



MEMORANDO

Código Dependencia

MINDEPORTE 04-06-2020 18:14
Al Contestar Cite Este No.: 2020EE0009297 Fol:5 Anex:0 FA:0
ORIGEN 120-OFICINA JURÍDICA / MARIA CARMENZA VALVERDE PINEDA
DESTINO N/D
ASUNTO RESPUESTA SOLICITUD DE CONCEPTO RADICADO 2020IE0002159 DEL 27 DE MAYO DE
OBS

2020EE0009297



Para: Cristina Bertoldo Mikan
COORDINADORA GIT DEPORTE RENDIMIENTO CONVENCIONAL

De: OFICINA JURÍDICA

Asunto: Respuesta Solicitud de Concepto Radicado 2020IE0002159 del 27 de mayo de 2020

Reciba un cordial saludo,

La Oficina Asesora Jurídica se permite dar respuesta a su solicitud de acuerdo con las funciones establecidas en el Artículo 9 numeral 8 del Decreto 1670 de 2019:

“Artículo 9. Funciones de la Oficina Asesora Jurídica. Son funciones de la Oficina Asesora Jurídica, siguientes:

8. Atender y resolver las consultas y peticiones de carácter jurídico elevadas a la entidad sobre asuntos de competencia del Ministerio”.

PROBLEMA JURIDICO:

“ Nos llega una solicitud de la posibilidad de hacer la contratación del ex atleta Oscar Figueroa a través de Asodeportes (Asociación Colombiana de Entrenadores Deportivos y profesionales de la Actividad Física); Asociación inscrita en la Cámara de Comercio (se adjunta certificado), por lo cual el Ministerio del Deporte tendría que firmar un contrato de apoyo directo con ese organismo para entregarles el recurso para dicha contratación.

La consulta va en el siguiente sentido: el concepto emitido inicialmente por ustedes se aplicará únicamente para la Federación Colombiana de Levantamiento de Pesas o, en este caso, ¿también tiene aplicabilidad para Asodeportes o cualquier otra entidad deportiva de naturaleza privada?”.



I. MARCO NORMATIVO, DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

1. Constitución Política Nacional.
2. Decreto 092 de 2017
3. Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad – Colombia Compra Eficiente^[1]
4. Ley 80 de 1993. “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”
5. Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.”
6. Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo”
7. El Decreto 1085 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Deporte”

II. ANTECEDENTES

- La Procuraduría General de la Nación, sancionó disciplinariamente al señor OSCAR FIGUEROA, imponiéndole una inhabilidad para contratar y ejercer funciones públicas, hasta el año 2022.
- El pasado 13 de mayo de 2020 con radicado 2020IE0001952, la DIRECCIÓN DE POSICIONAMIENTO Y LIDERAZGO DEPORTIVO del Ministerio del Deporte, solicitó concepto jurídico sobre la intensión de contratar al ex atleta Oscar Figueroa por intermedio de la Federación Colombiana de Pesas, **con recursos que le asigna** el Ministerio del Deporte a dicha Federación para la vigencia fiscal 2020.
- Como respuesta a esa solicitud de concepto emitida el 20 de mayo de 2020 se estableció que “*no sería adecuado, interpretar que si existen inhabilidades para contratar con el Estado, y una entidad privada sin ánimo de lucro con recursos públicos pretenda realizar una contratación con una persona natural que se encuentra inhabilitada para contratar y ejercer funciones públicas, no sé de aplicación a las prohibiciones legales establecidas en el artículo 8, parágrafo 3, de la ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 3 de la Ley 2014 de 2019, que señaló en el nuevo texto lo siguiente: Las inhabilidades e incompatibilidades contempladas en este artículo se aplicarán a cualquier proceso de contratación privada en el que se comprometan recursos públicos*”.
- Mediante radicado 2020IE0002159 del 27 de mayo de 2020, el Grupo Interno de Trabajo Deporte Rendimiento Convencional solicita nuevamente concepto respecto a *la posibilidad de hacer la contratación del ex atleta Oscar Figueroa a través de Asodeportes (Asociación Colombiana de Entrenadores Deportivos y profesionales de la Actividad Física); (...)*

III. CONSIDERACIONES

Previo a resolver lo planteado, es necesario precisar, que la viabilidad jurídica es definida como el respaldo de la ley para llevar a cabo una acción determinada de un modo correcto, es decir, que existen las garantías que permiten determinada práctica en un orden público y privado.



