**CCE-DES-FM-17**

**DECRETO 092 DE 2017 – Artículo 355 ― Constitución Política ― Convenios de asociación ― Artículo 96 – Ley 489 de 1998**

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

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN ― Concepto ― Artículo 5 ― Decreto 092 de 2017**

Tales convenios «[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».

En estos convenios existen aportes dirigidos, especialmente, a lograr la ejecución del convenio. De todos modos, la entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Además, es importante resaltar que el convenio de asociación no es conmutativo y, por tanto, la entidad estatal no instruye al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes.

**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 – Aporte de ESAL – Mecanismo de recaudo**

En virtud del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, las entidades contratantes pueden definir, en ejercicio de su discrecionalidad, de modo autónomo los instrumentos a través de los cuales la ESAL debe realizar los aportes de recursos en dinero y que serán aportados para la ejecución de las actividades del convenio de asociación. A título ilustrativo, en la «Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad», elaborada por Colombia Compra Eficiente, se establece que «[…] la exigencia de recursos en dinero se puede cumplir con instrumentos financieros, jurídicos y contables que sean transables y que tengan liquidez suficiente para ser equivalentes al dinero». De todos modos, se insiste, la entidad contratante puede definir el mecanismo que le parezca más conveniente para el recaudo de los recursos económicos que debe aportar la ESAL. Tal libertad de configuración se justifica, por un lado, en la ejecución efectiva del convenio de asociación y, por el otro, en la ausencia de regulación de dicho tema en el Decreto 092 de 2017.

Bogotá D.C., **23/12/2020 Hora 15:23:5s**

**N° Radicado: 2202013000012076**

Señora

**Jessica García Ruiz**

Bogotá D.C.

**Concepto C- 749 de 2020**

**Temas**: DECRETO 092 DE 2017– Artículo 355 – Constitución Política – Convenios de Asociación – Artículo 96 – Ley 489 de 1998 / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Concepto – artículo 5 – Decreto 092 de 2017 / ESAL – Decreto 092 de 2017 – Criterios – Aplicación / CONVENIOS DE ASOACIACIÓN – Aporte de ESAL – Mecanismo de recaudo.

**Radicación**: Respuesta a consulta 4202012000010180

Estimada señora García Ruiz,

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 9 de noviembre de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas:

«1. ¿Cuáles son los instrumentos financieros, jurídicos y contables transables en dinero que menciona la guía y que permite a las entidades estatales verificar que la ESAL cuenta con los recursos que ha manifestado en su propuesta comprometer para la ejecución del convenio?

«2. ¿Es posible que la ESAL pruebe que cuenta con los recursos mediante los extractos bancarios o con una certificación del revisor fiscal que certifique que cuentan con los recursos a los que se comprometen?

«3. ¿Es suficiente con la carta de oferta suscrita por el representante legal de la ESAL que fue valorada por la entidad estatal como idónea, donde se comprometa a aportar en dinero los recursos?».

**2. Consideraciones**

Para responder sus preguntas, se estudiarán los siguientes tópicos: i) contratación con ESAL y ii) naturaleza de los convenios de asociación, desarrollados por el artículo 5 del Decreto 092 de 2017.

**2.1. Contratación con ESAL y convenios de asociación**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado 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-081 del 3 de marzo de 2020, C-070  del 4 de marzo de 2020, C-094 del 4 de marzo de 2020, C-228 del 17 de marzo de 2020, C-416 del 3 de julio de 2020 y C-498 del 27 de julio de 2020 ─radicados Nos. 2202013000001573, 4202012000000478, 4202013000000755, 2202013000002007, 2202013000005738 y 2202013000006690─. 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, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998[[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.

Parte del desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política se produjo a través del Decreto 092 de 2017, el cual tiene como objeto establecer la forma en que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal deben contratar con ESAL, con la finalidad de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo. En este orden de ideas, es importante resaltar que el factor que determina la aplicación del Decreto 92 de 2017 no es única y exclusivamente el carácter de las ESAL sino, también, el objeto del convenio que la entidad estatal pretende adelantar. Por tanto, el hecho de que se trate de una ESAL no implica que, necesariamente, deba celebrarse un contrato de colaboración o un convenio de asociación, en los términos del referido decreto.

En dicho Decreto 092 de 2017 se prevén 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 de 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 2 del Decreto 092 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 092 de 2017[[3]](#footnote-3).

De conformidad con el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, los *convenios de asociación* pueden ser celebrados por cualquier entidad estatal «cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo». Tales convenios«[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).

La contratación con entidades sin ánimo de lucro se sigue rigiendo por el Decreto 092 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, deben 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. De igual forma, 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. 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.

