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 «tienen 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 092 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.

**SUBVENCIONES CULTURALES – Tipología – Ley 397 de 1997**

Existen figuras constitucionales autónomas para que el Estado conceda subvenciones. Para efectos del asunto tratado vale la pena analizar las enunciadas por la Corte Constitucional: i) «contratos del artículo 355 superior» y el «ii) auxilios derivados de una autorización constitucional expresa».

[…]

[…] i) las subvenciones a las manifestaciones artísticas están autorizadas por el artículo 71 de la Constitución Política y la Ley 397 de 1997. Los entes encargados del fomento, es decir, el Ministerio de Cultura y las entidades territoriales, pueden conceder estímulos sin que medie un negocio jurídico. No obstante, las entidades también tienen la facultad de celebrar contratos o convenios de los previstos en los Decretos 393 y 591 de 1991, u otros vínculos que resulten pertinentes; ii) los estímulos del artículo 71 constitucional son diferentes a los contratos autorizados por el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política. Los incentivos culturales tienen una regulación especial y diferente a la de otras subvenciones, por ello, para entregar el estímulo a la manifestación artística no es obligatorio suscribir contratos de los que trata el artículo 355, aunque es posible suscribir un contrato.



Señor

**Jorge Enrique Parra Agudelo**

Barrancabermeja, Santander

 **Concepto C – 057 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **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 / FONDOS MIXTOS PARA LA PROMOCIÓN DE LA CULTURA Y LAS ARTES – Tipología – Ley 397 de 1997 |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210127000637 |

Estimado señor Parra,

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 27 de enero del año 2021.

**1. Problema planteado**

Usted formuló las siguientes preguntas: «1.-¿Cuales son los requisitos o parámetros que se deben tener en cuenta para suscripción de convenios entre entidades territoriales con entidades sin animo de lucro? 2.-¿Puede una entidad con animo de lucro suscribir un convenio con presupuesto con una entidad territorial? 3.-¿En un convenio, hasta que porcentaje del valor total de convenio puede tener ítems de bienes y servicios como son: transporte, alimentación, hidratación, tarima, sonido, entre otros? 4.-¿Pueden otorgarse incentivos económicos en los convenios que estén enmarcados con la ley 397 de 1997 "Por la cual se desarrollan los Artículos 70, 71 y 72 y demás Artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias"? 5.-¿En los convenios que están dirigidos aunar esfuerzos para las víctimas del conflicto armado, se puede otorgar incentivos económicos a las victimas?».

**2. Consideraciones**

Para resolver la presente consulta se analizarán los siguientes temas: i) la contratación con ESAL y convenios de asociación, ii) la naturaleza de los convenios de asociación, desarrollados por el artículo 5 del Decreto 092 de 2017, iii) las convocatorias culturales y su diferencia con el sistema de compras y contratación pública, y iv) la asistencia humanitaria a las víctimas del conflicto armado.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en los conceptos con radicado No. C-070 del 4 de marzo de 2020, reiterado y desarrollado en los conceptos identificados con radicado No. C-081 del 3 de marzo de 2020 y C-094 del 4 de marzo de 2020 , estudió la aplicación del Decreto 092 de 2017; así mismo en los conceptos con radicado interno No. 1201913000001331 del 19 de noviembre de 2019, C-074 del 5 de marzo de 2020 y C-101 del 16 de marzo 2020, se desarrolla la temática de las subvenciones culturales tipificadas en la Ley 397 de 1997; por lo que, en lo pertinente, se reiteran dichas consideraciones.

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

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-2).

Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998[[2]](#footnote-3) permite a las entidades públicas 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 mediante la expedición 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. Así las cosas, es importante resaltar que el factor que determina la aplicación del Decreto 092 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.

El Decreto 092 de 2017 prevé las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. Este 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 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-4).

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-5).

La contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro se sigue rigiendo por el Decreto 092 de 2017, salvo lo que fue objeto de suspensión provisional por parte del Consejo de Estado en el auto del 6 de agosto de 2019, que suspendió provisionalmente varios apartes del decreto indicado[[5]](#footnote-6). En este sentido, esta Agencia en varios conceptos anteriores se pronunció sobre los efectos de dicho auto frente al régimen del Decreto 092 de 2019[[6]](#footnote-7). En armonía con lo anterior, las siguientes son las conclusiones que dedujo esta Agencia a partir del pronunciamiento del Consejo de Estado, tal como se expresa, por ejemplo, en el concepto C-529 del 11 de agosto de 2020:

En este orden de ideas, 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; 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.

De acuerdo con lo anterior es indispensable entender que la principal característica de esta tipología es la ausencia de conmutatividad 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. La finalidad de los aportes en estos convenios está en dirección, 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.

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

El artículo 5 del Decreto 092 de 2017 establece 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, según lo contemplado en 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, 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.

Ahora bien, 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. De todos modos, como se indicó, 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 y no exista otra ESAL que realice el mismo compromiso.

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»[[7]](#footnote-8).

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 092 de 2017.

Debe aclararse que no todas las actividades que las entidades estatales deben desarrollar para alcanzar sus objetivos misionales deben ejecutarse mediante la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación. Debe tenerse en cuenta que lo que determina la aplicación del Decreto 902 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. Además, tienen una autonomía similar para definir el mecanismo de recolección de los recursos en dinero que la ESAL aportará para la ejecución de las actividades del convenio de asociación, en los supuestos en que la celebración del convenio no esté sujeto a competencia, esto es, cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de las actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. En este sentido, 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.

**2.3 Convocatorias culturales y su diferencia con el sistema de compras y contratación pública**

La Constitución Política de 1991, en el artículo 71, dispone que el Estado debe crear y ofrecer incentivos y estímulos a las manifestaciones artísticas, en los siguientes términos:

Artículo 71. La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres. Los planes de desarrollo económico y social incluirán el fomento a las ciencias y, en general, a la cultura. El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades.

Los incentivos culturales son una manera de fomentar las actividades y manifestaciones culturales. Estos estímulos están regulados en la Ley 397 de 1997, «por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura», especialmente en el artículo 18:

Artículo 18. De los estímulos. El Estado, a través del Ministerio de Cultura y las entidades territoriales, establecerá estímulos especiales y promocionará la creación, la actividad artística y cultural, la investigación y el fortalecimiento de las expresiones culturales. Para tal efecto establecerá, entre otros programas, bolsas de trabajo, becas, premios anuales, concursos, festivales, talleres de formación artística, apoyo a personas y grupos dedicados a actividades culturales, ferias, exposiciones, unidades móviles de divulgación cultural, y otorgará incentivos y créditos especiales para artistas sobresalientes, así como para integrantes de las comunidades locales en el campo de la creación, la ejecución, la experimentación, la formación y la investigación a nivel individual y colectivo en cada una de las siguientes expresiones culturales: […]

Las expresiones artísticas objeto de incentivo son: las artes plásticas, musicales, escénicas, audiovisuales y literarias; las expresiones culturales tradicionales, la museología y museografía; además de la historia, antropología, filosofía, arqueología, patrimonio, dramaturgia, crítica y otras expresiones que surjan de la evolución sociocultural. Este artículo se complementa con el 36 de la misma Ley:

Artículo 36. Contratos para el desarrollo de proyectos culturales. Para el cabal cumplimiento de las funciones relativas al fomento y el estímulo a la creación, investigación y a la actividad artística y cultural a que se refiere el Título III, así como las asignadas respecto al patrimonio cultural de la Nación, el Ministerio de Cultura podrá celebrar las modalidades de contratos o convenios previstos en los Decretos 393 y 591 de 1991, con sujeción a los requisitos establecidos en la citada normatividad.

La Constitución y la ley le asignan al Ministerio de Cultura y a las entidades territoriales la competencia de fomentar las artes, en todas sus expresiones[[8]](#footnote-9). Según la Ley 397 de 1997, las entidades que conceden estímulos pueden celebrar los contratos o convenios previstos en los Decretos 393 y 591 de 1991. Sin embargo, no están obligadas a hacerlo, por el contrario, el artículo 18 regula las actividades sujetas a fomento e insta a establecer programas como: «bolsas de trabajo, becas, premios anuales, concursos, festivales, talleres de formación artística, apoyo a personas y grupos dedicados a actividades culturales, ferias, exposiciones, unidades móviles de divulgación cultural y otorgará incentivos y créditos especiales para artistas sobresalientes», sin que sea obligatorio perfeccionar negocios jurídicos para hacer operativos estos programas.

