**CCE-DES-FM-17**

**CONTRATACIÓN CON ESAL – Artículo 355 – Constitución Política – Convenios de asociación**

[…] El Decreto [092 de 2017] regula dos [2] 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 están previstos en el artículo 5 ibidem. Así, 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.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Noción – Proceso competitivo**

[…] los *convenios de asociación* «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 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 las actuaciones del asociado. 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.

[…]

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», 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 para celebrarlo directamente, ya que de lo contrario deberá celebrarse un proceso competitivo.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Aportes – Cuentas**

[…] la Superintendencia Financiera, de acuerdo con el Concepto 2009036212-001 del 18 de junio de 2009, explica que lo normal es que las cuentas bancarias no se abran más que a nombre de una sola persona. Sin embargo, nada obsta para que la cuenta sea abierta a nombre de dos o más, caso en el cual se presenta el fenómeno de la pluralidad de titulares. Estas cuentas colectivas pueden ser mancomunadas, solidarias o conjuntas. Frente a este tipo de situaciones, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de este concepto, las entidades definirán autónomamente en cada caso concreto si los recursos que estas aporten pueden estar o no en la misma cuenta bancaria donde se encuentran los aportes de la ESAL. Esto último en la medida que, de acuerdo con las competencias asignadas en el Decreto – Ley 4170 de 2011, esta entidad carece de atribuciones para vigilar la gestión contractual de los partícipes del sistema de compras y contratación pública.

Lo normal es que los aportes estén en cuentas diferentes. No obstante, si la entidad estima oportuno que los recursos estén en una cuenta colectiva, deberá analizar –en función de la titularidad de los saldos disponibles– el cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 para acudir al procedimiento no competitivo, y permitirá la pluralidad de oferentes en caso de que no concurran dichos requisitos. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de que se presente alguna irregularidad, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. Lo anterior sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones presupuestales vigentes.



Señora

**Hanny Morales**

Bogotá, D.C.

 **Concepto C – 638 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**   | CONTRATACIÓN CON ESAL – Artículo 355 – Constitución Política – Convenios de asociación / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Noción – Proceso competitivo / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Aportes – Cuentas |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20211102010144 |

Estimada señora Morales:

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, 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, responde su consulta del 2 de noviembre de 2021.

**1.** **Problema planteado**

Usted pregunta lo siguiente: «El artículo 5 de la Ley 092 de 2017 dice "(...) 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. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional. (...)" ¿Estos recursos deben estar en una cuenta bancaria independiente o diferente de la cuenta bancaria donde están los recursos totales de la ESAL?».

**2.** **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados.

Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-1).

Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de que se presenten irregularidades, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. En todo caso, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso puntual objeto de consulta– resolverá la petición conforme a las normas generales en materia de contratación estatal.

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 2201913000008611 del 19 de noviembre de 2019, 4201912000008310 del 26 de diciembre de 2019, 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C-070 del 4 de marzo de 2020, C-094 del 4 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 del 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 6 de agosto de 2020, C-532 del 11 de agosto de 2020, C-515 del 19 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 4 de enero de 2021, C-806 del 8 de febrero de 2021, C-379 del 26 de julio de 2021 y C-560 del 1 de septiembre de 2021. Las tesis propuestas en tales conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente:

**2.1. Contratos del artículo 355 de la Constitución Política y convenios de asociación del artículo 96 de la 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 de derecho privado. 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[[2]](#footnote-2).

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[[3]](#footnote-3).

El Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 355 de la Constitución, expidió el Decreto 092 de 2017, que dispone las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos [2] 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 están previstos en el artículo 5 *ibidem*. Así, 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[[4]](#footnote-4).

De conformidad con el artículo 96 de la Ley 489 de 1996, los *convenios de asociación* pueden ser celebrados por cualquier entidad estatal «cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo», mientras que el artículo 355 Superior establece que los *contratos de colaboración* podrán ser celebrados por «El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal». Respecto de lo que se debe entender por «Gobierno» en esta norma, esta Agencia ha determinado que «la interpretación del artículo 355 de la Carta Política se debe hacer en armonía con su finalidad, esto es, prohibir los auxilios y permitir la ejecución de actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo, a través de la celebración de contratos con ESAL. Esta interpretación finalística supone una lectura de la norma en sentido amplio, es decir, de tal forma que se entienda que todas las entidades que forman parte de la Rama Ejecutiva pueden celebrar contratos con ESAL para la ejecución de actividades de interés público»[[5]](#footnote-5).