Entonces, en estos convenios existen aportes dirigidos, especialmente, a lograr la ejecución del convenio. De todos modos, la entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Además, es importante resaltar que el convenio de asociación no es conmutativo y, por tanto, la entidad estatal no instruye al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes.

**2.2. Naturaleza de los convenios de asociación, desarrollados por el artículo 5 del Decreto 092 de 2017**

El artículo 5 del mencionado Decreto indica que los convenios de asociación que celebren las ESAL y las entidades estatales, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la ley a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no estarán sujetos a competencia cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Es decir, según la normativa aplicable, y tal como lo indicó esta Agencia, en la «Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad», el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 «[…] busca reconocer el esfuerzo de la ESAL para conseguir recursos propios o de cooperación para el desarrollo conjunto de actividades de las Entidades Estatales en el marco del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y eximirla de competencia cuando aporta 30% o más de los recursos requeridos».

Sin embargo, según el mismo artículo 5, si hay más de una ESAL que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por ley a una entidad estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, esta última debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección. En este evento, 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. En cualquier caso, la Entidad Estatal no está obligada a estructurar y desarrollar un procedimiento de selección competitivo, pero debe garantizar que hace una selección objetiva en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación.

De este modo, en estos convenios de asociación 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. Y, de todos modos, la entidad debe 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 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. En otras palabras, 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», en tal caso las entidades estatales deben asegurarse de que su contratista, es decir, la ESAL, aporte al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente.

Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 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»[[5]](#footnote-5).

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, por lo que los criterios que permitan una selección objetiva deben definirse en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad puede decidir acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el EGCAP o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 92 de 2017.

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.

En suma, para la celebración de *convenios de asociación*, las entidades estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. Ya que pueden definir libre y autónomamente el mecanismo de recolección de los recursos en dinero que la ESAL aportará para la ejecución de las actividades del convenio de asociación, Colombia Compra Eficiente, elaboró una guía a título ilustrativo, denominada «Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad», en la que se establece: «[…] la exigencia de recursos en dinero se puede cumplir con instrumentos financieros, jurídicos y contables que sean transables y que tengan liquidez suficiente para ser equivalentes al dinero». Sin embargo, debe insistirse en que la entidad será autónoma en definir el mecanismo que le parezca más conveniente para el recaudo de los recursos económicos.

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.

**3. Respuesta**

«1 ¿Cuáles son los instrumentos financieros, jurídicos y contables transables en dinero que menciona la guía y que permite a las entidades estatales verificar que la ESAL cuenta con los recursos que ha manifestado en su propuesta comprometer para la ejecución del convenio?»

«2 ¿Es posible que la ESAL pruebe que cuenta con los recursos mediante los extractos bancarios o con una certificación del revisor fiscal que certifique que cuentan con los recursos a los que se comprometen?»

«3 ¿Es suficiente con la carta de oferta suscrita por el representante legal de la ESAL que fue valorada por la entidad estatal como idónea, donde se comprometa a aportar en dinero los recursos?».

En virtud del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, las entidades contratantes pueden definir, en ejercicio de su discrecionalidad, de modo autónomo los instrumentos a través de los cuales la ESAL debe realizar los aportes de recursos en dinero y que serán aportados para la ejecución de las actividades del convenio de asociación. A título ilustrativo, en la «Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad», elaborada por Colombia Compra Eficiente, se establece que «[…] la exigencia de recursos en dinero se puede cumplir con instrumentos financieros, jurídicos y contables que sean transables y que tengan liquidez suficiente para ser equivalentes al dinero». De todos modos, se insiste, la entidad contratante puede definir, en ejercicio de su discrecionalidad, el mecanismo que le parezca más conveniente para el recaudo de los recursos en dinero que debe aportar la ESAL.

Dicha libertad de configuración se justifica en la ejecución efectiva del convenio de asociación y, por el otro en la ausencia de regulación por parte del Decreto 092 de 2017. De igual manera debe incluirse la regulación otorgada por el artículo 40 de la Ley 80 de 1993[[6]](#footnote-6), que establece autonomía en los instrumentos financieros idóneos para comprobar el aporte que se realice por parte de la ESAL.

En los términos del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en estos convenios deben determinarse con precisión temas como el objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes. Entre estos elementos se resalta la exigencia de aportes, que debe interpretarse en el sentido de que las ESAL deben realizar aportes a los convenios que suscriban, los cuales pueden ser en dinero, en porcentajes inferiores o superiores al 30% –según el caso–, o en especie, pero que debe servir para que se desarrollen los objetivos comunes en la asociación.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Camilo Perdomo Villamil  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro  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. Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-5)
6. «Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

   «Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

   «En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración […]». [↑](#footnote-ref-6)