Por lo anterior, el Ministerio de Cultura y las entidades territoriales son las responsables de incentivar las manifestaciones artísticas en el país, mediante la entrega de estímulos, y para ello pueden celebrar o no contratos o convenios, sin que la normativa imponga tal obligación, porque las entidades estatales tienen diferentes mecanismos para entregar subvenciones, lo cual no necesariamente implica suscribir un negocio jurídico, como lo ha expresado la Corte Constitucional, al explicar tres posibilidades independientes: i) contratos de los que trata el inciso segundo del artículo 355 constitucional, ii) derivarse de la intervención del Estado en la economía y orientarse al estímulo de una actividad económica, o iii) derivarse de un precepto constitucional que lo autorice expresamente[[9]](#footnote-10).

Existen figuras constitucionales autónomas para que el Estado conceda subvenciones. Para efectos del asunto tratado vale la pena analizar las enunciadas por la Corte Constitucional: i) «contratos del artículo 355 superior» y el «ii) auxilios derivados de una autorización constitucional expresa».

i) El Estado puede entregar recursos a entidades privadas sin ánimo de lucro que desarrollen actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo. Es precisamente esta circunstancia a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 constitucional. Estos auxilios se concretan mediante la suscripción de un contrato que debe cumplir con lo prescrito en la Constitución y el Decreto 092 de 2017, como se analizó en los acápites anteriores.

Las características de este tipo de auxilios fueron descritos por el Consejo de Estado, de las cuales se resalta que estos contratos solo pueden ser celebrados con entidades sin ánimo de lucro y que el objeto contractual debe estar acorde con el plan de desarrollo respectivo[[10]](#footnote-11).

 ii) Por otra parte, la Constitución autoriza otorgar subvenciones, entre ellas las dispuestas por el artículo 71[[11]](#footnote-12). Estas tienen una regulación propia y, en consecuencia, no se someten a las características de los contratos antes analizados. En este tipo de auxilios el legislador limita claramente las condiciones de asignación, como lo hizo en la ley 397 de 1997, sin que la normativa obligue a entregar los auxilios solamente a entidades privadas sin ánimo de lucro o que sea necesario que los programas incentivados se relacionen con algún plan de desarrollo.

A partir de la lectura de estas normas, el régimen del artículo 71 constitucional y la Ley 397 de 1997 es diferente e independiente del artículo 355 y del Decreto 092 de 2017; sin embargo, no hay impedimento para aplicar coordinadamente ambos regímenes.

De acuerdo con lo expuesto, se pueden destacar las siguientes conclusiones: i) las subvenciones a las manifestaciones artísticas están autorizadas por el artículo 71 de la Constitución Política y la Ley 397 de 1997. Los entes encargados del fomento, es decir, el Ministerio de Cultura y las entidades territoriales, pueden conceder estímulos sin que medie un negocio jurídico. No obstante, las entidades también tienen la facultad de celebrar contratos o convenios de los previstos en los Decretos 393 y 591 de 1991, u otros vínculos que resulten pertinentes; y ii) los estímulos del artículo 71 constitucional son diferentes a los contratos autorizados por el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política, desarrollados en los acápites anteriores. De esta manera, los incentivos culturales tienen una regulación especial y diferente a la de otras subvenciones, por ello, para entregar el estímulo a la manifestación artística no es obligatorio suscribir contratos de los que trata el artículo 355, aunque es posible suscribir un contrato.

**2.4** **Asistencia humanitaria a las víctimas del conflicto armado**

La asistencia humanitaria ha sido entendida como el conjunto de actividades a cargo del Estado dirigidas a proporcionar socorro a las personas desprotegidas en casos de desastres naturales, hambruna, terremotos, epidemias y conflicto armado interno. Si bien el derecho de asistencia es individual, se vulnera o se garantiza generalmente de forma colectiva, razón por la cual ha sido considerado como un derecho de solidaridad de tercera generación, reconocido en distintos instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad y fundamentado en múltiples principios y derechos constitucionales, tales como la figura del Estado social de derecho, el principio de dignidad humana, el derecho a la vida y el derecho al mínimo vital, entre otros.

