CCE-DES-FM-17

**DECRETO 092 DE 2017 – Marco general de contratación**

En los términos del Decreto 092 de 2017, las entidades estatales podrán celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro para el desarrollo de los fines planteados en el artículo 355 de la Constitución Política.

**DECRETO 092 DE 2017 – Convenios de asociación – Procesos para su celebración**

De acuerdo con lo expuesto por el artículo quinto del Decreto 092 de 2017, los procesos de contratación para celebrar convenios solidarios con entidades sin ánimo de lucro en el marco del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, podrán adelantarse: i) no haya ESAL que comprometan recursos en un porcentaje igual o superior al treinta por ciento (30%) del valor total del convenio; ii) con exclusión de un proceso competitivo, cuando se presente solo una ESAL dispuesta a comprometer recursos en un porcentaje igual o superior al treinta por ciento (30%) del valor total del convenio; o, iii) a través de un proceso de selección objetiva cuando existan dos o más ESAL dispuestas a comprometer recursos en un porcentaje igual o superior al treinta por ciento (30%) del valor total del convenio.

**DECRETO 092 DE 2017 – Convenios de asociación – Proceso de planeación**

Si bien la norma prevé que en un proceso de selección adelantado en el marco del Decreto 092 de 2017 y en relación con la celebración de convenios solidarios, cuando se presente solo una ESAL que comprometa recursos en un porcentaje igual o superior al treinta por ciento (30%) del valor total del convenio, esta se encontrará excluida del proceso competitivo, la entidad estatal se encuentra obligada a adelantar un proceso de planeación que le permita identificar las características objetivas del sector. Lo anterior, permitirá que la contratante determine si existen más ESAL facultadas para comprometer recursos en el porcentaje antes indicado, sin que esto implique para ella la obligación de adelantar procesos de convocatoria.

**DECRETO 092 de 2017 – ESAL – Obligatoriedad de registro en SECOP II**

«En la actualidad el SECOP I es un módulo meramente informativo que no permite el registro de proveedores de manera virtual, mientras que el SECOP II constituye el módulo correspondiente a ingreso de la información prevista en la normativa general de contratación estatal. Adicionalmente, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en su calidad de administradora del Sistema Electrónico para la Contratación Pública, indicó expresamente a través de la Circular Externa No. 1 de 2019 que los procesos de contratación entre todas las entidades del Estado colombiano y las ESAL deben ser tramitadas a través del SECOP II, empleando para tal fin el módulo de régimen especial».

Bogotá D.C., **30/11/2020 Hora 12:54:33s**

**N° Radicado: 2202013000011802**

Señor

**William Alexander Silva Pineda**

Armenia, Quindío

**Concepto C – 670 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | DECRETO 092 DE 2017 – Marco general de contratación / DECRETO 092 DE 2017 – Convenios de asociación – Procesos para su celebración / DECRETO 092 DE 2017 – Convenios de asociación – Proceso de planeación / DECRETO 092 de 2017 – ESAL – Obligatoriedad de registro en SECOP II.  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta 4202013000009495. |
|  |  |

Estimado señor Silva:

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 24 de marzo de 2020.

1. **Problemas planteados**

Conforme a la consulta por usted elevada, se interpreta que sus preguntas son las siguientes: con base en el Decreto 092 de 2017 y teniendo en cuenta que este se encuentra parcialmente suspendido, «Si una ESAL compromete el recurso mayor a un 30% del valor del convenio, ¿se hace necesario adelantar convocatoria para determinar si más ESAL comprometen dicho recurso? […] ¿Cuál es el fundamento normativo que me obliga a adelantar el proceso por SECOP II, máxime si la entidad no está obligada a utilizar SECOP II?».

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre los alcances del Decreto 092 de 2017, los efectos de su suspensión provisional parcial y acerca del Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP. Para tal efecto, resulta pertinente acudir a los conceptos números 2201913000005381 del 09 de agosto de 2019; 4201913000005551 del 15 agosto de 2019; 2201912000005823 del 27 de agosto de 2019; 1201913000001574 del 19 de noviembre de 2019; 4201912000007050 del 12 de diciembre de 2019; C–223 de 2020; C–575 de 2020 y C–575 de 2020. Las tesis propuestas se exponen a continuación.

* 1. **Marco normativo**

De conformidad con los artículos 209 y 355 de la Constitución Política, la Ley 489 de 1998 determinó en su artículo 96 que:

[…] las entidades estatales podrán […] 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.

