 2474 de 2008, que había determinado que en ningún caso la entidad podía permitir que se acreditaran circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. El Consejo de Estado precisó que por cierre del proceso debe entenderse el vencimiento del plazo para la presentación de las ofertas y que lo subsanable son las circunstancias que ocurrieron con anterioridad a esa fecha⁴².

⁴² "Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la última norma en cita -Decreto 2474 de 2008, aparte subrayado-, establece un límite a la subsanabilidad, puesto que en cualquier caso debe referirse o recaer sobre circunstancias ocurridas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas.

De esta manera, quien se presenta al proceso de selección debe cumplir para la fecha en que 'se cierra el proceso' con los requisitos que se requieren para presentar la oferta, de manera que es sobre ellos y no sobre otros que se cumplan con posterioridad, sobre los que recae la posibilidad de saneamiento. Así, por ejemplo, si se requiere una experiencia x, la misma se debe tener al presentar la oferta y la Administración puede requerir al oferente para que especifique aspectos relacionados con ella (complementar certificaciones, aclarar fechas, acreditación de la misma, etc.); pero no podría, por vía de las normas en cita, extender el tiempo para avalar experiencia que sólo se llega a cumplir después del cierre del proceso contractual. O si, igualmente a manera de ejemplo, fuera necesario ser persona jurídica pero el oferente no entrega el certificado de existencia y



Departamento Nacional
de Planeación - DNP

Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente
Tel. [601]7956600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, lo subsanable es la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar las ofertas, ello es lo que implica la prohibición de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al “cierre del proceso”. Lo anterior evita, por ejemplo, que se presenten oferentes que no cumplieran con los requisitos para participar al momento de presentar las ofertas, y pretendan cumplirlos durante el proceso de selección o, inclusive, que se puedan variar condiciones de la oferta una vez presentada.

Un mejor entendimiento del significado de la expresión “circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso” implica distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas, una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban materialmente cumplidos al momento de presentación de la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso⁴³.

Por ejemplo: i) si un oferente olvidó adjuntar con su propuesta el certificado que da cuenta de su inscripción en el RUP, el requisito será subsanable siempre que la prueba allegada demuestre que el hecho, esto es, la inscripción en el registro, ocurrió con anterioridad al cierre del proceso, estando ésta en firme para dicho momento; ii) si un oferente presentó la propuesta sin allegar la autorización al representante legal, por parte de la junta directiva de la sociedad, el certificado, aunque sea posterior, debe dar cuenta de que el hecho que pretende acreditar – la autorización de la junta – ocurrió antes del vencimiento del término para ofertar⁴⁴; iii) si un oferente no anexó el certificado de existencia y representación legal, el documento aportado con posterioridad debe dar cuenta de que la sociedad existía antes del cierre del proceso⁴⁵; iv) si un oferente olvidó adjuntar un certificado que demuestra un título universitario, el documento, aunque tenga fecha posterior

representación legal que lo acredita o éste es demasiado antiguo, la entidad contratante podría requerir al interesado para que haga entrega del mismo o lo actualice, pero no para que se constituya la sociedad con posterioridad al cierre del proceso, pues si ello no se había hecho, significa simplemente que el oferente no tenía la condición para participar” (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de noviembre de 2008. Expediente: 1927. Consejero Ponente: William Zambrano Cetina).

⁴⁴ Ver CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2011. C.P. Jaime Orlando Santofimio. Rad. 36.408.

⁴⁵ Ver CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 26 de febrero de 2014. C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 25.804.

al cierre del proceso, debe acreditar que el título académico se obtuvo con anterioridad al cierre del proceso; v) si un oferente no allegó un certificado de experiencia, el documento que subsana –sin importar que tenga fecha posterior– debe demostrar que la experiencia que se pretende hacer valer se obtuvo antes de vencerse el término para presentar ofertas y vi) si el oferente olvidó firmar la propuesta o presentar una copia de ella, puede subsanar sin que con ello se entienda que acreditó una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso.

