**CCE-DES-FM-17**

**CONTRATACIÓN ESAL – Contrato de colaboración – Objeto – Alcance**

Los contratos de colaboración tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, 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 esta y la ESAL, toda vez que el beneficio real y directo lo recibirán, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 92 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista.

**ESAL – Decreto 92 de 2017 – Criterios – Aplicación**

[…] no todas las actividades que las entidades estatales deben desarrollar para alcanzar sus objetivos misionales deben ejecutarse a través de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación. Debe tenerse en cuenta que lo que determina la aplicación del Decreto 92 de 2017 no es únicamente el carácter de las ESAL sino el objeto del contrato o convenio que la entidad pretende adelantar. Por tanto, el hecho de que se trate de una entidad sin ánimo de lucro no implica que necesariamente deba celebrarse un contrato de colaboración o un convenio de asociación.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Multiplicidad de sujetos – Límites legales**

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL pueden 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», la o las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 92 de 2017, deben «asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. En caso de que la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse».

**CONTRATACIÓN CON ESAL – Contratos de colaboración – Actividades artísticas, culturales, deportivas – Promoción de la diversidad étnica colombiana – Suspensión provisional**

Hasta tanto se emita una sentencia definitiva en el proceso reseñado, no es posible aplicar el «beneficio» al que se refiere el inciso tercero del artículo 4 del Decreto 92 de 2017. En estos procesos, entonces, se debe acudir a los criterios aplicables a los otros negocios jurídicos que regula el Decreto 92 de 2017, particularmente las exigencias del artículo 2 ibidem. Incluso, habría lugar a tener en cuenta las exigencias del inciso 2 del artículo 4 íbídem, claro está, siempre que se configuren los supuestos de aplicación de dicha normativa, esto es, siempre que «exist[a] más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad».

Bogotá D.C., **03/03/2020 Hora 18:10:1s**

**N° Radicado: 2202013000001573**

Señoras

**Ximena del Pilar Pérez Henao**

**Anyela Apera Arias Arias**

Ibagué, Tolima

**Concepto C ─ 081 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de colaboración – Objeto y alcance – Multiplicidad de sujetos y límites legales / DECRETO 92 de 2017 ― Criterios que determinan su aplicación / CONTRATACIÓN CON ESAL ― Contratos de colaboración cuyo objeto corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana – Suspensión provisional |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4202012000000585 |

Estimada señora Pérez Henao:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública―Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 28 de enero de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted manifiesta que la Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado, mediante auto del 6 de agosto de 2019, dictado en el radicado No. 11001-03-26-000-2018-00113-00 (62.003), estudió la solicitud de suspensión provisional del inciso 2º del artículo 1, literales a y c del artículo 2, inciso 5º del artículo 2, inciso 2º del artículo 3, inciso final del artículo 4 y artículo 5 del Decreto 92 de 2017.

Con fundamento en esto, realiza las siguientes preguntas: i) ¿cuál es «[…] el procedimiento a agotar para realizar la contratación directa con las entidades sin ánimo de lucro a (sic) fecha, ya que solo quedó vigente el artículo 5 del Decreto 92 de 2017, el cual establece que estas entidades deberán aportar como mínimo el 30 % del valor del convenio, para no someterse a proceso competitivo, pero cuál es la modalidad que debemos agotar para contratar en caso que la ESAL no aporte este valor o sea inferior el aporte?»; ii) ¿cuál es «[…] el procedimiento para contratar con las ESALES que se encontraban excluidas de adelantar proceso competitivo de acuerdo a lo establecido en el Artículo 4 del Decreto 092 de 2017?»; y iii) «¿[…] si al estar suspendido provisionalmente el Decreto 092 de 2017, el cual reglamenta el Articulo 355 de la Constitución Política de Colombia, a este este articulo (sic) le podemos dar aplicación directa sin reglamentación o en su defecto debemos omitir su aplicación en el proceso de contratación con las ESALES?».