Los *contratos de colaboración* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, previstas en 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. Esto 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 el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, la entidad debe adelantar –por regla general– un proceso competitivo para seleccionar la entidad contratista sin ánimo de lucro.

En particular, debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos. Por un lado, que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo. Por otra parte, que no exista 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. Lo anterior teniendo en cuenta 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–. Por ello, 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* «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»[[6]](#footnote-6). 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 las actuaciones del asociado. 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.

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.

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». Dentro de estos elementos resalta la exigencia de aportes, que debe interpretarse en el sentido de que las ESAL deben realizar aportes a los convenios que suscriban. Dichos aportes 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[[7]](#footnote-7). 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», 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 para celebrarlo directamente, ya que de lo contrario deberá celebrarse un proceso competitivo.

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»[[8]](#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 92 de 2017.

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, por lo que este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública.

**2.2. Suspensión provisional de algunas normas del Decreto 092 de 2017**

El Consejo de Estado, en el Auto del 6 de agosto de 2019 de la Sección Tercera, Subsección A –Exp. 62.003–, estudió la solicitud de suspensión provisional[[9]](#footnote-9) del inciso 2 del artículo 1, literales a y c del artículo 2, inciso 5 del artículo 2, inciso 2 del artículo 3, inciso final del artículo 4 y artículo 5 del Decreto 092 de 2017.

La *primera* norma que estudió el Consejo de Estado fue el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 092 de 2017, el cual establece que la interpretación de las expresiones que se encuentran en mayúsculas en el Decreto 092 de 2017 se harían de conformidad con la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública[[10]](#footnote-10). Señaló que esta disposición, así como el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 92 de 2017[[11]](#footnote-11), exceden la potestad reglamentaria, que está exclusivamente asignada al Presidente de la República, toda vez que la esencia de la facultad reglamentaria es de carácter permanente, inalienable, intransferible e irrenunciable, y el Presidente no la puede delegar en una entidad como la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para que a través de una guía reglamente los vacíos de un Decreto. Al respecto, el Consejo de Estado señaló:

En efecto, dejar espacios «vacíos» para que Colombia Compra Eficiente defina el alcance y la interpretación de ciertas expresiones y dicte las «pautas» y «criterios» para desarrollar la materia reglamentada no es otra cosa que delegar la reglamentación, pues materialmente se le encomienda a otra autoridad administrativa la labor de completar el ejercicio reglamentario que hizo el Gobierno Nacional o, cuando menos, se le encomienda la tarea de complementar una reglamentación insuficiente que hizo la autoridad competente, tarea que no puede ser asignada por el Presidente de la República a ningún otro organismo o entidad de la administración (distinto del Gobierno Nacional), puesto que, sin duda, quien estaría concurriendo materialmente en tal caso a reglamentar la norma constitucional sería la autoridad delegataria y no el competente para ello, según lo dispuesto por el constituyente.

En virtud de este análisis, el Consejo de Estado suspendió provisionalmente el inciso 2 del artículo primero y el inciso 2 del artículo 3, lo que significa que los contratos celebrados con entidades sin ánimo de lucro no tienen que aplicar la «Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad», expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública–Colombia Compra Eficiente.

