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, la Ley 489 de 1998, en el artículo 96 , 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 estatal.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Concepto – Aportes - Artículo 5 – Decreto 092 de 2017**

Los convenios de asociación «[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley».

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

De conformidad con el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en estos convenios debe determinarse «con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes», elementos dentro de los que 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%, o en especie, los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación.

**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.

**ESAL – Aportes en especie en convenios de asociación**

Cuando el aporte de la ESAL al convenio de asociación, que se realizará con una entidad estatal bajo los términos del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, no sea en dinero sino en especie, esto es, con bienes tangibles e intangibles distintos al dinero o que no sean equivalentes a este, en los términos indicados en el párrafo anterior, no se aplicará la regla que determina que si el aporte de recursos en dinero es igual o superior a un 30% del valor del convenio, este se podrá celebrar de forma directa. De otra parte, si el aporte de la ESAL es en dinero, este aporte podrá tener origen en recursos propios o en recursos de cooperación internacional cuya destinación permita la ejecución y el logro de los objetivos comunes del convenio celebrado con la entidad estatal asociada.

Bogotá, 13 Octubre 2021 

Señora

**Carolina Salas**

Pasto, Nariño

 **Concepto C – 524 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | DECRETO 092 DE 2017– Artículo 355 – Constitución Política – Convenios de Asociación – Artículo 96 – Ley 489 de 1998 / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Concepto – Aportes - artículo 5 – Decreto 092 de 2017 / ESAL – Decreto 092 de 2017 – Criterios – Aplicación / ESAL – Aportes en especie en convenios de asociación |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210901007952 |

Estimada señora Salas,

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 1° de septiembre del año 2021.

**1. Problema planteado**

Usted formuló las siguientes preguntas en relación con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017: «1.-¿Se puede celebrar un convenio con una ESAL que aporta el 30% o más del valor del convenio representados en especie? 2.-¿Se puede celebrar un convenio con una ESAL que aporte más 30% del valor del convenio en efectivo, si dicho aporte proviene de recursos entregados a la ESAL en virtud de una convocatoria de la cual resultó su proyecto ganador?».

**2. Consideraciones**

Para resolver la presente consulta se analizarán los siguientes temas: i) la contratación con Entidades Privadas Sin Ánimo de Lucro –ESAL– y los convenios de asociación, según los artículos 355 de la Constitución Política y 96 de la Ley 489 de 1998 y ii) la naturaleza de los convenios de asociación, desarrollados por el artículo 5 del Decreto 092 de 2017.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad –desde ahora ESAL–, en particular en los Conceptos 4201912000008310 del 26 de diciembre de 2019, 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C-070 04 de marzo de 2020, C-094 del 04 de marzo de 2020, C-086 del 16 de marzo de 2020, C-101 del 16 de marzo de 2020, C-228 del 17 de marzo de 2020, C-014 del 24 de marzo de 2020, C-215 de 31 de marzo de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020, C-416 del 30 junio de 2020, C-447 del 27 de julio de 2020, C-513 del 30 de julio de 2020, C-483 del 06 de agosto de 2020, C-579 del 4 de septiembre de 2020, C-594 del 7 de septiembre de 2020, C-670 del 22 de noviembre de 2020, C-689 del 1 de diciembre de 2020, C-724 de 14 de diciembre de 2020, C-749 del 23 de diciembre de 2020, C-758 del 04 de enero de 2021, C-806 de 8 de febrero de 2021 y C-478 de 8 de septiembre de 2021. 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 C-094 del 4 de marzo de 2020, C-057 de 10 de marzo de 2021 y C-379 de 26 de julio de 2021, entre otros, estudió los convenios de asociación del artículo 5 del del Decreto 092 de 2017; por lo que, en lo pertinente, se reiteran dichas consideraciones.

**2.1. Contratación con ESAL los *contratos de colaboración* y los *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, la Ley 489 de 1998, en el artículo 96[[2]](#footnote-3), 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 estatal.

El Gobierno nacional, en desarrollo del artículo 355 de la Constitución, expidió el Decreto 92 de 2017, que dispone las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos eventos: i) los *contratos de colaboración* o de interés público con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política; y ii) los *convenios de asociación*, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los primeros están regulados en el artículo 2 del Decreto 92 de 2017, mientras que los segundos en los artículos 5, 6, 7 y 8 *ibidem*. Es posible diferenciar, pues, los *convenios de asociación*, regulados en el artículo 5, de los *contratos de colaboración*, establecidos en el artículo 2 del Decreto 92 de 2017[[3]](#footnote-4).

Los *contratos de colaboración* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, acordes con los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio real y directo lo reciben, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 92 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista. En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo; y ii) que no haya una contraprestación directa a favor de la entidad estatal, es decir, que el programa o actividad a desarrollar esté dirigido al beneficio de la población en general, ya que cuando se adquieren bienes o servicios o se ejecutan obras, en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP–. Solo cuando se reúnan estas condiciones, y se cuente con la autorización previa y escrita del representante legal de la entidad estatal, es procedente celebrar contratos de colaboración.

De otro lado, los *convenios de asociación* «[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley»[[4]](#footnote-5).

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

De conformidad con el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en estos convenios debe determinarse «con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes», elementos dentro de los que 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%, o en especie, los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación.

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo, a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, la unión temporal o el consorcio[[5]](#footnote-6). Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales, lo cierto es que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir. Igualmente, atendiendo a que los convenios de asociación «no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos *en dinero* para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio» (cursiva fuera del original), la o las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento del valor del convenio, *en dinero,* para celebrarlo directamente. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 92 de 2017, deben «asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. En caso de que la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse»[[6]](#footnote-7).