En Colombia, el régimen jurídico de la asistencia humanitaria a las víctimas, en situaciones de conflicto armado interno, encuentra su regulación tanto en el Derecho Internacional Humanitario –desde los Convenios de Ginebra de 1864, hasta los Convenios de 1949 con sus dos Protocolos adicionales de 1977 y las diversas resoluciones adoptadas por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)– como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en las distintas normas de derecho interno que regulan la materia. Respecto de los conflictos armados no internacionales, el deber del Estado en esta materia puede deducirse del artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra y, en concreto, de la prohibición que el mismo establece de los atentados contra el derecho a la vida, la cual puede vulnerarse por acción o por omisión.

Esto permite afirmar que la asistencia humanitaria es un derecho de las víctimas de los conflictos armados internos que se deriva del derecho a la vida y que, por esta razón, se puede extraer tanto del Derecho Internacional Humanitario como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este contexto, la asistencia humanitaria debe ser entendida como toda ayuda prestada por el Estado o por los organismos internacionales a las víctimas del conflicto armado para la preservación de la vida y de las necesidades básicas. De esta manera, los Estados, como los primeros obligados a asegurar la asistencia humanitaria a las víctimas que se encuentren bajo su jurisdicción, no tienen permitido negarla o impedir la entrega de la misma por cuerpos humanitarios imparciales que la ofrezcan, en virtud del principio de libre acceso a las víctimas. En esta medida, dado que el derecho a la asistencia humanitaria tiene una vinculación directa con otros derechos fundamentales de los individuos como el derecho a la vida, a la salud y a la dignidad humana, puede decirse que el Estado, en últimas, tiene el deber de garantizar el derecho a la vida de quienes han sido víctimas del conflicto armado.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional[[12]](#footnote-13), al sostener que «el derecho a recibir asistencia humanitaria no sólo es acorde con el actual Derecho Internacional en relación con los derechos humanos, sino que es necesario para la realización de los derechos fundamentales como la vida, la salud, la alimentación, la vivienda, entre otros».

De otra parte, el legislador ha incorporado al orden jurídico interno las anteriores disposiciones mediante la creación legal de distintas medidas para asistir humanitariamente a las víctimas del conflicto armado. Así lo ha hecho algunas veces para grupos específicos de víctimas, como es el caso de la población desplazada –Ley 387 de 1997– y otras para el universo de víctimas del conflicto armado, como la Ley 1448 de 2011, ley de víctimas y restitución de tierras, la cual consagró distintas medidas de asistencia en materia judicial, en educación y en salud, y dispuso a su vez medidas de atención como la entrega de ayuda humanitaria[[13]](#footnote-14), y medidas de reparación en favor de las víctimas del conflicto armado interno en los términos del artículo 3 de la misma ley[[14]](#footnote-15). En su artículo 47, la Ley 1448 de 2011, regula en favor de todas las víctimas el derecho a la ayuda humanitaria, de acuerdo con las necesidades inmediatas que guarden relación directa con el hecho victimizante, en los siguientes términos:

Las víctimas de que trata el artículo 3º de la presente ley, recibirán ayuda humanitaria de acuerdo a las necesidades inmediatas que guarden relación directa con el hecho victimizante, con el objetivo de socorrer, asistir, proteger y atender sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica de emergencia, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas, y con enfoque diferencial, en el momento de la violación de los derechos o en el momento en el que las autoridades tengan conocimiento de la misma.

Estas medidas establecidas por el legislador permiten que el Estado garantice la atención de las víctimas del conflicto armado mediante medidas que pretenden reestablecer su estatus de dignidad, disminuido como consecuencia del conflicto. Como se ha establecido de manera precedente, la Constitución autoriza y desarrolla de manera expresa y directa subvenciones, esto es, subsidios o auxilios que se legitiman por sí mismos dentro de un Estado social de derecho, y por lo tanto en el marco de las acciones autorizadas por la misma legislación es factible establecer la posibilidad de la distribución de ayudas de tipo económico, entre otras, a las víctimas del conflicto.