La *segunda* norma que analizó el Consejo de Estado fue el literal a), del artículo 2, del Decreto 092, que establece que únicamente se podrá contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro cuando el objeto corresponda directamente con los planes de desarrollo y busque exclusivamente 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[[12]](#footnote-12). En relación con esta norma, encontró que el literal a) del artículo 2 establece dos condiciones contrarias al artículo 355 de la Constitución Política: primero, que el objeto tenga que estar «directamente» en los planes de desarrollo –nacional o territorial–, cuando la norma constitucional establece que el objeto debe ser «acorde» con el plan nacional o seccional de desarrollo, lo que implica que el objeto del contrato no debe estar explícitamente en el plan de desarrollo, sino que se encuentre en armonía con este. En relación con lo anterior, el auto del Consejo de Estado señaló:

El aparte acusado exige que el objeto del contrato corresponda directamente a los programas contenidos en los diferentes planes de desarrollo, pero ello, así concebido, es propio de los procesos de selección a los que deben someterse los contratos ordinarios de la administración pública; al respecto, recuérdese que los contratos referidos en el mencionado artículo 355 no están sometidos a la lógica de los contratos ordinarios, pues tienen como finalidad impulsar los programas y actividades de interés público que desarrollen las entidades sin ánimo de lucro, para lo cual únicamente se exige que sean acordes con los que, a su vez, estén contemplados en los correspondientes planes de desarrollo.

Así mismo, el Consejo de Estado consideró que el literal a) del artículo 2, al establecer que los programas y actividades de interés público deben buscar la promoción de los derechos de personas en situaciones de debilidad manifiesta o de 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, limita el ámbito de aplicación que establece el artículo 355 de la Constitución Política. Al respecto expresó:

Una limitación del anterior calado implica, sin duda, establecer una condición no prevista en la norma constitucional reglamentada. Esta última solo establece una restricción y es que la «causa» del contrato tenga como finalidad «… impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan de desarrollo», mientras que, por su parte, la norma acusada limita la celebración de tales contratos a que tengan como objeto la promoción de las actividades enunciadas anteriormente [letra a, art. 2 ibidem]. Si la norma constitucional restringe sólo la causa o la finalidad del contrato, quiere decir ello que, independientemente de su objeto, puede celebrarse en cualquier modalidad, siempre y cuando –claro está– su causa sea «acorde» con los planes de desarrollo, que es, en últimas, el propósito de la norma constitucional.

De lo anterior se desprende que el Consejo de Estado suspendió provisionalmente el literal a), por lo cual el objeto de los contratos debe ser acorde con los planes nacionales o seccionales de desarrollo; y no necesariamente estar previstos directamente en ellos, además no solo se pueden celebrar contratos para los objetos específicos señalados en el Decreto 092 de 2017.

En *tercer lugar*, el Consejo de Estado, examinó el literal c) y el inciso 5 del artículo 2 del Decreto[[13]](#footnote-13), señalando que contraría la norma constitucional al condicionar que los contratos solo se pueden celebrar cuando no exista oferta en el mercado, sometiendo su celebración a que, de existir oferta, la contratación con las entidades sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo, toda vez que se desconocería la naturaleza de las entidades sin ánimo de lucro que implica que ellas no participan en el mercado de bienes y servicios de la misma forma que las demás sociedades. En este sentido, el Consejo de Estado manifestó:

El propósito de garantizar la libre competencia en el mercado –como se advierte de la lectura del acto acusado– no se ajusta a la finalidad de la norma constitucional en cita, pues desconoce que las entidades sin ánimo de lucro no participan en el mercado de bienes y servicios como lo hacen las demás y, por la misma razón, no se les pueden aplicar las reglas de selección contenidas en el Estatuto General de la Contratación Pública. Las entidades a las cuales la norma constitucional busca apoyar son entidades que (i) no tienen ánimo de lucro y (ii) desarrollan programas y actividades de interés público con reconocida idoneidad. No son, entonces, entidades creadas para competir en el mercado.

Así las cosas, se suspendió provisionalmente el literal c) y el inciso 5º del artículo 2 del Decreto 092 de 2017, razón por la cual los procesos de contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro no quedan condicionados a la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios, ni a que la ESAL garantice la mejor oferta y la optimización de los recursos públicos. Lo anterior teniendo en cuenta que estas condiciones son propias de la contratación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y no del régimen jurídico especial que establece el artículo 355 de la Constitución Política.