 Por su parte, como reglamentación de las normas generales antes mencionadas, el Decreto 092 de 2017 dispuso que los convenios de asociación pueden ser celebrados con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, indicando los requisitos para su suscripción. Así, dentro de las características específicas de este tipo especial de contratación se encuentran previstos tres escenarios: en primer lugar, se enmarcan los casos en que, dentro de un sector específico, se presente una o más ESAL que no comprometan recursos iguales o superiores al treinta por ciento (30%) del valor total del contrato, caso en el cual deberá adelantarse un proceso competitivo para la selección del proponente; en segundo lugar, se encuentran los procesos en que, dentro del sector específico, se presente solo una ESAL que comprometa recursos en un porcentaje igual o superior al treinta por ciento (30%) del valor del contrato, caso en el cual no será necesario adelantar un proceso competitivo; y, iii) en tercer lugar, se encuentran los casos en que se presenten dos o más ESAL que comprometan recursos equivalentes al treinta por ciento (30%) o más del valor total del contrato, circunstancia en que la entidad estatal deberá adelantar un proceso que permita garantizar la selección objetiva entre los proponentes y, en todo caso, deberá justificar su selección.

* 1. **Proceso de selección para pluralidad de ESAL que comprometan, como mínimo, recursos equivalentes al treinta por ciento (30%) del valor total del contrato**

En términos generales, el Decreto 092 de 2017 determinó que, de acuerdo con el artículo 355 de la Constitución Política, la contratación con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad debe adelantarse en el marco de un proceso competitivo[[1]](#footnote-1), señalando como uno de los tipos contractuales permitidos el convenio de asociación.

Como se mencionó anteriormente, uno de los escenarios en que las entidades estatales pueden celebrar convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro, en el marco de lo dispuesto por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, se configura en los casos en que, en el estudio del sector, se evidencia una única entidad que decide aportar recursos equivalentes al treinta por ciento (30%) o más del valor total del contrato, bien sea comprometiendo dineros propios o provenientes de acuerdos de cooperación internacional. En estos casos excepcionales, la norma dispone que la respectiva ESAL se encontrará excluida del proceso competitivo; no obstante, como lo ha indicado esta Agencia, la entidad estatal deberá «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»[[2]](#footnote-2).

Para esta circunstancia, en relación con la consulta planteada, debe indicarse que de la interpretación de la norma no se colige que la entidad estatal deba efectuar una convocatoria para determinar si existen más ESAL interesadas en igualar el porcentaje ya propuesto. No obstante, el Estatuto General de Contratación Pública determina que las entidades estatales se encuentran obligadas a realizar un proceso de planeación que permita determinar las características esenciales de un futuro contrato, la necesidad respecto a su celebración y la identificación del sector. De esta manera, en concordancia con el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del Decreto 1082 de 2015, se reitera lo expresado por Colombia Compra Eficiente en el Concepto C-223 de 2020, sobre el estudio del sector que debe llevarse a cabo para celebrar los contratos regulados en el Decreto 092 de 2017. Al respecto esta Subdirección indicó:

[…] la entidad debe realizar el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del proceso de contratación, sin que sea relevante la modalidad de selección. Hacer un análisis desde la perspectiva legal implica la revisión de la regulación vigente para el mercado dentro del que se encuentra el objeto del contrato. La perspectiva comercial hace referencia a analizar quiénes pueden ofrecer el bien o servicio que se quiere contratar, cuáles son sus condiciones, si tienen condiciones especiales que sean relevantes para determinar los requisitos habilitantes, entre otros […][[3]](#footnote-3).

Lo anterior genera una oportunidad para que la entidad estatal pueda verificar la capacidad financiera y técnica de las ESAL pertenecientes al sector relativo al objeto del contrato, identificando de esta manera si existe otra u otras ESAL que puedan comprometer recursos en el referido porcentaje, sin que esto implique una obligación a cargo de la entidad de realizar una convocatoria.

En otras palabras, para celebrar los convenios regulados en el Decreto 092 de 2017 –incluidos los convenios de asociación previstos en el artículo 5 de dicho reglamento–, las entidades estatales deben garantizar el principio de planeación, realizando los estudios previos que permitan concretar la mejor forma de satisfacer la necesidad contractual.