1. **Consideraciones**

**2.1. Los artículos 355 de la Constitución Política y 96 de la Ley 489 de 1998**

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], en los conceptos del 30 de agosto y el 20 de diciembre de 2019 ─Radicados Nos. 2201913000006394 y 2201913000009467─ y, recientemente, en los conceptos C-070 y C-094 de marzo de 2020 ─Radicados Nos. 4202012000000478 y 4202013000000755─, por lo que en esta ocasión se reiteran dichas consideraciones.

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 ESAL con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo[[1]](#footnote-1).

Por otra parte, la Ley 489 de 1998, en el artículo 96[[2]](#footnote-2), 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 entidad.

El Gobierno nacional, en desarrollo del artículo 355 de la Constitución, expidió el Decreto 92 de 2017, que dispone las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos eventos: i) los contratos de colaboración o de interés público con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los primeros están regulados en el artículo 2º del Decreto 92 de 2017, mientras que los segundos en los artículos 5, 6, 7 y 8 *ibidem*. Es posible diferenciar, pues, los *convenios de asociación*, regulados en el artículo 5, de los *contratos de colaboración*, establecidos en el artículo 2 del Decreto 92 de 2017[[3]](#footnote-3).

Los *contratos de colaboración* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, 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 esta y la ESAL, toda vez que el beneficio real y directo lo recibirán, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 92 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro 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 este dirigida al beneficio de la población en general, ya que cuando se adquieren bienes o servicios o ejecuta obras en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Sistema de Compra Pública. Solo cuando se reúnan estas condiciones será procedente la celebración de contratos de colaboración, de lo contrario se deberá aplicar las normas del estatuto de contratación pública, adicionalmente se requiere de previa autorización expresa del representante legal de la entidad estatal.

De otro lado, los *convenios de asociación* «[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden 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»[[4]](#footnote-4).

En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. De todos modos, la entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.

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 comunes[[5]](#footnote-5).

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo, a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, como unión temporal o como consorcio[[6]](#footnote-6). 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», la o las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 92 de 2017, deben «asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. En caso de que la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse»[[7]](#footnote-7).

La noción «seleccionar de forma objetiva», contenida en la disposición *sub examine* no puede ser entendida como una remisión a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es a que «la Entidad Estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación». Así lo establece la «Guía para la Contratación con Entidades sin Ánimo de Lucro y de Reconocida Idoneidad», elaborado por esta entidad. Según dicha Guía, la «Entidad Estatal no está obligada a hacer un proceso competitivo, pero debe garantizar que hace una selección objetiva en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación». La entidad puede tomar la decisión de acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o, incluso, al trámite que regula el artículo inciso 2 del artículo 2 del Decreto 92 de 2017.

En suma, de acuerdo con los criterios de la Guía antes mencionada, «[l]as Entidades Estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017». En todo caso, «el proceso competitivo que definan las Entidades Estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas, este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública».

Por otro lado, para el manejo financiero y presupuestal de los contratos del Decreto 92 de 2017, aplica lo mismo que para otros negocios jurídicos que celebre el Estado regulados por la Ley 80 de 1993. Se precisa que las entidades estatales pueden pactar las condiciones de desembolso que sean más convenientes, pues el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 dispone, sobre el convenio, que las partes «determinará[n] con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes». Con todo, la «Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad”, expedida por Colombia Compra Eficiente, recomienda desembolsos condicionados, con el fin de evaluar el desempeño de la ESAL y la efectividad del programa de interés público:

El artículo 355 de la Constitución Política también puede ser utilizado para implementar estrategias innovadoras de apoyo a causas sociales o para financiar actividades de las ESAL como los denominados «bonos de impacto social». Esa herramienta de cooperación entre el sector público y el privado está diseñada para que las Entidades Estatales sólo desembolsen los recursos públicos cuando se obtengan resultados medibles y evaluables, en otras palabras, el desembolso de recursos públicos está sujeta a la condición que la ESAL efectivamente alcance las metas establecidas en el contrato. El uso de esa herramienta incrementa la eficiencia, innovación y la eficacia para resolver los problemas sociales a través de recompensar sólo los resultados positivos, elimina la intervención pública en los procedimientos de la ESAL y al mismo tiempo se reducen los Riesgos para los recursos públicos porque los financiadores privados los asumen.