Colombia es un estado de derecho, organizado, garantista del respeto y la dignidad humana, democrática, pluralista, defensora del trabajo, de los derechos fundamentales y por supuesto del trabajo y de la igualdad social. (artículos 1-13 C.P.)

Para resolver el problema jurídico, se hace necesario realizar el análisis nuevamente de los siguientes temas: **(1)** Naturaleza jurídica de las Asociaciones y en especial la de Asodeportes; **(2)** Regulación de la Contratación Estatal con las Entidades sin Ánimo de Lucro (ESAL) **(3)** Inhabilidades e Incompatibilidades para Celebrar contratos Estatales.

1. **Naturaleza Jurídica de las Asociaciones:** La asociación o corporación es un ente jurídico sin ánimo de lucro que nace de la voluntad de varios asociados o corporados, los cuales pueden ser personas naturales o jurídicas (privadas o públicas) y que tiene como finalidad ofrecer bienestar físico, intelectual o moral, a sus asociados y/o a la comunidad en general.

Las asociaciones o corporaciones, al constituirse en personas jurídicas, pueden ejercer derechos y contraer obligaciones, así como estar representadas por personas naturales o jurídicas, en asuntos judiciales y extrajudiciales.

La Constitución Política en su artículo 38 dispone: «*Está garantizado el derecho de libre asociación para el desarrollo de las actividades realizadas en sociedad*».

La misma carta en el artículo 103 de precisa que «*El Estado contribuirá a la organización, promoción y formación de asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, de jóvenes, de beneficencia o de utilidad común no gubernamentales, sin atentar contra su autonomía, y con el fin de que éstas constituyan mecanismos democráticos de representación en las distintas instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública existentes*».

Respecto a la Asociación Colombiana de Entrenadores Deportivos y Profesionales de la Actividad Física **ASODEPORTES** se tiene que:

-Se encuentra inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá con numero: S0024539 del 26 de enero de 2005.

-Que por acta del 14 de mayo de 2004 otorgado(a) en asamblea constitutiva, inscrita en esta cámara de comercio el 26 de enero de 2005 bajo el número 00080874 del libro I de las entidades sin ánimo de lucro, fue constituida la entidad denominada Alianza Social Afrocolombiana Asa y podrá identificarse con la sigla ASA.

-Que por acta No. 5 de asamblea general del 10 de enero de 2013, inscrita el 15 de marzo de 2013 bajo el número 00221702 del libro I de las entidades sin ánimo de lucro, la entidad cambio su nombre de: Alianza Social Afrocolombiana ASA y podrá identificarse con la sigla ASA por el de: Asociación Colombiana de Entrenadores Deportivos y Profesionales de la Actividad Física – ASODEPORTES, así mismo, se convirtió de corporación a asociación bajo el nombre de: Asociación Colombiana de



Entrenadores Deportivos y Profesionales de la Actividad Física - ASODEPORTES.

-La entidad que ejerce la función de inspección, vigilancia y control es la: Alcaldía Mayor de Bogotá.

-**VIGENCIA:** La entidad no se halla disuelta y su duración va hasta el 14 de mayo de 2054.

-**El Objeto de esta Asociación es:** contribuir con la construcción del estado social de derecho en Colombia desde una perspectiva negra, afro colombiana, incluyente, respetuosa del carácter pluriétnico y multicultural de nuestro país, así como el fortalecimiento y consolidación de formas y espacios democráticos de participación, organización, formación y gestión política, ciudadana, social y comunitaria, que redunden en el mejoramiento de las condiciones de vida de las comunidades negras, excluidas, afro colombianas, en particular, y del país en general alcance del objeto para hacer efectivo este objetivo, la asociación tendrá como objetivos específicos: (...**PARÁGRAFO:** desarrollará, nuestros objetivos mediante actividades de investigación, apoyo a la gestión comunitaria, consultoría, investigación, creación de empresa, intervención social), gestión de desarrollo humano, gestión ambiental, y actividades educativas y de formación no propias del sistema nacional de educación, contratación, asociaciones con otras entidades, app, consorcios, uniones temporales.

