CCE-DES-FM-17

**DECRETO 092 DE 2017 – Finalidad – Clases de negocios jurídicos**

El Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; 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.

**CONTRATACIÓN CON ESAL – Contratos de colaboración – Artículo 355 superior – Objeto – Alcance**

Los contratos del artículo 355 de la Constitución Política tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén 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 ésta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 092 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 este dirigida 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. Solo cuando se reúnan estas condiciones es procedente celebrar contratos del artículo 355 de la Constitución Política; de lo contrario, se aplicarán las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

**CONTRATACIÓN CON ESAL – Convenios de asociación – Objeto – Alcance – Aportes**

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». 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. El convenio de asociación no es conmutativo, y por tanto, la entidad no instruye al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes.

**LIQUIDACIÓN – Obligación**

[…] la liquidación es el ajuste de cuentas donde las partes hacen un balance económico, técnico y jurídico del cumplimiento de las obligaciones que tienen a su cargo. Así lo manifestó el Consejo de Estado en la sentencia del 20 de octubre de 2014, en la que consideró, por un lado, que *liquidar* supone un ajuste en relación con las cuentas y el estado de cumplimiento del contrato estatal y, por el otro, que la *liquidación* debe incluir el análisis de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, así como el balance económico y el comportamiento financiero del negocio.

El legislador estableció la obligación de liquidar algunos contratos estatales, de hecho, la mayoría de ellos, debido a la importancia de esta etapa, con la finalidad de precaver conflictos futuros, realizar un balance final y un cierre de cuentas y, de ser posible, que las partes se declaren a paz y salvo, de conformidad con lo previsto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.



Bogotá,

Señor

**Peticionario anónimo**

**Concepto C ‒ 560 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | DECRETO 092 DE 2017 – Finalidad – Clases de negocios jurídicos / CONTRATACIÓN CON ESAL – Contratos de colaboración – Artículo 355 superior – Objeto – Alcance / CONTRATACIÓN CON ESAL – Convenios de asociación – Objeto – Alcance – Aportes / LIQUIDACIÓN – Obligación |
| **Radicación:** | Respuesta a consultas P20220727007310 y P20220727007311 |

Estimado peticionario:

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 sus consultas del 27 de julio de 2022.

1. **Problema planteado**

En sus solicitudes usted indaga en torno a la contratación con Entidades Privadas Sin Ánimo de Lucro –ESAL–, específicamente sobre los siguientes temas:

1. «[…] Ese aporte en dinero que haga la ESAL para la ejecución del convenio, se debe consignar en alguna cuenta bancaria que disponga la entidad estatal o se debe crear una fiducia o basta que con una carta donde la ESAL manifieste el interés de aportar el dinero para el convenio o cual es mecanismo que debe exigir la entidad estatal sobre el aporte dinero por parte ESAL?».
2. «El aporte que haga en dinero la ESAL para el convenio, tiene alguna destinación especifica y cual es seria?».
3. «El aporte que haga en dinero la ESAL para el convenio se puede destinar dichos recursos para el pago de equipo de trabajo, alquiler aulas, alquiler equipos de cómputo, refrigerios, material didáctico, logística, cursos académicos, seminarios, transporte, impresiones, divulgaciones, expedición garantías, descuento del 4x mil, descuento por estampillas, entre otros?».
4. «Si se requieren espacios o aulas para dictar cursos y seminarios en el marco convenio, y si la ESAL cuenta con esa infraestructura podría cuantificar el valor de ese alquiler para cobrarlo o descontarlo al aporte en dinero que realizo la ESAL al convenio o debe contratar los espacios de un particular ajeno a la ESAL».
5. «La entidad estatal y la ESAL deben acordar previamente a la suscripción del convenio en que se va destinar los aportes realizados por las dos entidades que pretenden asociarse para cumplir con las actividades del proyecto?».
6. «Cuáles son los soportes que debe presentar la ESAL a la entidad estatal, para verificar que se destinó el aporte del dinero para la ejecución de las actividades del convenio?».
7. «La entidad estatal y la ESAL, deben acordar previamente a la suscripción del convenio en que se van destinar los aportes que realicen la partes intervinientes en el convenio para desarrollar las actividades del proyecto o la ESAL cuando manifieste su interés señala en que va aportar esos recursos».
8. «Si no se ejecutan en su totalidad los recursos aportados por la ESAL para el convenio, ese saldo a favor de quien queda de la entidad estatal o de la ESAL, y cual es proceso para su liberación. (liquidación [¿]»
9. «Si la ESAL después de firmado el convenio no quiere aportar el total de los recursos en dinero que manifestó́ aportar al convenio, cual es la sanción o procedimiento legal para que la ESAL cumpla con lo que se comprometió́ aportar para desarrollar las actividades del convenio. Garantías [¿]»
10. **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. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. 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 conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) la contratación con ESAL en el Decreto 092 de 2017, donde se analizará, en particular, el régimen de los convenios de asociación; y ii) la liquidación de los contratos estatales, donde se hará referencia a los convenios de asociación.