La *cuarta* norma que estudió el Consejo de Estado fue el inciso final del artículo 4 del Decreto 092 de 2017, el cual hace referencia a la posibilidad de contratar directamente cuando el objeto del contrato esté relacionado con actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que únicamente pueden ejecutar determinadas personas jurídicas o naturales[[14]](#footnote-14). Para la Sala, esta norma vulnera el principio de igualdad, por establecer un privilegio para determinadas personas jurídicas o naturales que ejecutarán únicamente las actividades allí previstas, contratándolas sin realizar un proceso competitivo. Por consiguiente, se suspendió provisionalmente el inciso final del artículo 4, por violar el principio de igualdad, por lo tanto, la contratación para la ejecución de actividades y programas de interés público debe realizarse a través de un proceso competitivo para escoger a la entidad sin ánimo de lucro.

En consecuencia, hasta tanto se emita una sentencia definitiva en el proceso reseñado, no es posible aplicar el «beneficio» al que se refiere el inciso tercero del artículo 4 del Decreto 092 de 2017. Por ello, en estos procesos se debe acudir a los criterios aplicables a los otros negocios jurídicos que regula el Decreto 092 de 2017, particularmente las exigencias del artículo 2 *ibidem*. Incluso, habría lugar a tener en cuenta las exigencias del inciso 2 del artículo 4 *íbídem*, claro está, siempre que se configuren los supuestos de aplicación de dicha normativa, esto es, siempre que «exist[a] más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad».

Por último, en *quinto* lugar, el Consejo de Estado analizó la solicitud de suspensión del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, que reglamenta los convenios de asociación que prevé el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Dicha Corporación concluyó que el análisis de esta norma debe realizarse a profundidad para establecer si efectivamente existe una contradicción normativa que implique que se afectó la competencia del legislador, en consecuencia, negó la solicitud de suspensión provisional, reservando el análisis sobre la legalidad de dicho artículo a la sentencia.

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.

Ahora, si se pretende realizar un *convenio de asociación* con 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 092 de 2017. Dicho artículo establece que el proceso para la selección de la ESAL, por regla general, debe estar sujeto a competencia; salvo en aquellos casos en que una entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio[[15]](#footnote-15), y siempre que la entidad estatal verifique previamente que no existe ninguna otra entidad sin ánimo de lucro que ofrezca aportes iguales o superiores al 30%.

De hecho, la norma anteriormente citada no prohíbe la celebración de convenios en que la ESAL aporte menos del 30% o cuando aporte recursos en especie: sólo indica que en esos casos la entidad estatal debe acudir al proceso competitivo para seleccionar a la entidad sin ánimo de lucro con la cual celebrará el respectivo convenio. Lo importante es que la norma citada solo regula el porcentaje de los aportes para efectos del procedimiento de selección, sin disponer si los recursos de la entidad pueden encontrarse o no en una cuenta bancaria independiente o diferente de la cuenta bancaria donde están los recursos totales de la ESAL.

Al respecto, la Superintendencia Financiera, de acuerdo con el Concepto 2009036212-001 del 18 de junio de 2009, explica que lo normal es que las cuentas bancarias no se abran más que a nombre de una sola persona. Sin embargo, nada obsta para que la cuenta sea abierta a nombre de dos o más, caso en el cual se presenta el fenómeno de la pluralidad de titulares. Estas cuentas colectivas pueden ser mancomunadas, solidarias o conjuntas[[16]](#footnote-16). Frente a este tipo de situaciones, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de este concepto, las entidades definirán autónomamente en cada caso concreto si los recursos que estas aporten pueden estar o no en la misma cuenta bancaria donde se encuentran los aportes de la ESAL. Esto último en la medida que, de acuerdo con las competencias asignadas en el Decreto – Ley 4170 de 2011, esta entidad carece de atribuciones para vigilar la gestión contractual de los partícipes del sistema de compras y contratación pública.

Lo normal es que los aportes estén en cuentas diferentes. No obstante, si la entidad estima oportuno que los recursos estén en una cuenta colectiva, deberá analizar –en función de la titularidad de los saldos disponibles– el cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 para acudir al procedimiento no competitivo, y permitirá la pluralidad de oferentes en caso de que no concurran dichos requisitos. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de que se presente alguna irregularidad, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. Lo anterior sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones presupuestales vigentes[[17]](#footnote-17).