2. Regulación de la contratación estatal con las Entidades Sin Ánimo de Lucro (ESAL)[\[2\]](#)

El Decreto 092 de 2017 reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política y estableció que Colombia Compra Eficiente debe expedir una guía para su aplicación.

a) Antecedentes de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad

La contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad de que trata el artículo 355 de la Constitución Política reglamentada por el Decreto 092 de 2017 **es una contratación especial** que procede exclusivamente en los casos previstos en tales normas.

Esta contratación tiene origen en la necesidad de continuar con el apoyo de las Entidades Estatales a actividades benéficas en el nuevo marco constitucional sin auxilios parlamentarios.

El origen de esta contratación está en la reflexión del Constituyente de 1991 sobre la necesidad de abolir los auxilios parlamentarios, pero dejar a salvo el apoyo estatal a las actividades beneméritas en el campo de la solidaridad humana siempre que tales actividades hayan sido previstas en los planes de desarrollo, quienes desarrollen tales actividades sean idóneos y haya mecanismos de verificación del destino de los recursos entregados para el Estado para el efecto.

La doctrina sobre el artículo 355 de la Constitución Política afirma: “El propósito es permitir que ciertos sujetos de derecho privado que desarrollan actividades beneméritas en el campo científico, cultural, educativo o de solidaridad social y humana, puedan recibir apoyo estatal, pero sometidos a mecanismos



de verificación del destino dado a los recursos y a las modalidades de su ejecución, inherentes a la contratación pública, evitando así que desvirtúe su función hasta convertirse en una herramienta de proselitismo político, de beneficio individual o de despilfarro de dineros públicos como aconteció en años anteriores” [\[3\]](#).

b) Ámbito de aplicación del Decreto 092 de 2017

El Decreto 092 de 2017 es aplicable a los contratos entre las Entidades Estatales del gobierno nacional, departamental, distrital o municipal y ESAL independientemente de la denominación que las partes den al acto jurídico y de la parte que tuvo la iniciativa de celebrarlo. Estos contratos se celebran para impulsar programas y actividades previstas en los planes de desarrollo y proceden exclusivamente cuando busquen promover: los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión; los derechos de las minorías; el derecho a la educación; el derecho a la paz; o las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana.

El ámbito de aplicación del Decreto 092 de 2017 obedece a la excepcionalidad del tipo de contratación a la que hace referencia el artículo 355 de la Constitución Política y no a la naturaleza jurídica del contratista. Si la Entidad Estatal adquiere o se abastece de un bien, producto o servicio en un contrato conmutativo en el cual el proveedor es una entidad sin ánimo de lucro, debe aplicar el régimen contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y no el del Decreto 092 de 2017.

El Decreto 092 de 2017 no es aplicable a las contrataciones que cuentan con una norma especial que las regula o un régimen de contratación específico, en consecuencia, ese es el régimen aplicable con sus respectivos reglamentos, y no el del Decreto 092 de 2017. La naturaleza jurídica de la entidad contratista no determina el régimen de contratación.

c) ¿Cuándo las Entidades Estatales de los gobiernos nacional, departamental, distrital o municipal pueden contratar con ESAL?

La suscripción de contratos de interés público o de colaboración, es decir, aquellos que celebran las Entidades Estatales de los gobiernos nacional, departamental, distrital o municipal con ESAL, es excepcional y solamente procede cuando el Proceso de Contratación cumple con las condiciones señaladas en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017 así:

1. Correspondencia directa con programas y actividades de interés público previstos en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo relacionados con la promoción de derechos de los menos favorecidos o con manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica.

El Decreto 092 de 2017 hace referencia a la correspondencia directa entre el objeto del contrato y el programa o actividad prevista en el plan de desarrollo. El objeto debe tener una conexión expresa y clara con el programa previsto en el plan de desarrollo. Si esta condición no se cumple el Proceso de Contratación no debe adelantarse en el marco del artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017.



El programa o actividad prevista en el plan de desarrollo que el Proceso de Contratación pretende desarrollar debe buscar exclusivamente la promoción de los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz o las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana. Estos aspectos coinciden con los sectores más desprotegidos, en términos de Alfonso Palacio Rudas, y con el campo cultural, educativo o de solidaridad humana, en términos de Carlos Lleras de la Fuente y otros. El campo científico mencionado en la cita de Lleras de la Fuente y otros no está incluido en el Decreto 092 de 2017 puesto que hay una regulación propia del Sistema de Ciencia Tecnología e Innovación para el efecto.