Es importante aclarar que los negocios jurídicos que regula el Decreto 92 de 2017 «[…] son esencialmente distintos a los contratos para la adquisición y aprovisionamiento de bienes, obras o servicios regulados por el estatuto de contratación y[, como tal,] no hacen parte del sistema de compra pública. […] De acuerdo con lo anterior, si la entidad estatal adquiere o se abastece de un bien, obra o servicio en un contrato conmutativo en el cual el proveedor es una [ESAL], debe aplicar el régimen contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y no el Decreto 92 de 2017»[[8]](#footnote-8). Así lo consideró la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[[9]](#footnote-9):

Como ya se indicó, el objeto de los contratos que autoriza el inciso segundo del artículo 355 Superior, se limita a la realización de actividades o programas de interés público que, conforme a los planes de desarrollo, adelanten instituciones privadas sin ánimo de lucro. Aquellos que generan una contraprestación directa a favor de la entidad contratante y los que tienen por objeto desarrollar proyectos específicos, corresponden al giro normal de las funciones propias de la entidad estatal, y por lo tanto, se tipifican dentro de cualquiera de las modalidades de contratación de la ley 80 de 1.993, debiendo sujetarse a los procedimientos allí previstos, en especial los de escogencia del contratista.

Cuando el artículo 355 autoriza a las entidades estatales a celebrar contratos para «impulsar» programas y actividades de interés público, se refiere a los del ente privado y no a los del Estado, pues respecto de éste el deber constitucional es no sólo impulsarlos sino cumplirlos, conforme las disposiciones contractuales vigentes, como sería por ejemplo, contratos de prestación de servicios o de obra pública.

De acuerdo con lo anterior, no todas las actividades que las entidades estatales deben desarrollar para alcanzar sus objetivos misionales deben ejecutarse a través de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación. Debe tenerse en cuenta que lo que determina la aplicación del Decreto 92 de 2017 no es únicamente el carácter de las ESAL sino el objeto del contrato o convenio que la entidad pretende adelantar. Por tanto, el hecho de que se trate de una entidad sin ánimo de lucro no implica que necesariamente deba celebrarse un contrato de colaboración o un convenio de asociación. Así lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-287 del 18 de abril de 2012, en la que sostuvo lo siguiente:

Las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro han sido definas por la doctrina como personas jurídicas que surgen de la voluntad de un grupo de individuos que vinculan un capital a la obtención de un fin de interés general o de bienestar común no lucrativo, de manera que tienen como finalidad propia la satisfacción de intereses públicos y sociales.

*Sin embargo, el hecho que no persigan una finalidad lucrativa, no significa que no desarrollen actividades que generen utilidades, lo que pasa es que a diferencia de las sociedades, el lucro o ganancia obtenida no se reparte entre sus miembros sino que se integra al patrimonio de la asociación para la obtención del fin deseado*. Así, el elemento característico de las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro radica, precisamente, en la determinación de sus miembros de desarrollar una actividad de interés general sin esperar a cambio repartición de utilidades en proporción a su aporte, ni la recuperación del mismo en el momento de su disolución o liquidación. (Cursivas propias)

Lo anterior se justifica en que la principal característica de las ESAL es la ausencia de lucro, es decir, las ganancias o beneficios económicos no están destinados a repartirse en favor de los miembros ni de terceros, sino que permanecen dentro de la entidad incrementando su patrimonio. Con todo, las ESAL sí pueden participar en igualdad de condiciones en procesos de contratación regidos por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos en los documentos del proceso.

Los convenios de asociación no procuran utilidades para la ESAL, pues en dicho caso se trataría de un contrato en el que se debe remunerar al contratista por los servicios prestados, el cual, por eso mismo, tiene un régimen legal distinto.