**3. Respuesta**

«El artículo 5 de la Ley 092 de 2017 dice "(...) 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. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional. (...)" ¿Estos recursos deben estar en una cuenta bancaria independiente o diferente de la cuenta bancaria donde están los recursos totales de la ESAL?».

De acuerdo con la interpretación de las normas generales del sistema de compras públicas, si se pretende realizar un *convenio de asociación* con 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 092 de 2017. Dicho artículo establece que el proceso para la selección de la ESAL, por regla general, debe estar sujeto a competencia; salvo en aquellos casos en que una entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio, y siempre que la entidad estatal verifique previamente que no existe ninguna otra entidad sin ánimo de lucro que ofrezca aportes iguales o superiores al 30%.

De hecho, la norma anteriormente citada no prohíbe la celebración de convenios en que la ESAL aporte menos del 30% o cuando aporte recursos en especie: sólo indica que en esos casos la entidad estatal debe acudir al proceso competitivo para seleccionar a la entidad sin ánimo de lucro con la cual celebrará el respectivo convenio. Lo importantes es que la norma citada solo regula el porcentaje de los aportes para efectos del procedimiento de selección, sin disponer si los recursos de la entidad pueden encontrarse o no en una cuenta bancaria independiente o diferente de la cuenta bancaria donde están los recursos totales de la ESAL.

Al respecto, la Superintendencia Financiera, en Concepto 2009036212-001 del 18 de junio de 2009, explica que lo normal es que las cuentas bancarias no se abran más que a nombre de una sola persona. Sin embargo, nada obsta para que la cuenta sea abierta a nombre de dos o más, caso en el cual se presenta el fenómeno de la pluralidad de titulares. Estas cuentas colectivas pueden ser mancomunadas, solidarias o conjuntas. Frente a este tipo de situaciones, de acuerdo con lo explicado en la parte considerativa de este concepto, las entidades definirán autónomamente en cada caso concreto si los recursos que estas aporten pueden estar o no en la misma cuenta bancaria donde se encuentran los aportes de la ESAL. Esto último en la medida que, de acuerdo con las competencias asignadas en el Decreto – Ley 4170 de 2011, esta entidad carece de atribuciones para vigilar la gestión contractual de los partícipes del sistema de compras y contratación pública.