La noción «seleccionar de forma objetiva», contenida en el artículo 5 *Ibídem* no puede ser entendida como una remisión total 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, pues goza de discrecionalidad administrativa para diseñar el procedimiento que garantice la selección objetiva de la ESAL.

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, las entidades estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. En todo caso, el proceso competitivo que definan las entidades estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas; este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública.

De otro lado, es importante tener en cuenta que la contratación con ESAL 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[[7]](#footnote-8). 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[[8]](#footnote-9). En armonía con lo anterior, las siguientes son las conclusiones que dedujo esta Agencia a partir del pronunciamiento del Consejo de Estado, en relación con los *contratos de colaboración*, 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 los *contratos de colaboración* 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.

Finalmente, sintetizando lo expresado en relación con los *convenios de* asociación, la finalidad de los aportes a que se hizo referencia en consideraciones previas están dirigidos concretamente 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. Así, si se pretende suscribir un *convenio de asociación* con una ESAL de reconocida idoneidad para el cumplimiento de las funciones que la ley les asigna a las entidades públicas, deben aplicar lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 92 de 2017. Como se estableció *supra*, este artículo establece que el proceso para la escogencia de la ESAL, por regla general, debe estar sujeto a competencia. Esto, salvo en aquellos casos en los que una ESAL manifieste su compromiso de aportar recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio, siempre y cuando no existan otras ESALES que ofrezca aportes en monto igual o superior a dicho porcentaje, pues en este evento también se tendría que realizar un proceso competitivo. Finalmente, dada la regla concreta y específica establecida en la norma, si los aportes no son en dinero, sino en especie, esto es, bienes diferentes o no equivalente al dinero, no se dará aplicación a dicha regla y el proceso de selección será competitivo. Estas últimas consideraciones se profundizarán en el acápite siguiente.

**2.2. Los aportes en los *convenios de asociación* y su incidencia en la forma de selección de la ESAL**

Como se indicó, 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 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. 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»[[9]](#footnote-10).

La noción «seleccionar de forma objetiva», contenida en la disposición *sub examine*, como se explicó,no puede entenderse como una remisión íntegra 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.

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. Además, dichos recursos deberán comprometerse en actividades orientadas a la ejecución de los objetivos comunes de la asociación con la respectiva entidad pública, en los términos del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

En ese contexto, cuando el aporte de la ESAL al convenio de asociación, que se realizará con una entidad estatal bajo los términos del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, no sea en dinero sino en especie, esto es, con bienes tangibles e intangibles distintos al dinero o que no sean equivalentes a este, en los términos indicados en el párrafo anterior, *no* se aplicará la regla que determina que si el aporte de recursos en dinero es igual o superior a un 30% del valor del convenio, este se podrá celebrar de forma directa. De otra parte, si el aporte de la ESAL es en dinero, este aporte podrá tener origen en recursos propios o en recursos de cooperación internacional cuya destinación permita la ejecución y el logro de los objetivos comunes del convenio celebrado con la entidad estatal asociada.

# Respuesta

1.-¿Se puede celebrar un convenio con una ESAL que aporta el 30% o más del valor del convenio representados en especie?

Según las consideraciones expuestas, se considera que sí es posible celebrar un convenio de asociación con una ESAL que realiza aportes en especie, en los términos del artículo 5 del Decreto 092 de 2017 y 96 de la Ley 489 de 1998; pero el convenio de asociación en estos eventos no se podrá celebrar de forma directa, sino que será necesario realizar un proceso competitivo en los términos explicados en las consideraciones.

2.-¿Se puede celebrar un convenio con una ESAL que aporte más 30% del valor del convenio en efectivo, si dicho aporte proviene de recursos entregados a la ESAL en virtud de una convocatoria de la cual resultó su proyecto ganador?

En relación con esta pregunta, debe tenerse en cuenta que el convenio de asociación tiene como finalidad el desarrollo conjunto entre la entidad estatal y la ESAL de actividades relacionadas con cometidos y funciones de la entidad estatal asignadas en la Constitución Política y la Ley. Por lo anterior, resultaría extraño que la ESAL aporte recursos que no son propios ni provengan de cooperación internacional y que hayan sido obtenidos de terceros para otra finalidad y/o que tengan origen en otro negocio jurídico con una finalidad distinta. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes en dinero de la ESAL para celebrar un convenio de asociación, en cualquier porcentaje, deberán provenir de su patrimonio, independientemente de cómo los haya obtenido o provenir de cooperación internacional, pero deberán garantizar, en todo caso, que sean comprometidos en las actividades orientadas a la ejecución de los objetivos comunes de la asociación con la respectiva entidad pública, en los términos del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Felipe Bastidas ParedesContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual ANCP -CCE (E) |
| 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. El numeral 16.9 de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente determina:

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

»El Decreto 092 de 2017 no restringe ninguna forma de asociación entre las entidades privadas sin ánimo de lucro, y prevé que los contratos y convenios que regula se sujetarán a las normas generales aplicables al Sistema de Compra Pública, es decir Ley 80 de 1993, salvo lo que de manera expresa esté regulado en dicho Decreto. La Ley 80 de 1993 establece las diferentes formas asociativas que pueden utilizar los proponentes para participar en los Procesos de Contratación. De esta forma, entidades privadas sin ánimo de lucro pueden constituirse como unión temporal o consorcio para efectos de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación». [↑](#footnote-ref-6)
6. Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-7)
7. 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-8)
8. Entre otros, en los conceptos C-296 de 22 de junio de 2021 y 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-9)
9. Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-10)