**2.2. Suspensión provisional de algunas normas del Decreto 92 de 2017**

Esta entidad se pronunció respecto de la suspensión provisional del Decreto 92 de 2017, en el concepto No. 2201913000006512 del 3 de septiembre de 2019, cuyas consideraciones se reiteraron en los conceptos Nos. 2201913000006681 y 4201913000005551 del 9 de septiembre de 2019, 2201913000006843 del 16 de septiembre de 2019, 2201913000009198 del 12 de diciembre de 2019 y 2201913000009567 del 24 de diciembre de 2019. La tesis propuesta en estos conceptos es la que se expondrá a continuación.

El Consejo de Estado, en el Auto del 6 de agosto de 2019 de la Sección Tercera, Subsección A, radicado No. 11001-03-26-000-2018-00113-00 (62.003), Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera, estudió la solicitud de suspensión provisional[[10]](#footnote-10) del inciso 2 del artículo 1, literales a y c del artículo 2, inciso 5 del artículo 2, inciso 2 del artículo 3, inciso final del artículo 4 y artículo 5 del Decreto 92 de 2017.

La *primera* norma que estudió el Consejo de Estado fue el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 92 de 2017, el cual establece que la interpretación de las expresiones que se encuentran en mayúsculas en el Decreto 92 de 2017 se harían de conformidad con la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública[[11]](#footnote-11). Señaló que esta disposición, así como el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 92 de 2017[[12]](#footnote-12), exceden la potestad reglamentaria, que está exclusivamente asignada al Presidente de la República, toda vez que la esencia de la facultad reglamentaria es de carácter permanente, inalienable, intransferible e irrenunciable, y el Presidente no la puede delegar en una entidad como la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para que a través de una guía reglamente los vacíos de un Decreto. Al respecto señala:

En efecto, dejar espacios «vacíos» para que Colombia Compra Eficiente defina el alcance y la interpretación de ciertas expresiones y dicte las «pautas» y «criterios» para desarrollar la materia reglamentada no es otra cosa que delegar la reglamentación, pues materialmente se le encomienda a otra autoridad administrativa la labor de completar el ejercicio reglamentario que hizo el Gobierno Nacional o, cuando menos, se le encomienda la tarea de complementar una reglamentación insuficiente que hizo la autoridad competente, tarea que no puede ser asignada por el Presidente de la República a ningún otro organismo o entidad de la administración (distinto del Gobierno Nacional), puesto que, sin duda, quien estaría concurriendo materialmente en tal caso a reglamentar la norma constitucional sería la autoridad delegataria y no el competente para ello, según lo dispuesto por el constituyente.

En virtud de este análisis, el Consejo de Estado suspendió provisionalmente el inciso 2 del artículo primero y el inciso 2 del artículo 3, lo que significa que los contratos celebrados con entidades sin ánimo de lucro no tienen que aplicar la «Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad», expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública–Colombia Compra Eficiente.

La *segunda* norma que analizó el Consejo de Estado fue el literal a), del artículo 2, del Decreto 92, que establece que únicamente se podrá contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro cuando el objeto corresponda directamente con los planes de desarrollo y busque exclusivamente 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, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana[[13]](#footnote-13). En relación con esta norma, encontró que el literal a) del artículo 2 establece dos condiciones contrarias al artículo 355 de la Constitución Política: primero, que el objeto tenga que estar «directamente» en los planes de desarrollo –nacional o territorial, cuando la norma constitucional establece que el objeto debe ser «acorde» con el plan nacional o seccional de desarrollo, lo que implica que el objeto del contrato no debe estar explícitamente en el plan de desarrollo sino que se encuentre en armonía con este. En relación con lo anterior, el auto del Consejo de Estado señala:

El aparte acusado exige que el objeto del contrato corresponda directamente a los programas contenidos en los diferentes planes de desarrollo, pero ello, así concebido, es propio de los procesos de selección a los que deben someterse los contratos ordinarios de la administración pública; al respecto, recuérdese que los contratos referidos en el mencionado artículo 355 no están sometidos a la lógica de los contratos ordinarios, pues tienen como finalidad impulsar los programas y actividades de interés público que desarrollen las entidades sin ánimo de lucro, para lo cual únicamente se exige que sean acordes con los que, a su vez, estén contemplados en los correspondientes planes de desarrollo.