 Como se ha dejado claro, el convenio es una forma de gestión conjunta en la que las entidades estatales logran no solo el cumplimiento de los fines del Estado, sino a su vez, la consecución de objetivos comunes, ya sea asociándose entre sí o entre éstas y particulares. En ese orden de ideas, si bien la ayuda del Estado debe canalizarse mediante las entidades encargadas de establecer los lineamientos de las políticas de restablecimiento de derechos de la población vulnerable, es posible que en virtud de los convenios de asociación con particulares, el estado logre de manera efectiva llegar con su finalidad de reparación a encauzar las actividades destinadas a distribuir las ayudas humanitarias.

# Respuesta

1.-¿Cuales son los requisitos o parámetros que se deben tener en cuenta para suscripción de convenios entre entidades territoriales con entidades sin animo de lucro?

De acuerdo con las consideraciones de este concepto, particularmente los numerales 2.1. y 2.2., los requisitos que se deben cumplir para celebrar convenios entre las entidades estatales, incluyendo las del orden territorial, con las entidades privadas sin ánimo de lucro, están establecidos en el Decreto 092 de 2017, que se debe aplicar teniendo en cuenta el auto de suspensión provisional del 6 de agosto de 2019 de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado –Exp. 62.003. Además, deben tenerse en cuenta las normas en que se fundamenta y remite dicho Decreto, como el artículo 355 Superior, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y la remisión al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

2.-¿ Puede una entidad con animo de lucro suscribir un convenio con presupuesto con una entidad territorial?

La relación propia de los convenios de interés público es el nexo obligacional que se constituye entre las partes –entidad estatal y entidad privada sin ánimo de lucro– para la realización de una actividad o programa de interés público acorde con los planes nacional o seccionales de desarrollo, en virtud del cual cada una se compromete a aportar recursos o actividades tendientes al logro de la finalidad que, en forma mancomunada, se busca alcanzar. Así las cosas, la esencia del convenio es lograr un fin común, el cual en la mayoría de los casos, solo se logra mediante la ejecución de recursos públicos. En consecuencia, sí es posible suscribir convenios con entidades sin ánimo de lucro, en los cuales se ejecute el presuesto de las entidades del Estado. En todo caso, debe destacarse el requisito consistente en que los convenios de que trata el Decreto 092 de 2017 solamente se pueden celebrar con entidades privadas sin ánimo de lucro –ESAL–, por lo que no es posible celebrarlos con personas con ánimo de lucro.

3.-¿En un convenio, hasta que porcentaje del valor total de convenio puede tener ítems de bienes y servicios como son: transporte, alimentación, hidratación, tarima, sonido, entre otros?

La contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política no está encaminada a la adquisición de bienes, servicios o la ejecución de obras, en consecuencia, no puede ser utilizada con ese propósito. En este sentido, la contratación que desarrolla el artículo 355 de la Constitución Política está enfocada a la colaboración conjunta entre el Estado y las ESAL. De esta manera, el Decreto 092 de 2017 prevé las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL, regulando 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.

 De esta manera, estos convenios se establecen en el marco de objetivos convenidos en el acuerdo de voluntades, de manera que para la satisfacción de dichos objetivos y la finalidad central del convenio, es posible acudir a diversos medios, que harán parte del acuerdo de voluntades, entre los cuales se encuentran la utilización de bienes y servicios que es necesario contratar. Esto quiere decir, que si bien la finalidad del convenio no puede ser la adquisición de bienes o servicios por parte de la entidad estatal, es factible que en virtud de los referidos acuerdos de voluntades las partes dispongan de bienes y servicios para el logro de convenio, los cuales deberán ser contratados por alguna de las partes. Por tanto, no sería adecuado establecer un límite en cuanto a la destinación de los recursos para ciertas actividades de orden logístico, en tanto que la disposición de las mismas dependerá exclusivamente de los objetivos que se pretendan alcanzar con la suscripción del convenio entre el Estado y las ESAL, los cuales deben estar enmarcados en un ejercicio de planeación previo que se adelante por parte de la entidad estatal.