Lo anterior quiere decir que no es la prueba –usualmente un documento– lo que debe ser anterior al cierre del proceso, sino el hecho que ella acredita, es decir, ante la solicitud de la Administración de subsanar determinado requisito, el documento podría estar fechado con posterioridad al vencimiento del término para recibir propuestas, siempre y cuando el hecho que acredite haya ocurrido antes, esto es, que no sea una circunstancia ocurrida con posterioridad al cierre del proceso. Es por ello que, el Consejo de Estado sostiene que “lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta [...] lo que se puede remediar es la prueba y no el requisito: La posibilidad debe recaer exclusivamente sobre circunstancias acaecidas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas”⁴⁶.

En línea con lo anterior, una vez verificada la ausencia de requisitos y/o documentos de la oferta, para efectos de saber si se pueden subsanar, la entidad contratante debe preguntarse, en primer lugar, si lo que hace falta es un documento que afecte la asignación de puntaje o no y, en segundo lugar, si el cumplimiento del requisito constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso. Para arribar a la conclusión de que lo omitido puede subsanarse, la respuesta al primer interrogante debe ser negativa, es decir, que lo omitido no sea un factor que afecte la asignación de puntaje y la respuesta al segundo interrogante debe dar cuenta de que lo omitido sea la prueba de una circunstancia o hecho que ocurrió con anterioridad al cierre del proceso.

De acuerdo con lo expuesto en torno a la subsanabilidad de las ofertas y teniendo en cuenta las reglas dispuestas en la Ley 1882 de 2018, se itera que dicha norma mantiene el criterio de la Ley 80 de 1993, relativo a que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es argumento suficiente para su

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. Expediente: 1992. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.



rechazo; y se mantiene el criterio aclaratorio de la Ley 1150 de 2007, según el cual todo lo que no afecte la asignación de puntaje puede subsanarse. Por ello, si los requisitos no otorgan puntaje y tienen el carácter de habilitantes para la participación en el proceso de contratación, se entiende que, en principio, pueden subsanarse.

3. Respuestas

“1. ¿Se puede entregar subsidios de transporte escolar a la asociación de padres de familia, para que sea la misma asociación de padres de familia quienes contraten el transporte escolar que requieren sus hijos para llegar a los colegios veredales?” [sic]

De conformidad con lo expuesto en este concepto, *las asociaciones de padres de familia*, son consideradas por el artículo 9 del Decreto 1286 de 2005 como “*entidades jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro*”, por ello, las Entidades Estatales se encuentran facultadas para suscribir con estas, bajo el régimen señalado en el Decreto 092 de 2017, convenios de asociación para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas por la Constitución y la ley.

Sin embargo, para ello, esto es, suscribir convenios de asociación con las asociaciones de padres de familia, las Entidades Estatales deberán tener en cuenta lo siguiente: *i)* la asociación de padres de familia, según las reglas dispuestas en el inciso segundo del artículo 9 del Decreto 1286 de 2005, deberá encontrarse legalmente constituida; *ii)* el objeto contractual del convenio de asociación, deberá guardar afinidad con las funciones y cometidos de la entidad pública, según la Constitución y la ley; *iii)* deberán observarse las prohibiciones dispuestas en el artículo 12 *ibidem* para las asociaciones de padres de familia, esto, con el fin de que el desarrollo de las actividades objeto del convenio, no excedan los límites señalados en tal disposición, puesto que, particularmente en su literal c), establece que estas asociaciones tienen prohibido “[a]sumir las competencias y funciones propias de las autoridades y demás organismos colectivos del establecimiento educativo, o aquellas propias de los organismos y entidades de fiscalización, evaluación, inspección y vigilancia del sector educativo”.