Así mismo, el Consejo de Estado consideró que el literal a) del artículo 2, al establecer que los programas y actividades de interés público deben buscar la promoción de los derechos de personas en situaciones de debilidad manifiesta o de indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, limita el ámbito de aplicación que establece el artículo 355 de la Constitución Política. Al respecto expresa:

Una limitación del anterior calado implica, sin duda, establecer una condición no prevista en la norma constitucional reglamentada. Esta última solo establece una restricción y es que la «causa» del contrato tenga como finalidad «… impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan de desarrollo», mientras que, por su parte, la norma acusada limita la celebración de tales contratos a que tengan como objeto la promoción de las actividades enunciadas anteriormente [letra a, art. 2 ibidem]. Si la norma constitucional restringe sólo la causa o la finalidad del contrato, quiere decir ello que, independientemente de su objeto, puede celebrarse en cualquier modalidad, siempre y cuando –claro está– su causa sea «acorde» con los planes de desarrollo, que es, en últimas, el propósito de la norma constitucional.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado suspendió provisionalmente el literal a), por lo cual el objeto de los contratos debe ser acorde con los planes nacionales o seccionales de desarrollo; y no necesariamente estar previstos directamente en ellos, además no solo se pueden celebrar contratos para los objetos específicos señalados en el Decreto 92 de 2017.

El Consejo de Estado, en *tercer* lugar, examinó el literal c) y el inciso 5 del artículo 2 del Decreto[[14]](#footnote-14), señalando que contraría la norma constitucional al condicionar que los contratos solo se pueden celebrar cuando no exista oferta en el mercado, sometiendo su celebración contratación a que, de existir oferta, la contratación con las entidades sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo, toda vez que se desconocería la naturaleza de las entidades sin ánimo de lucro que implica que ellas no participan en el mercado de bienes y servicios de la misma forma que las demás sociedades. En este sentido, el Consejo de Estado manifestó:

El propósito de garantizar la libre competencia en el mercado –como se advierte de la lectura del acto acusado– no se ajusta a la finalidad de la norma constitucional en cita, pues desconoce que las entidades sin ánimo de lucro no participan en el mercado de bienes y servicios como lo hacen las demás y, por la misma razón, no se les pueden aplicar las reglas de selección contenidas en el Estatuto General de la Contratación Pública. Las entidades a las cuales la norma constitucional busca apoyar son entidades que (i) no tienen ánimo de lucro y (ii) desarrollan programas y actividades de interés público con reconocida idoneidad. No son, entonces, entidades creadas para competir en el mercado.

Así las cosas, se suspendió provisionalmente el literal c) y el inciso 5º del artículo 2 del Decreto 92 de 2017, razón por la cual los procesos de contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro no quedan condicionados a la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios, ni a que la ESAL garantice la mejor oferta y la optimización de los recursos públicos, pues estas condiciones son propias de la contratación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y no del régimen jurídico especial que establece el artículo 355 de la Constitución Política.

La *cuarta* norma que estudió el Consejo de Estado fue el inciso final del artículo 4 del Decreto 92 de 2017, el cual hace referencia a la posibilidad de contratar directamente cuando el objeto del contrato esté relacionado con actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que únicamente pueden ejecutar determinadas personas jurídicas o naturales[[15]](#footnote-15). Para la Sala, esta norma vulnera el principio de igualdad, por establecer un privilegio para determinadas personas jurídicas o naturales que ejecutaran únicamente las actividades allí previstas, contratándolas sin realizar un proceso competitivo. El Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos:

Puestas así las cosas, el despacho no encuentra motivo alguno para que se prescinda del proceso de selección cuando se identifique que el programa o actividad de interés público es ofrecido por más de una persona –natural o jurídica– simple y llanamente porque el objeto del proceso de contratación corresponda a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica. Esta razón, por tanto, es suficiente para concluir que el Gobierno Nacional le otorgó un tratamiento privilegiado a quienes desarrollen tales actividades (artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica) lo cual resulta claramente violatorio de la igualdad que debe gobernar este tipo de procedimientos contractuales. No se entiende, entonces, cuál es la razón para que se le asigne un tratamiento distinto a la contratación con este tipo de actividades (artísticas, culturales, deportivas y de promoción a la diversidad étnica) frente a las actividades de interés público de otra naturaleza.