2. No hay una relación conmutativa entre las partes ni instrucciones precisas que indican la forma como el contratista debe cumplir con el objeto del contrato.

El contrato suscrito en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017 ***no genera cargas equivalentes o recíprocas y por tanto la Entidad Estatal contratante no instruye a la entidad privada sin ánimo de lucro para desarrollar los programas o actividades previstas.***

El artículo 1498 del Código Civil Colombiano dispone que el contrato es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez. Los contratos suscritos en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017 no son este tipo, puesto que la Entidad Estatal no adquiere bienes o servicios ni encarga la ejecución de una obra de acuerdo con sus precisas instrucciones. En este caso la Entidad Estatal decide desarrollar un programa o actividad del plan de desarrollo en beneficio de la población en general.

Los Procesos de Contratación de las Entidades Estatales para adquirir bienes o servicios o para ejecutar obras en las cuales hay obligaciones recíprocas de las partes, están regidos por la normativa del Sistema de Compra Pública (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 1082 de 2015 principalmente) y, deben ser el resultado de una selección objetiva.

Por el contrario, la contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política no está encaminada a la adquisición de bienes, servicios o la ejecución de obras, en consecuencia, no puede ser utilizada con ese propósito. La contratación que desarrolla el artículo 355 de la Constitución Política está enfocada a la colaboración entre el Estado y las ESAL.

Además, el Decreto 092 de 2017 establece que la contratación con ESAL procede cuando no haya instrucciones precisas al contratista para cumplir con el objeto del contrato. La expresión “instrucciones precisas” no puede extenderse a las reglas generales que la Ley ha autorizado expedir a las autoridades administrativas. Las reglas generales de regulación de un sector o actividad contenidas en actos administrativos de carácter general no constituyen instrucciones precisas para el desarrollo de un proyecto concreto.

El artículo 355 de la Constitución determina que el instrumento que contiene el mecanismo de cooperación del Gobierno y las ESAL es el contrato sin especificar una tipología. Las Entidades



Estatales cuentan con la autonomía para estructurar su relación contractual con las ESAL contando como límite que su relación no sea para adquirir bienes, obras o servicios, es decir que no sea una relación conmutativa. Respetando ese límite, las Entidades Estatales pueden diseñar todo tipo de mecanismos contractuales que incentiven a la ESAL a obtener los objetivos del plan de desarrollo de manera innovadora y que incrementen la satisfacción y la calidad de vida de la población beneficiaria del contrato.

d) Determinación de la reconocida idoneidad de la ESAL

El artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017 exigen que la entidad sin ánimo de lucro que contrate con las Entidades Estatales en desarrollo de las normas citadas sea de reconocida idoneidad. La idoneidad consiste en la cualidad de ser adecuado o apropiado para cumplir un fin y esta tiene que ser reconocida. Es decir, la Constitución Política sólo autoriza a celebrar este tipo de contratos con entidades que cuenten con un reconocimiento público manifiesto. El artículo 3 del Decreto 092 de 2017 señala la necesidad de que el objeto estatutario de la ESAL contenga el objeto del Proceso de Contratación y por tanto con el programa o actividad establecida en el plan de desarrollo. La Entidad Estatal debe tener en cuenta los atributos de la ESAL para hacer una valoración sobre su reconocida idoneidad. Para el efecto debe considerar los siguientes aspectos y fijarlos fundamentando su relación con el objeto del Proceso de Contratación, su complejidad y la cantidad de recursos comprometidos por la Entidad Estatal. Los servidores públicos con ordenación del gasto tienen un nivel especial de responsabilidad en la utilización de los recursos económicos a su cargo. Por esa razón, las Entidades Estatales deben utilizar sus capacidades críticas y recopilar toda la información posible al momento de decidir sobre la ESAL que deciden financiar con recursos públicos.

3. Inhabilidades e Incompatibilidades para celebrar contratos estatales.

En términos generales, las inhabilidades e incompatibilidades son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que constituyen limitaciones a la capacidad para contratar con las entidades estatales y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal. La inobservancia a este régimen es causal de nulidad del contrato celebrado.