Dentro de los estudios previos, las entidades estatales deben efectuar el correspondiente análisis del sector, para verificar si dentro del mercado existen o no varias ESAL que puedan hacer un aporte mínimo del 30% del valor total del convenio a celebrar. Dicho de otra forma, el estudio del sector permite a las entidades estatales decidir si optan o no por un proceso competitivo, en los términos del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. Lo anterior, por cuanto esta disposición normativa establece que, si hay solo una ESAL que comprometa recursos por el porcentaje indicado, la entidad estatal puede celebrar con ella directamente el convenio de asociación, pero, si hay más de una ESAL que esté en capacidad de efectuar dicho aporte, la entidad pública debe seleccionarla de manera objetiva.

Sin embargo, como se indicó en este numeral, para la constatación de la existencia de una o varias ESAL que puedan comprometer en dinero recursos por un porcentaje mínimo del 30% del valor del contrato, las entidades estatales no están obligadas a realizar una convocatoria pública. Esto no lo exige el Decreto 092 de 2017. Basta con que en la fase del estudio del sector hagan un adecuado análisis sobre la composición del mercado en este ámbito, para lo cual pueden servirse de herramientas como la solicitud de cotizaciones, el análisis comparativo de bases de datos, el estudio histórico de la oferta de bienes y servicios, entre otras metodologías.

* 1. **Obligatoriedad de uso del SECOP II para entidades sin ánimo de lucro que contraten en el marco del Decreto 092 de 2017.**

Con respecto a la suspensión provisional del Decreto 092 de 2017, debe tomarse en consideración que no todas sus disposiciones se encuentran afectadas por la medida cautelar decretada por el Consejo de Estado en virtud del medio de control de nulidad interpuesta en su contra. Para tal efecto, es procedente remitirse a lo indicado por esta Agencia en diversas oportunidades[[4]](#footnote-4) por lo que «se aclara que la solicitud de suspensión provisional no se realizó sobre el Decreto 092 de 2017 en su totalidad, sino solo sobre unas normas específicas»[[5]](#footnote-5).

Así, se precisa que la medida cautelar de suspensión provisional recae únicamente sobre el último inciso del artículo primero, los literales a, c y e y el inciso primero del artículo segundo, el último inciso del artículo tercero y el inciso tercero del artículo cuarto del Decreto 092 de 2017. Por este motivo es posible concluir que, aunque el referido decreto se encuentra demandado integralmente, sus artículos séptimo y noveno, referentes a la obligación de registro y tramitación en el Sistema Electrónico Para la Contratación Pública – SECOP, se encuentran vigentes y son plenamente aplicables.

En cuanto al mencionado sistema, cabe resaltar que a través del artículo tercero de la Ley 1150 de 2007 se autorizó la creación del Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP, cuya finalidad, entre otras, es la de ofrecer publicidad y transparencia a todos los contratos en los que participe una entidad estatal. Por su parte, la Ley 1150 ha sido desarrollada por la Ley 1712 de 2014, el Decreto 4170 de 2011, el Decreto 1082 de 2015 y el Decreto 1083 de 2015, normas que determinan que, entre otros, cualquier entidad que maneje recursos públicos, incluidos contratistas, deben registrar su información en el referido sistema.

Teniendo en cuenta que, en virtud de la normativa citada, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente tiene a su cargo la administración del SECOP, esta entidad ha desarrollado dos módulos, a saber: SECOP I y SECOP II, determinando, como ha sido expuesto por la doctrina de la entidad, que

[…] El SECOP II es una plataforma transaccional, que permite gestionar en línea todos los procedimientos de contratación, con cuentas y usuarios asociados a estas, para las entidades y los proveedores, y vista pública para cualquier interesado en hacer seguimiento a la contratación pública. Desde sus cuentas, las entidades crean, evalúan y adjudican procedimientos de contratación, y gestionan la fase de ejecución del contrato. Los proveedores pueden hacer comentarios a los documentos del procedimiento, presentar ofertas y seguir el procedimiento de selección en línea[[6]](#footnote-6).

Ahora bien, respecto a la consulta en concreto, el Decreto 092 de 2017 prevé expresamente que «las entidades sin ánimo de lucro deberán estar registradas en el SECOP, el cual será el medio para acreditar los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo definidos por las Entidades Estatales»[[7]](#footnote-7). De conformidad con lo indicado, cabe resaltar que en la actualidad el SECOP I es un módulo meramente informativo, que no permite el registro de proveedores de manera virtual, mientras que el SECOP II constituye el módulo correspondiente a ingreso de la información prevista en la generalidad de normativa referente a contratación estatal.