Por consiguiente, se suspendió provisionalmente el inciso final del artículo 4, por violar el principio de igualdad, por lo tanto la contratación para la ejecución de actividades y programas de interés público debe realizarse a través de un proceso competitivo para escoger a la entidad sin ánimo de lucro.

En consecuencia, hasta tanto se emita una sentencia definitiva en el proceso reseñado, no es posible aplicar el «beneficio» al que se refiere el inciso tercero del artículo 4 del Decreto 92 de 2017. En estos procesos, entonces, se debe acudir a los criterios aplicables a los otros negocios jurídicos que regula el Decreto 92 de 2017, particularmente las exigencias del artículo 2 *ibidem*. Incluso, habría lugar a tener en cuenta las exigencias del inciso 2 del artículo 4 *íbídem*, claro está, siempre que se configuren los supuestos de aplicación de dicha normativa, esto es, siempre que «exist[a] más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad».

Por último, en *quinto* lugar, el Consejo de Estado analizó la solicitud de suspensión del artículo 5 del Decreto 92 de 2017, que reglamenta los convenios de asociación que prevé el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Concluyó que el análisis de esta norma debe realizarse a profundidad para establecer si efectivamente existe una contradicción normativa que implique que se afectó la competencia del legislador, en consecuencia negó la solicitud de suspensión provisional, reservando el análisis sobre la legalidad de dicho artículo a la sentencia.

En este orden de ideas, la contratación con entidades sin ánimo de lucro se sigue rigiendo por el Decreto 92 de 2017, salvo lo que fue objeto de suspensión provisional. Por lo tanto, las entidades públicas que desean celebrar contratos de interés público, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política, deberán contratar con ESAL de reconocida idoneidad, como ya se dijo, realizando un proceso competitivo, y teniendo en cuenta, se insiste, las siguientes características: i) no se debe condicionar el proceso de contratación a la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios; ii) tampoco se debe condicionar a que la contratación con las ESAL garantice la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo; iii) el objeto del contrato debe estar acorde con el plan nacional o seccional de desarrollo; iv) no se puede condicionar únicamente que las actividades o programas correspondan exclusivamente a 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, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, por lo que basta con cumplir el anterior numeral (iii); y v) el contrato no establezca una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la entidad, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato.

Ahora, si se pretende realizar un *convenio de asociación* con ESAL de reconocida idoneidad para el cumplimiento de las funciones que la ley les asigna a las entidades públicas, deberá aplicar lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 92 de 2017.

Para los convenios de asociación, como se dijo, el artículo 5 del citado Decreto establece que el proceso para la selección de la ESAL debe estar sujeto a competencia, salvo en aquellos casos en que una entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio[[16]](#footnote-16), y siempre que la entidad estatal verifique previamente que no existe ninguna otra entidad sin ánimo de lucro que ofrezca aportes iguales o superiores al 30%.

Finalmente, el artículo 9 del Decreto 92 de 2017 exige a las ESAL de reconocida idoneidad estar inscritas en el SECOP para celebrar convenios con las entidades públicas, razón por la que se debe usar únicamente el SECOP II, pues es la única plataforma que por funcionalidad permite el registro de proveedores[[17]](#footnote-17).

1. **Respuesta**

i) ¿cuál es «[…] el procedimiento a agotar para realizar la contratación directa con las entidades sin ánimo de lucro a fecha, ya que solo quedo vigente el artículo 5 del Decreto 92 de 2017, el cual establece que estas entidades deberán aportar como mínimo el 30 % del valor del convenio, para no someterse a proceso competitivo, pero cuál es la modalidad que debemos agotar para contratar en caso que la ESAL no aporte este valor o sea inferior el aporte?»