El carácter taxativo y restrictivo. El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general inherente en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado. Bajo estas circunstancias las entidades públicas no pueden establecer, por ejemplo, en el pliego de condiciones



causales de inhabilidades e incompatibilidades no previstas en la Constitución o en la ley, pues su estipulación produciría su ineficacia de pleno derecho cuya consecuencia jurídica consiste en tenerse por no escrita. En consecuencia, al tratarse de una materia que tiene reserva legal, no resulta jurídicamente posible que una entidad pública o una autoridad pública establezcan nuevas causales que afecten la capacidad para contratar con el Estado.

Propósito y consecuencias. Las consecuencias de las inhabilidades o incompatibilidades son: para el contratista ceder o renunciar al contrato, para el proponente renunciar a la participación en el proceso y a los derechos surgidos en el mismo y para el miembro del consorcio o de la unión temporal la cesión a un tercero. El propósito de proscribir la contratación con ciertas personas, en algunos casos, parte de la base de que éstas tienen ventajas individuales que pueden llevar a la ruptura del equilibrio entre los contratantes, concursantes o licitantes.

CONCLUSIÓN

En consonancia con las precisiones que ya se plantearon, consideramos necesario recordar lo manifestado en el concepto anterior otorgado frente a la solicitud de similares pretensiones, en el sentido de reiterar que está totalmente prohibido y es contrario a la ley la celebración de un contrato de una entidad pública con una persona que este inhabilitada para contratar y ejercer funciones públicas, esta prohibición persiste como lo manifestamos en el anterior concepto, así la contratación se perfeccione por un tercero con recursos públicos.

En vista de todo lo anterior, se debe hacer mención, a que la prohibición o inhabilidad para el caso que nos ocupa es particularmente importante, en tal sentido, no le está dado al contratante desconocer la sanción disciplinaria vigente en cabeza del señor FIGUEROA MOSQUERA, pues de la manera planteada en la solicitud del concepto, claramente se señala que: “**se estima que Asodeportes (Asociación Colombiana de Entrenadores Deportivos y profesionales de la Actividad Física) por lo cual el Ministerio del Deporte tendría que firmar un contrato de apoyo directo con ese organismo para entregarles el recurso para dicha contratación.**” (Subrayado y negrilla fuera de texto). Es decir, Asodeportes si recibiría recursos del estado -Ministerio del Deporte-, para cumplir un objetivo concreto en una modalidad deportiva, que es posible requiera de la asesoría de una persona expedita en este tema, por los conocimientos adquiridos durante su trayectoria deportiva que lo llevo a ser medallista olímpico en 2012. Sin embargo, se encuentra incurso en una inhabilidad que, por razones primordialmente éticas, lo incapacita para poder ser parte de una relación contractual, ya que se están comprometiendo recursos e intereses del estado.

Finalmente, frente a la posibilidad de hacer la contratación del ex atleta Oscar Figueroa a través de Asodeportes, esta Oficina no puede interferir en la decisión de contratación de una entidad privada, sin ánimo de lucro y mucho menos externa.

En los anteriores términos, se atiende lo planteado, no sin antes manifestarle que conforme a lo establecido artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, el artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 26 del Código Civil y la Ley 153 de 1887, los conceptos son criterios auxiliares de interpretación y no vinculan ni comprometen a la Oficina Jurídica del Ministerio, no son de



obligatorio cumplimiento o ejecución, motivo por el cual, las apreciaciones de la presente respuesta solamente sirven para dar una ilustración de carácter general para que el peticionario, conforme a lo expuesto, asuma su propia posición conforme al grado de análisis y conocimiento adquirido.

[1] https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf

[2] Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad – Colombia compra eficiente.

[3] Lleras de la Fuente, Carlos; Arenas Campos, Carlos Adolfo; Hernández Becerra, Augusto; Charry Urueña, Juan Manuel (1992) Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia. Páginas 586 y 587. Obra citada en la Sentencia C-324 de 2009 de 13 de mayo de 2009 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez.

Cordialmente,

Maria Carmenza Valverde Pineda
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Anexos: (Sin anexos)

Elaboró: Leidy C. Castañeda

Revisó: Zeida Mireya Graciela Bohorquez Contretras / 04-06-2020 18:14