“2. ¿Se puede contratar con recursos de cajas menores, por ejemplo; mantenimiento de un aire acondicionado, limpieza de sillas, mantenimiento de computadores, etc. Evadiendo los procesos de contratación pública que



se encuentren en la página, a través del establecimiento de esas cajas menores de una Entidad Pública?" [sic]

Para las adquisiciones, las entidades deben estructurar un procedimiento de contratación que es reglado, es decir, el procedimiento no es discrecional, y se deben consultar las normas que rigen el Sistema de Compra Pública para determinar la forma que la ley prevé para adelantarlos. Por consiguiente, las principales normas son: la Ley 80 de 1993, –EGCAP–; la Ley 1150 de 2007 que, entre otras disposiciones, regula las modalidades de selección para la escogencia del contratista; y el Decreto 1082 de 2015, que es reglamentario y concreta cada modalidad de selección, señalando reglas o pasos a seguir para celebrar el contrato estatal.

De acuerdo con lo anterior, en lo que respecta a la modalidad de selección de mínima cuantía, debe precisarse que esta es una modalidad de selección en virtud de la cual la Entidad Estatal realiza una convocatoria pública para recibir ofertas de bienes, obras o servicios cuyo valor no excede el diez por ciento (10%) de la menor cuantía. En ese contexto, podría afirmarse entonces, que sin importar el objeto del contrato, la Entidad Estatal deberá adelantar el procedimiento de selección del contratista a través de la modalidad de mínima cuantía, siempre que, en el caso concreto, el valor del contrato, como se indicó, no exceda el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la entidad. Sin embargo, es pertinente aclarar, que existen entidades públicas a las que, dependiendo de la cuantía del proceso de contratación, no les resulta aplicable el EGCAP, ni mucho menos las precitadas reglas del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, sino, las dispuestas en el derecho privado. Por ejemplo, las contrataciones que realizan las Instituciones Educativas mediante los Fondos de Servicios Educativos.

Finalmente, serán las Entidades Estatales que pretendan adelantar un proceso de contratación, las facultadas para dilucidar, de acuerdo con la normativa vigente y el régimen de contratación que les resulte aplicable, la forma en la que deberán adelantar dichos procedimientos.

"3. ¿Un contratista de prestación de servicios, puede tener un sueldo más alto que un Alcalde de un municipio de quinta (05) y/o sexta (06) categoría? [...]

5. A la hora de contratar el PLAN DE DESARROLLO de un Municipio, ¿se puede realizar bajo la modalidad de contratación directa a través de un contrato de prestación de servicios profesionales?" [sic]



Teniendo en cuenta lo expuesto en el considerando 2.3, se itera, que no existe en el Sistema de Compra y Contratación Pública una disposición que establezca la forma en la que deberían fijarse los honorarios de los contratistas de prestación de servicios profesionales, de apoyo a la gestión y de trabajos artísticos, pues en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden determinar el contenido de los contratos estatales e incluir las condiciones, cláusulas o estipulaciones que consideren necesarias para desarrollar el objeto contractual, siempre que no sean contrarias a la Constitución Política, la ley y el orden público.

En consecuencia, las Entidades Estatales durante la etapa de planeación, tienen el deber de realizar el análisis del sector y justificar la modalidad de contratación en los documentos del proceso, que para el caso de los procesos que impliquen una contratación directa y en los contratos de prestación de servicios profesionales, de apoyo a la gestión y de trabajos artísticos se constata en los estudios y documentos previos, los cuales deben indicar, entre otras, las condiciones mínimas exigidas para suplir la necesidad de la entidad, así como los requisitos que debe acreditar el futuro contratista para el cumplimiento del objeto contractual.

Por otro lado, resulta a bien precisar que, pese a que el contrato de consultoría y el de prestación de servicios se asemejan en lo intelectual y profesional, el primero no puede tener como objeto contractual, actividades del segundo. Esto por cuanto, como lo indicó el Consejo de Estado en la antes referida sentencia de unificación jurisprudencial, si bien existe un componente intelectual y profesional, tanto en los contratos de prestación de servicios profesionales y en los contratos de consultoría, el objeto contractual de este último es especial y debe celebrarse, por regla general, mediante la modalidad de selección de concurso de méritos. Así pues, debe aclararse, que no es factible suscribir un contrato de prestación de servicios profesionales para ejecutar actividades que se enmarcan en los contratos tipificados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como, por ejemplo, las consultorías.