Lo normal es que los aportes estén en cuentas diferentes. No obstante, si la entidad estima oportuno que los recursos estén en una cuenta colectiva, deberá analizar –en función de la titularidad de los saldos disponibles– el cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 para acudir al procedimiento no competitivo, y permitirá la pluralidad de oferentes en caso de que no se den dichos requisitos. En este contexto, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de que se presente alguna irregularidad, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias. Lo anterior sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones presupuestales vigentes.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Kevin Arlid Herrera SantaAnalista T2–04 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Juan David Montoya PenagosGestor T1–15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual ANCP - CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública». Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 *ibidem* señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: «[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general». [↑](#footnote-ref-1)
2. 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)
3. Ley 489 de 1998: «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)
4. 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)
5. Concepto del 12 de diciembre de 2019, radicado No. 2201913000009196. [↑](#footnote-ref-5)
6. Concepto del 3 de septiembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-6)
7. 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-7)
8. Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-8)
9. Se precisa que la suspensión provisional, de acuerdo con el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, es una medida cautelar que busca proteger y garantizar, de forma provisional, que la norma demandada no genere actos contrarios al ordenamiento jurídico, razón por la cual, para decretarla es necesario que la transgresión de las normas superiores invocadas surja de la comparación entre estas y los actos acusados o del estudio de las pruebas aportadas con la solicitud. [↑](#footnote-ref-9)
10. Decreto 092 de 2017, artículo 1, inciso 2: «Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– para la aplicación del presente decreto». [↑](#footnote-ref-10)
11. Decreto 092 de 2017, artículo 3, inciso 2: «La Entidad Estatal debe definir en los Documentos del Proceso las características que debe acreditar la entidad sin ánimo de lucro. Para el efecto, deberá tomar en consideración las pautas y criterios establecidos en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, la cual deberá tener en cuenta las normas de trasparencia y acceso a la información aplicable a las entidades privadas sin ánimo de lucro que contratan con cargo a recursos de origen público y las mejores prácticas en materia de prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés». [↑](#footnote-ref-11)
12. Decreto 092 de 2017, Artículo 2, literal a: «a) Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previsto en el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo, de acuerdo con el nivel de la Entidad Estatal, con los cuales esta busque exclusivamente promover los derechos de personas en situaciones de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana». [↑](#footnote-ref-12)
13. Decreto 092 de 2017, Artículo 2, literal a: «Que no exista oferta en el mercado de los bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo. En los demás eventos, la Entidad Estatal deberá aplicar la Ley 80 de 1993, sus modificaciones y reglamentos». [↑](#footnote-ref-13)
14. Decreto 092 de 2017, artículo 4: «(…) Las Entidades Estatales no están obligadas a adelantar el proceso competitivo previsto en este artículo cuando el objeto del Proceso de Contratación corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos». [↑](#footnote-ref-14)
15. Decreto 1082, artículo 5: «[…] 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. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional». [↑](#footnote-ref-15)
16. De acuerdo con el Concepto de la Superintendencia Financiera 2009036212-001 del 18 de junio de 2009, las cuentas bancarias se dividen en: «(A) Cuentas colectivas mancomunadas. Son aquellas en las cuales cada uno de los cuentahabientes, cada cotitular de una cuenta única, solamente puede retirar, de los depósitos disponibles, la parte conveniente de antemano o, en su defecto, la parte alícuota que corresponde según el número de las personas que ostenta la titularidad colectiva frente al banco. En otras palabras, en estos casos se trata de depósitos comunes cuya disponibilidad corresponde por cuotas (que se presumen iguales) a cada uno de los depositantes, llamados estos últimos ‘cuentacorrentistas’ según la terminología empleada por el artículo 1382 del Código de Comercio.

»(B) Cuentas colectivas solidarias o del ‘y/o’. El uso bancario indica cómo, con frecuencia bastante notable, los establecimientos crediticios habilitados para ello abren cuentas corrientes con las conjunciones ‘y/o’ a nombre de dos o más personas, situación esta que da lugar a las que se conocen como cuentas ‘solidarias’ o cuentas colectivas en sentido estricto. Esta especie puede definirse, entonces, como aquella en que dos o más personas abren una cuenta corriente bancaria única, entendiéndose que es posible disponer conjunta o separadamente de los fondos depositados hasta la totalidad del saldo utilizable. En otras palabras, en este tipo de cuenta colectiva el reembolso o restitución de fondos, al que se encuentra obligado el banco depositario, puede ser pedido válidamente por cada uno de los depositante(s), puesto que corresponde a cada uno de ellos en su totalidad.

»(C) Las cuentas colectivas conjuntas o ‘indistintas’. Con este nombre se conocen los depósitos en cuenta corriente bancaria a nombre de dos o más personas, las cuales han de actuar conjuntamente para hacer válidamente disposiciones sobre los saldos existentes. En consecuencia, tratándose sobre este tipo especial de cuentas colectivas, los fondos depositados únicamente podrían ser retirados, total o parcialmente, con la concurrencia de todos los depositantes o, cuando menos, de un número plural de ellos autorizados de antemano para girar contra los saldos». [↑](#footnote-ref-16)
17. El artículo 7 del Decreto 092 de 2017 dispone que «*La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables*. En consecuencia, las normas relativas a la publicidad son de obligatorio cumplimiento, por lo cual, la actividad contractual y los Documentos del Proceso de que trata el presente decreto deberán ser objeto de publicación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP). Adicionalmente, la entidad privada sin ánimo de lucro contratista deberá entregar a la Entidad Estatal, y ésta publicar en el SECOP, la información relativa a los subcontratos que suscriba para desarrollar el programa o actividad de interés público previsto en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató y la información de pagos» (Énfasis fuera de texto). [↑](#footnote-ref-17)