El Decreto 092 de 2017 aplica para la contratación entre entidades estatales y entidades sin ánimo de lucro, salvo las disposiciones suspendidas provisionalmente. En lo que se refiere al ámbito de aplicación del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, es importante señalar que es diferente respecto de los demás artículos del Decreto, por lo que para este caso en específico hace posible que la celebración de convenios de asociación no esté sometida a procesos competitivos, cuando las entidades sin ánimo de lucro comprometan recursos en dinero propios o provenientes de cooperación internacional para la ejecución de esas actividades en una participación que no sea menor al 30% del valor total del convenio.

Sin embargo, si hay más de una entidad sin ánimo de lucro que ofrezca el compromiso de los recursos en los términos antes descritos, la entidad estatal deberá seleccionar de forma objetiva a la entidad y justificar los criterios para la selección. Presupuesto que aplica igualmente cuando el compromiso en dinero de las entidades sin ánimo de lucro es inferior al 30%.

En estos eventos, las entidades deben seleccionar de forma objetiva a la ESAL. La noción «seleccionar de forma objetiva», contenida en la disposición *sub examine* no puede ser entendida como una remisión a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es a que «la Entidad Estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación». Así lo establece la «Guía para la Contratación con Entidades sin Ánimo de Lucro y de Reconocida Idoneidad», elaborado por esta entidad. Según dicha Guía, la «Entidad Estatal no está obligada a hacer un proceso competitivo, pero debe garantizar que hace una selección objetiva en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación». La entidad puede tomar la decisión de acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o, incluso, al trámite que regula el artículo inciso 2 del artículo 2 del Decreto 92 de 2017.

En suma, de acuerdo con los criterios de la Guía antes mencionada, «[l]as Entidades Estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017». En todo caso, «el proceso competitivo que definan las Entidades Estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas, este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública».

ii) ¿cuál es «[…] el procedimiento para contratar con las ESALES que se encontraban excluidas de adelantar proceso competitivo de acuerdo a lo establecido en el Artículo 4 del Decreto 092 de 2017?»

No es cierto que existieran unas «ESALES […] excluidas de adelantar proceso competitivo de acuerdo a lo establecido en el [inciso tercero del] Artículo 4 del Decreto 092 de 2017», pues esa norma hizo referencia a los procesos en los que «el objeto del proceso de contratación corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana», pero no a «ESALES» propiamente dichas.

Ahora bien, la suspensión del inciso 3 del artículo 4 del Decreto 92 de 2017 tiene como consecuencia que, para los eventos regulados en dicha norma, se debe acudir a los criterios aplicables a los otros negocios jurídicos que regula el Decreto 92 de 2017, particularmente a las exigencias del artículo 2 *ibidem*. Incluso, debe tener en cuenta el trámite que regula el inciso 2 del artículo 4 *íbídem*, siempre que se configuren los supuestos de aplicación de dicha normativa, esto es, siempre que «exist[a] más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad». En tal sentido, la entidad estatal debe configurar un procedimiento competitivo que cumpla con los requisitos anteriores.

iii) «¿[…] si al estar suspendido provisionalmente el Decreto 092 de 2017, el cual reglamenta el Articulo 355 de la Constitución Política de Colombia, a este este articulo (sic) le podemos dar aplicación directa sin reglamentación o en su defecto debemos omitir su aplicación en el proceso de contratación con las ESALES?»