Por tal razón, se puede inferir que el Decreto 092 de 2017 obliga al registro de información de las ESAL en el SECOP II. Sin embargo, es necesario destacar que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en su calidad de administradora del Sistema Electrónico para la Contratación Pública, indicó en su Circular Externa No. 1 de 2019 el alcance de la obligatoriedad del SECOP II para el año 2020, previendo expresamente que «Todas las entidades del Estado colombiano deberán gestionar en SECOP II los procesos de contratación con ESALES (Decreto 092 de 2017) para lo cual encontrarán habilitado el módulo de régimen especial del SECOP II»[[8]](#footnote-8).

1. **Respuesta**

«¿Si una ESAL compromete el recurso mayor a un 30% del valor del convenio, ¿se hace necesario adelantar convocatoria para determinar si más ESAL comrpmeten dicho recurso? […] ¿Cuál es el fundamento normativo que me obliga a adelantar el proceso por SECOP II, máxime si la entidad no está obligada a utilzar SECOP II?»?

Las entidades estatales se encuentran facultadas para celebrar contratos, entre estos, convenios de asociación, con entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política, la Ley 489 de 1998 y el Decreto 092 de 2017. Para tal efecto, por regla general, la entidad estatal debe realizar un proceso competitivo. Sin embargo, si en la etapa de planeación se observa que hay una única ESAL que podría comprometer recursos equivalentes al treinta por ciento (30%) o más del valor total del contrato, la entidad estatal quedará exonerada de adelantar el proceso competitivo.

No obstante, en virtud de la normativa general de contratación, las entidades estatales se encuentran obligadas a realizar una etapa de planeación que permita determinar las características esenciales de un futuro contrato a través de un proceso de planeación integral que, entre otros, posibilite analizar a los sujetos que se encuentran en capacidad de ofrecer el bien o servicio, dentro del sector relativo al objeto del contrato. Lo anterior permite que la entidad pueda analizar, financiera y técnicamente las ESAL pertenecientes a este sector, sin que esto implique una obligación a cargo de la entidad de realizar una convocatoria en este sentido.

Ahora bien, en cuanto a la obligación que les asiste tanto a entidades estatales como a ESAL de adelantar el proceso contractual a través del SECOP II, se reitera que, en la actualidad, el SECOP I es un módulo meramente informativo que no permite el registro de proveedores de manera virtual, mientras que el SECOP II constituye el módulo correspondiente a ingreso de la información prevista en la normativa general de contratación estatal. Adicionalmente, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en su calidad de administradora del Sistema Electrónico para la Contratación Pública, indicó expresamente a través de la Circular Externa No. 1 de 2019 que los procesos de contratación entre todas las entidades del Estado colombiano y las ESAL deben ser tramitadas a través del SECOP II, empleando para tal fin el módulo de régimen especial.

De esta manera, atendiendo a lo dispuesto en los artículos séptimo y noveno del Decreto 092 de 2017 en consonancia con las directrices impartidas a través de la Circular Externa No. 1 de 2019, se concluye que los procesos precontractuales y contractuales surgidos en virtud del Decreto 092 de 2017 deben tramitarse a través de la plataforma SECOP II.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Guillermo Escolar FlórezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |

1. Decreto 092 de 2017, artículos segundo y cuarto. [↑](#footnote-ref-1)
2. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido dentro de la consulta identificada con el radicado número 1201913000001574. [↑](#footnote-ref-2)
3. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, Concepto C – 223 de 2020. [↑](#footnote-ref-3)
4. Para tal efecto, es posible remitirse, entre otros, a los conceptos números 2201913000005381 del 09 de agosto de 2019; 4201913000005551 del 15 agosto de 2019; 2201912000005823 del 27 de agosto de 2019 y 4201912000007050 del 12 de diciembre de 2019. [↑](#footnote-ref-4)
5. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, Concepto de 12 de diciembre de 2019, proferido en el marco de la consulta radicada con el número 4201912000007050. [↑](#footnote-ref-5)
6. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, Concepto C – 575 de 2020. [↑](#footnote-ref-6)
7. Decreto 092 de 2017, Artículo noveno. [↑](#footnote-ref-7)
8. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, Circular Externa No. 1 de 2019. [↑](#footnote-ref-8)