4.-¿Pueden otorgarse incentivos económicos en los convenios que estén enmarcados con la ley 397 de 1997 "Por la cual se desarrollan los Artículos 70, 71 y 72 y demás Artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias"?

El Estado puede entregar recursos a entidades privadas sin ánimo de lucro que desarrollen actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo. Es precisamente esta circunstancia a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 constitucional. Así las cosas, las subvenciones a las manifestaciones artísticas están autorizadas por el artículo 71 de la Constitución Política y la Ley 397 de 1997. De esta manera, los entes encargados del fomento, es decir, el Ministerio de Cultura y las entidades territoriales, pueden conceder estímulos sin que medie un negocio jurídico. No obstante, las entidades también tienen la facultad de celebrar contratos o convenios de los previstos en los Decretos 393 y 591 de 1991, u otros vínculos que resulten pertinentes; de manera que los estímulos del artículo 71 constitucional son diferentes a los contratos autorizados por el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política. En armonía con lo anterior, los incentivos culturales tienen una regulación especial y diferente a la de otras subvenciones, por ello, para entregar el estímulo a la manifestación artística no es obligatorio suscribir contratos de los que trata el artículo 355, aunque es posible suscribir un convenio en dichos términos.

5.-¿En los convenios que están dirigidos aunar esfuerzos para las víctimas del conflicto armado, se puede otorgar incentivos económicos a las victimas?».

Los recursos que administra el Estado no pueden ser objeto de donaciones arbitrarias por parte de ninguno de sus agentes, esto en el marco de la Constitución Política, la cual en su artículo 355 prohíbe los auxilios o donaciones. Sin embargo, las donaciones o auxilios solo serán constitucionalmente legítimas si son el resultado del cumplimiento del deber constitucional expreso de adoptar medidas encaminadas a financiar, con bienes o recursos públicos, la satisfacción de derechos constitucionales de grupos o sectores constitucionalmente protegidos o de actividades que deben realizarse por mandato constitucional y que son ejecutadas por particulares que requieren, para satisfacer los fines estatales, de un apoyo o ayuda del Estado. Para que el proceso de asignación de subsidios sea respetuoso de la Constitución, debe estar consagrado en una ley que establezca claramente las condiciones objetivas que van a permitir la selección de los beneficiarios en condiciones de igualdad. Adicionalmente, debe contener garantías suficientes –claridad, publicidad, y recursos– para que tanto su diseño como su implementación, pueda ser efectivamente controvertida por las personas que se consideren afectadas.

Por su parte, la Ley 1448 de 2011, ley de víctimas y de restitución de tierras, consagró distintas medidas de asistencia en materia judicial, en educación y en salud, y dispuso a su vez medidas de atención como la entrega de ayuda humanitaria, y medidas de reparación a favor de las víctimas del conflicto armado interno. De esta forma, dado que los convenios son una forma de gestión conjunta en la que las entidades estatales logran no solo el cumplimiento de los fines del Estado, sino a su vez la consecución de objetivos comunes, ya sea asociándose entre sí o entre éstas y particulares, es posible que en virtud de los convenios de asociación con particulares, el Estado logre de manera efectiva llegar con su finalidad de reparación, y encauzar las actividades destinadas a distribuir las ayudas humanitarias, entre ellas las ayudas económicas.

En todo caso, corresponde a cada entidad estatal definir la viabilidad técnica, financiera y jurídica, de los contratos o convenios que considere procedente celebrar, al igual que el alcance de las obligaciones que se pacten en estos acuerdos de voluntades.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Kamal Abdul Nassar MontoyaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |
| Anexo: | 0 |