Bajo este entendimiento, la característica fundamental para identificar los contratos de consultoría es el carácter ampliamente técnico de su contenido, que se diferencia de otros tipos contractuales, como el de prestación de servicios – apoyo a la gestión, servicios profesionales o de ejecución de trabajos artísticos–. A diferencia del contrato de consultoría, el de prestación de servicios supone tal y como se indicó en el numeral anterior, el desarrollo de actividades de colaboración



y apoyo a la gestión de la entidad dirigidas al cumplimiento de las funciones asignadas a esta, de carácter temporal, excepcional u ocasional, siempre que no haya suficiente personal de planta o que, existiendo, está sobrecargado de trabajo, o que sean actividades que requieran conocimientos especializados, según lo prescrito en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

De esta manera, las entidades deberán identificar si las actividades que pretendan contratar por prestación de servicios, se enmarcan o no en las reglas dispuestas en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 o, si en cambio, son propias de un contrato de consultoría según lo señalado en numeral 2 *ibidem*.

"4. En materia de cobro coactivo ¿le puedo entregar a un particular que realice el cobro coactivo y sustancie actos para que firme el tesorero, para darle a cambio el 16% a título de prima de éxito gracias a su gestión?" [sic]

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. Por ello, debe abstenerse de emitir pronunciamientos, cuyo propósito sea el resolver situaciones que no se refieran al alcance interpretativo de las disposiciones que rigen la contratación estatal. En ese contexto, es pertinente indicar que Colombia Compra Eficiente, por vía consultiva, no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad.

Por ende, serán las entidades públicas, de conformidad con disposiciones jurídicas que les sean aplicables, las competentes para determinar en cada caso particular y concreto, la forma en la que deberán adelantar los trámites y actividades relacionadas con el cobro coactivo de las obligaciones que tengan a su favor.

"6. Cuando se presenta una hoja de vida como requisito habilitante en un proceso de Licitación Pública, no cumple en el traslado de la valoración ¿se puede cambiar por otra hoja de vida que sí cumpla, sin que genere una causal de rechazo y sin que se genera una mejora de propuesta?" [sic]

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, lo subsanable es la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término



para presentar las ofertas, ello es lo que implica la prohibición de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al "cierre del proceso". Lo anterior evita, por ejemplo, que se presenten oferentes que no cumplieran con los requisitos para participar al momento de presentar las ofertas, y pretendan cumplirlos durante el proceso de selección o, inclusive, que se puedan variar condiciones de la oferta una vez presentada.

Así pues, una vez verificada la ausencia de requisitos y/o documentos de la oferta, para efectos de saber si se pueden subsanar, la entidad contratante debe preguntarse, en primer lugar, si lo que hace falta es un documento que afecte la asignación de puntaje o no y, en segundo lugar, si el cumplimiento del requisito constituye una circunstancia ocurrida con anterioridad o con posterioridad al cierre del proceso. Para arribar a la conclusión de que lo omitido puede subsanarse, la respuesta al primer interrogante debe ser negativa, es decir, que lo omitido no sea un factor que afecte la asignación de puntaje y la respuesta al segundo interrogante debe dar cuenta de que lo omitido sea la prueba de una circunstancia o hecho que ocurrió con anterioridad al cierre del proceso.

De acuerdo con lo expuesto en torno a la subsanabilidad de las ofertas y teniendo en cuenta las reglas dispuestas en la Ley 1882 de 2018, se itera que dicha norma mantiene el criterio de la Ley 80 de 1993, relativo a que todo lo que no sea necesario para la comparación de propuestas no es argumento suficiente para su rechazo; y se mantiene el criterio aclaratorio de la Ley 1150 de 2007, según el cual todo lo que no afecte la asignación de puntaje puede subsanarse. Por ello, si los requisitos no otorgan puntaje y tienen el carácter de habilitantes para la participación en el proceso de contratación, se entiende que, en principio, pueden subsanarse.

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

Atentamente,



Original Firmado
Nohelia del Carmen Zawady Palacio

Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Nasly Yeana Mosquera Rivas
Analista T2 – 06 de la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Alejandro Sarmiento Cantillo
Gestor T1 – 15 de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE

