**CONVENIOS DE COLABORACIÓN – Constitución Política artículo 355**

El mismo constituyente habilitó al “Gobierno en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal” a suscribir “contratos” con entidades sin ánimo de lucro (ESAL) para impulsar programas de interés colectivo que estén “acordes” con el plan nacional o seccionales de desarrollo. Así, es fundamental destacar que, a diferencia de la prohibición antes descrita, la cual, se itera, afecta a todas las “ramas u órganos del poder público”, la habilitación conferida se limita, de manera concreta, al gobierno en sus niveles territoriales correspondientes (nacional, departamental, distrital y municipal). Se sigue de lo anterior que uno de los criterios fundamentales para determinar si se está o no en presencia de un convenio de colaboración es el orgánico, en la medida en que sólo las entidades que hacen parte del gobierno, en sus correspondientes niveles territoriales, esto es, nacional, departamental, distrital o municipal, podrán suscribir éste tipo de acuerdos de voluntades.

**CONVENIOS DE COLABORACIÓN – Características**

a) Al ser un convenio no tiene un carácter conmutativo, esto es, no existe un intercambio de prestaciones ni una equivalencia entre las mismas. En efecto, el artículo 2 del Decreto 092 de 2017 expresamente prevé como condición para la celebración de los convenios de colaboración que ellos “no comporte[n] una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta (…) para cumplir con el objeto del contrato”

b) Este tipo de convenios sólo proceden para “impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo”, como lo prevé el artículo 355 de la Constitución Política. c) Se deben suscribir con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, esto es, con aquellas que acrediten experiencia “adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación”, como lo señala el artículo 3 del Decreto 092 de 2017. d) Cuando durante la etapa de planeación de este tipo de convenios se identifique que el programa o actividad acorde al interés público que se requiere desarrollar es ofrecido por más de una ESAL, se deberá adelantar un proceso competitivo para seleccionar a la entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, como lo prevé el artículo 4 del Decreto 092 de 2017. e) En virtud de lo previsto en el artículo 8 del Decreto 092 de 2017, “la contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto”.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Artículo 96 de la Ley 489 de 1998**

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.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN ─ Características**

La primera característica que se resalta de este, artículo es que, (…) los de asociación pueden ser celebrados por entidades estatales, “cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo”.

La segunda característica que se desprende de la regulación citada es que los convenios de asociación se celebran para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales que concurren a su suscripción. La tercera característica que deviene del texto es que el convenio de asociación, al igual que el de colaboración, debe celebrarse con una ESAL de reconocida idoneidad. La cuarta característica que procede resaltar es que, tal y como ocurre con los convenios de colaboración, las normas generales relativas a la contratación pública son de aplicación residual, en tanto devienen procedentes solo para situaciones no reglamentadas en el Decreto 092 de 2017, como lo prevén los artículos 5 y 8 del mismo. Finalmente, la quinta característica que se debe resaltar es que, al igual que en los convenios de colaboración, no hay instrucciones de la entidad estatal, sino mecanismos de coordinación en procura de alcanzar un cometido común.

Bogotá D.C., **03/09/2019 Hora 19:8:0s**

# N° Radicado: 2201913000006530

Señora

Yaneth Alarcón Camargo

**Radicación:** Respuesta a consulta # 4201912000005274

**Temas:** Contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad (ESAL)

**Tipo de asunto consultado:** Aplicación de la Ley 1882 de 2018 Cordial saludo

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – responde su consulta del 5 de agosto de 2019, en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 y numeral 8 del artículo 11 del Decreto 4170 de 2011, en los siguientes términos:

**Problemas planteados**

“Un proceso desarrollado bajo el Decreto 092 de 2017, [¿]le es aplicable lo señalado en la Ley 1882 de 2018?”.

“Cuando en un proceso adelantado bajo lo estipulado en el Decreto 092 de 2017 se solicita como requisito habilitante aportar garantía de seriedad de la oferta y esta no es aportada por los proponentes dentro de su oferta, [¿]se puede dejar subsanar este requisito o se debe rechazar la propuesta conforme lo señalado en la Ley 1882 de 2018?”.

**Consideraciones**

Antes de responder las preguntas formuladas, procede hacer una serie de precisiones en relación con los convenios tanto de colaboración como de asociación. El punto cardinal sobre el cual gravitan los convenios de colaboración es el artículo 355 de la Constitución Política, el cual dispone lo s/te:

*Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.*

***El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal*** *podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia*. (Negrilla fuera de texto)

El constituyente decidió, sin ambages, que ninguna de las “ramas u órganos” del poder público estarían habilitados para otorgar auxilios o donaciones en favor de terceros. Nótese una cuestión de suma importancia, la prohibición establecida es transversal desde una perspectiva orgánica, pues afecta a todas las entidades del Estado, sin importar si hacen parte de la rama ejecutiva, legislativa o judicial, de la organización fiscalizadora o de control (Contraloría General de la República, Auditoría General de la República, Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo), de la organización electoral (Consejo Nacional Electoral y Registraduría Nacional del Estado Civil) o de los órganos autónomos (Banco de la República, Comisión Nacional del Servicio Civil, Corporaciones Autónomas Regionales y Universidades Oficiales).

No obstante, el mismo constituyente habilitó al “*Gobierno en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal*” a suscribir “*contratos*” con entidades sin ánimo de lucro (ESAL) para impulsar programas de interés colectivo que estén “*acordes*” con el plan nacional o seccionales de desarrollo. Así, es fundamental destacar que, a diferencia de la prohibición antes descrita, la cual, se itera, afecta a todas las “*ramas u órganos del poder público*”, la habilitación conferida se limita, de manera concreta, al gobierno en sus niveles territoriales correspondientes (nacional, departamental, distrital y municipal).

Se sigue de lo anterior que uno de los criterios fundamentales para determinar si se está o no en presencia de un convenio de colaboración es el orgánico, en la medida en que sólo las entidades que hacen parte del gobierno, en sus correspondientes niveles territoriales, esto es, nacional, departamental, distrital o municipal, podrán suscribir éste tipo de acuerdos de voluntades. De hecho, valga resaltar, el artículo 2 del Decreto 092 de 2017 sigue este mismo criterio, pues dispone que “*Las Entidades estatales del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal pueden contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en los términos del artículo 355 de la Constitución*”.

Precisado lo anterior, procede destacar algunas características particulares de los convenios de colaboración:

Al ser un convenio no tiene un carácter conmutativo, esto es, no existe un intercambio de prestaciones ni una equivalencia entre las mismas. En efecto, el artículo 2 del Decreto 092 de 2017 expresamente prevé como condición para la celebración de los convenios de colaboración que ellos “*no comporte*[n] *una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta (…) para cumplir con el objeto del contrato*”.

Este tipo de convenios sólo proceden para “*impulsar programas y actividades de interés público* ***acordes*** *con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo*”, como lo prevé el artículo 355 de la Constitución Política. (Negrilla fuera de texto)

Sobre este punto, valga resaltar que en reciente providencia de la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado[[1]](#footnote-1) se suspendió provisionalmente el literal a) del artículo 2 del Decreto 092 de 2017, según el cual la procedencia de los convenios de colaboración está condicionada 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*”.

En efecto, en opinión del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, la norma transcrita “*puede ser violatori*[a] *del artículo 355 de la Constitución Política, pues, en primer lugar, exige que los contratos con las entidades sin ánimo de lucro* ***correspondan directamente*** *a los programas y actividades previstos en los planes de desarrollo y, en segundo lugar, limita el objeto de tales contrataciones a unos objetos específicos (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, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica”), a pesar de que la norma reglamentada en modo alguno establece tal condicionamiento*”. (Negrilla fuera de texto)

Se deben suscribir con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, esto es, con aquellas que acrediten experiencia “*adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación*”, como lo señala el artículo 3 del Decreto 092 de 2017.

Cuando durante la etapa de planeación de este tipo de convenios se identifique que el programa o actividad acorde al interés público que se requiere desarrollar es ofrecido por más de una ESAL, se deberá adelantar un proceso competitivo para seleccionar a la entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, como lo prevé el artículo 4 del Decreto 092 de 2017.

Valga precisar que dicho proceso competitivo se debe adelantar incluso 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*”, pues el inciso final del artículo 4 del Decreto 092 de 2017, norma que autorizaba obviar el mismo, fue suspendido provisionalmente por Subsección A de la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado2.

En virtud de lo previsto en el artículo 8 del Decreto 092 de 2017, “*la contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto*”.

Por su parte, los convenios de asociación están previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, el cual dispone:

“***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*”. (Negrilla fuera de texto)

La primera característica que se resalta de este, artículo es que, a diferencia de lo que sucede con los convenios de colaboración, los de asociación pueden ser celebrados por entidades estatales, “*cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo*”. En consecuencia, y siguiendo la denominación hecha en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dentro de las entidades estatales se encuentran, por ejemplo, el Senado de la República, la Cámara de Representantes, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, entre otras.

La segunda característica que se desprende de la regulación citada es que los convenios de asociación se celebran para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales que concurren a su suscripción.

La tercera característica que deviene del texto es que el convenio de asociación, al igual que el de colaboración, debe celebrarse con una ESAL de reconocida idoneidad.

La cuarta característica que procede resaltar es que, tal y como ocurre con los convenios de colaboración, las normas generales relativas a la contratación pública son de aplicación residual, en tanto devienen procedentes solo para situaciones no reglamentadas en el Decreto 092 de 2017, como lo prevén los artículos 5 y 8 del mismo.

Finalmente, la quinta característica que se debe resaltar es que, al igual que en los convenios de colaboración, no hay instrucciones de la entidad estatal, sino mecanismos de coordinación en procura de alcanzar un cometido común.

Respuesta

En relación con el primer problema planteado, las normas generales del sistema de contratación pública, incluidas las previstas en la Ley 1882 de 2018, son de aplicación residual en la contratación a la que hace referencia el Decreto 092 de 2017, en tanto devienen procedentes solo para situaciones no reglamentadas en dicho decreto.

Respecto del segundo problema planteado, cuando durante la etapa de planeación de los procesos de contratación regidos por el Decreto 092 de 2017 la Entidad Estatal define la necesidad de exigir la(s) garantía(s) reguladas en las normas generales del sistema de contratación pública, entre ellas, la que corresponde a la seriedad de la oferta, se deberá dar aplicación a lo previsto en el parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1882 de 2018.

En consecuencia, la falta de garantía de seriedad de la oferta no es subsanable, por ende constituye causal de rechazo de la propuesta.

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

Atentamente,



Proyectó: Felipe Antonio Hadad Álvarez

1. Expediente 2018-00113-99 (62003) del 6 de agosto de 2019 y ponencia de Martín Bermúdez Muñoz. [↑](#footnote-ref-1)