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-2)
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-3)
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-4)
4. Concepto del 3 de septiembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-5)
5. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 6 de agosto de 2019. Exp. 62.003. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-6)
6. Entre otros en el concepto C-529 del 11 de agosto de 2020. Los conceptos de la Agencia se pueden consultar en el siguiente link: [http://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos#](http://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos). En particular el concepto indiciado se puede descargar en el siguiente enlace: http://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-529%20de%202020. [↑](#footnote-ref-7)
7. Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-8)
8. Ley 397 de 1997: «Articulo 17. Del fomento. El Estado a través del Ministerio de Cultura y las entidades territoriales, fomentará las artes en todas sus expresiones y las demás manifestaciones simbólicas expresivas, como elementos del diálogo, el intercambio, la participación y como expresión libre y primordial del pensamiento del ser humano que construye en la convivencia pacífica». [↑](#footnote-ref-9)
9. Corte Constitucional. Sentencia C-324 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. «Las subvenciones o los auxilios que otorga el Estado pueden:

»(i) Albergar una finalidad estrictamente altruista y benéfica: Cuando este tipo de auxilio se otorga por mera liberalidad del Estado, se encontrará con que está prohibido por virtud del artículo 355 constitucional, pues debe asumirse que, en países en vía de desarrollo como Colombia, debe privilegiarse el gasto social en concordancia con lo dispuesto en el artículo 350 superior, según el cual el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

»Al respecto, se pronunció esta Corte recientemente en la sentencia C-290 de 2009, en la cual se analizó la constitucionalidad de establecer un subsidio de carácter permanente destinado a los veteranos de las guerras de Corea y del Perú que devenguen pensiones de jubilación inferiores a cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, frente al cual se concluyó que esta clase de subsidios resultaban contrarios a la Constitución, pues tal prestación sería posible, siempre y cuando, respondiese a consideraciones distintas a la mera liberalidad, por ejemplo, al que los veteranos de guerra se encontraran en una situación de extrema pobreza

»De esta forma, la finalidad altruista del auxilio se encuentra autorizada únicamente cuando se dirige a alentar actividades o programas de interés público acordes con el plan de desarrollo y los planes seccionales de desarrollo, a través de entidades sin ánimo de lucro, con las cuales deberá suscribirse, previamente, un contrato. De esta manera se asegura una cierta reciprocidad a favor del Estado.

»(ii) Derivarse de la facultad de intervención del Estado en la economía y, en consecuencia, orientarse al estímulo de una determinada actividad económica; asignación que por mandato expreso del artículo 334 superior debe comportar una contraprestación, es decir, debe implicar un retorno para la sociedad en su conjunto, sin el cual la subvención carece de equidad y de toda justificación.

 »(iii) Derivarse de un precepto constitucional que lo autorice expresamente, en orden a garantizar los derechos fundamentales vía acceso a bienes y servicios por parte de quienes tienen mayores necesidades y menores ingresos, con lo cual se garantiza una contraprestación o beneficio social». [↑](#footnote-ref-10)
10. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de mayo de 2017, radicado 11001-03-06-000-2016-00221-00(2319), C. P. Édgar González López. [↑](#footnote-ref-11)
11. Corte Constitucional. Sentencia C-324 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez: «Finalmente, la Constitución autoriza y desarrolla de manera expresa y directas subvenciones, esto es, subsidios o auxilios que se legitiman por si mismos dentro de un Estado social de derecho, de manera que su objetivo no es otro que acortar las distancias de los sectores más deprimidos de la población frente a aquellos que tienen mayor capacidad económica, lo cual de suyo lleva implícita una contraprestación social; en consecuencia la Carta enlista los siguientes: […]

»Artículo 71, por el cual se autoriza el fomento y creación de incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología;[…]

»En aplicación de los principios de racionalidad e integralidad, se tiene que el lindero entre los auxilios o subsidios creados en desarrollo de la facultad de intervención en la economía que otorga el artículo 334 superior y los que directamente autoriza la Constitución Política -antes enlistados-, y, la restricción que expresamente impone el inciso primero del artículo 355, debe buscarse no a título de excepción de una disposición frente a la otra, sino precisamente, en función de que el auxilio o subsidio, alcance la finalidad para el cual fue creado y reporte un beneficio social, pues de lo contrario, se estaría en el campo de la prohibición de que trata el artículo 355 superior». [↑](#footnote-ref-12)
12. Corte Constitucional. Sentencia C-255 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-13)
13. Artículos 47, 64 y 65 Ley 1448 de 2011. [↑](#footnote-ref-14)
14. «Artículo 3°. Víctimas. Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno». [↑](#footnote-ref-15)