No es cierto que el Decreto 92 de 2017 esté suspendido en su totalidad; lo están algunas de sus disposiciones. Teniendo en cuenta esto y las consideraciones de este concepto, el Decreto mencionado actualmente desarrolla el artículo 355 de la Constitución. Estas dos fuentes constituyen, pues, el marco normativo que regula los *contratos de colaboración*, salvo las disposiciones del decreto que fueron suspendidas por el Consejo de Estado, por lo que es posible su aplicación en los términos desarrollados en las consideraciones.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | David Castellanos Carreño  Contratista |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Contratista |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |

1. Sobre esta norma consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, cuyo radicado es el No. 4201913000008240. [↑](#footnote-ref-1)
2. «Articulo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

   » Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes». [↑](#footnote-ref-2)
3. En el concepto emitido el 5 de febrero de 2019, dentro del radicado No. 2201913000000663, se dijo: «[l]os convenios de asociación del artículo 5 son distintos a los contratos de colaboración del artículo 2 del Decreto 092 de 2017». [↑](#footnote-ref-3)
4. Concepto del 3 de septiembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sobre la naturaleza de los convenios de asociación, se reitera lo expuesto en el concepto del 19 de noviembre de 2019, expedido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-5)
6. El numeral 16.9 de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente determina:

   «16.9 Uniones temporales y consorcios conformados por entidades sin ánimo de lucro

   El Decreto 092 de 2017 no restringe ninguna forma de asociación entre las entidades privadas sin ánimo de lucro, y prevé que los contratos y convenios que regula se sujetarán a las normas generales aplicables al Sistema de Compra Pública, es decir Ley 80 de 1993, salvo lo que de manera expresa esté regulado en dicho Decreto. La Ley 80 de 1993 establece las diferentes formas asociativas que pueden utilizar los proponentes para participar en los Procesos de Contratación. De esta forma, entidades privadas sin ánimo de lucro pueden constituirse como unión temporal o consorcio para efectos de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación». [↑](#footnote-ref-6)
7. Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cfr. Concepto del 21 de agosto de 2019, dictado dentro del radicado No. 2201913000006047. [↑](#footnote-ref-8)
9. Concepto del 24 de febrero de 2005, con radicado No. 1626, C.P. Dra. Gloria Duque Hernández [↑](#footnote-ref-9)
10. Se precisa que la suspensión provisional, de acuerdo con el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, es una medida cautelar que busca proteger y garantizar, de forma provisional, que la norma demandada no genere actos contrarios al ordenamiento jurídico, razón por la cual, para decretarla es necesario que la transgresión de las normas superiores invocadas surja de la comparación entre estas y los actos acusados o del estudio de las pruebas aportadas con la solicitud. [↑](#footnote-ref-10)
11. Decreto 092 de 2017, artículo 1, inciso 2: «Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– para la aplicación del presente decreto». [↑](#footnote-ref-11)
12. Decreto 092 de 2017, artículo 3, inciso 2: «La Entidad Estatal debe definir en los Documentos del Proceso las características que debe acreditar la entidad sin ánimo de lucro. Para el efecto, deberá tomar en consideración las pautas y criterios establecidos en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, la cual deberá tener en cuenta las normas de trasparencia y acceso a la información aplicable a las entidades privadas sin ánimo de lucro que contratan con cargo a recursos de origen público y las mejores prácticas en materia de prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés». [↑](#footnote-ref-12)
13. Decreto 092 de 2017, Artículo 2, literal a: «a) Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previsto en el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo, de acuerdo con el nivel de la Entidad Estatal, con los cuales esta busque exclusivamente promover los derechos de personas en situaciones de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana». [↑](#footnote-ref-13)
14. Decreto 092 de 2017, Artículo 2, literal a: «Que no exista oferta en el mercado de los bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo. En los demás eventos, la Entidad Estatal deberá aplicar la Ley 80 de 1993, sus modificaciones y reglamentos». [↑](#footnote-ref-14)
15. Decreto 092 de 2017, artículo 4: «(…) Las Entidades Estatales no están obligadas a adelantar el proceso competitivo previsto en este artículo cuando el objeto del Proceso de Contratación corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos». [↑](#footnote-ref-15)
16. Decreto 1082, artículo 5: «[…] 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». [↑](#footnote-ref-16)
17. Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra eficiente, Circular externa Única, numeral 1.3: SECOP II: Plataforma transaccional para gestionar en línea todos los Procesos de Contratación, con cuentas para entidades y proveedores; y vista pública para cualquier tercero interesado en hacer seguimiento a la contratación pública. [↑](#footnote-ref-17)