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–, con fundamento en el Decreto autónomo 092 de 2017, 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, C-364 de 26 de julio de 2021, C-379 de 20 de julio de 2021, C- 537 del 27 de septiembre de 2021, C-579 del 9 de noviembre de 2021 y C-021 del 22 de febrero de 2022. Las tesis propuestas en tales conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

**2.1.** **Contratación con ESAL en el Decreto 092 de 2017. En particular, el régimen de 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[[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 Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; 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 contratos del artículo 355 de la Constitución Política tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén 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 ésta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 4 del Decreto 092 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 este dirigida 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. Solo cuando se reúnan estas condiciones es procedente celebrar contratos del artículo 355 de la Constitución Política; de lo contrario, se aplicarán las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

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-4). 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[[5]](#footnote-5). El convenio de asociación no es conmutativo, y por tanto, la entidad no instruye al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes[[6]](#footnote-6).

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, o en especie, los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación.

Sin embargo, debe señalarse que el 30% señalado en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017, que debe aportar la ESAL a efectos de poder celebrar el convenio sin acudir a un proceso competitivo, debe calcularse respecto del monto total de los recursos *en dinero* requeridos para la ejecución proyecto, el cual corresponderá al valor por el que se celebrará el *convenio de asociación*. En ese sentido, si, por ejemplo, para desarrollar un proyecto conjunto con una ESAL se requiere un total de $100.000.000, para poder celebrar el convenio de asociación sin proceso competitivo, la entidad estatal deberá asociarse con una ESAL dispuesta a aportar por lo menos una suma de $30.000.000, equivalente al 30% del que sería el valor del eventual convenio. De esta manera, los eventuales aportes en especie no podrán tenerse en cuenta para calcular el referido porcentaje, el cual debe ser en dinero.

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, como unión temporal o como 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, las ESAL, aporte en dinero al menos el treinta por ciento del valor en 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.

La noción «seleccionar de forma objetiva», contenida en la disposición *sub examine* 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 ello, la entidad puede tomar la decisión de acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017.

A efectos de su primera pregunta, es necesario resaltar que en las disposiciones normativas relativas a los convenios de asociación no existe previsión específica sobre la forma como deben reunirse o administrarse los aportes estatales y de la ESAL –cuenta bancaria, fiducia, etc.–. Así las cosas, corresponde a la autonomía de la voluntad y a la discrecionalidad de la entidad estatal determinar la forma en que realizarán los aportes y disponerlo así en el respectivo convenio. Lo anterior sobre la base de que, en los convenios de asociación, según la regulación normativa referida, las partes se obligan a realizar aportes, en dinero o en especie, en la proporción correspondiente a cada caso –si la ESAL aporta al menos el 30% en dinero no habría lugar a realizar proceso competitivo– los cuales no implican necesariamente el traslado de recursos entre ellas, toda vez que, en los términos contenidos en el convenio, cada parte deberá ejecutar obligaciones correspondientes a los aportes comprometidos para satisfacer las finalidades atribuidas a los convenios de asociación, esto es, el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, conforme a la Constitución y a la Ley.

En línea con lo anterior, en relación con sus preguntas segunda, tercera, quinta y séptima, resulta claro que existe una limitación frente al destino de los recursos aportados al convenio de asociación. En concreto, los aportes tienen una destinación específica dirigida, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. Es decir, los aportes deben estar destinados a desarrollar conjuntamente las actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad, según el convenio respectivo. En este sentido, con los aportes hechos debe satisfacerse específica y exclusivamente el objeto del convenio, lo cual, según el caso, puede incluir distintos bienes y servicios como, por ejemplo, el pago de equipo de trabajo, alquiler aulas, alquiler equipos de cómputo, refrigerios, material didáctico, logística, cursos académicos, seminarios, transporte, impresiones, entre otros. Se reitera, la destinación de los recursos aportados dependerá del objeto del convenio y se realizará en los términos pactados en el mismo.

Igualmente, en relación con las preguntas cuarta y sexta, por un lado, es importante recordar, tal como se refirió atrás, que los aportes pueden ser en dinero y/o en especie; sin embargo, si son en especie, no se tendrán en cuenta para contabilizar el 30% en dinero que debe aportar la ESAL para efectos de no tener que realizar un proceso competitivo.. Así, si se requieren aportes en especie, como aulas para dictar cursos o seminarios, y la ESAL dispone de ellos podrá efectuar su aporte en especie obligándose, mediante el convenio, a ponerlos a disposición para satisfacer el objeto de este. A su turno, en relación con los soportes que permiten comprobar la destinación de los aportes, se reitera que no existe previsión normativa al respecto y, por tanto, corresponderá a las partes determinar en el contenido del convenio de asociación la forma mediante la cual se verificará el cumplimiento de las obligaciones, lo cual incluye la destinación de los aportes.

De otro lado, teniendo en cuenta las demás preguntas del peticionario, conviene señalar que, como lo establece el artículo 8 del Decreto 092 de 2017, en relación con los contratos de que trata dicho reglamento, incluyendo los *convenios de asociación*, en lo no reglamentado en dicho decreto, se aplicarán «las normas generales aplicables a la contratación pública»[[8]](#footnote-8), lo que implica una remisión al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En relación con esta disposición, en la «Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad» de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se señaló lo siguiente:

En general el Decreto 092 de 2017 señala que la contratación a la que hace referencia dicho Decreto está sujeta a las normas generales aplicables al Sistema de Compra Pública, excepto en lo reglamentado expresamente en él, por lo cual las Entidades Estatales pueden usar las reglas que aplican en otros Procesos de Contratación para salvar los vacíos del Decreto 092 de 2017.

Por ejemplo, dado que el Decreto 092 de 2017 no restringe ninguna forma de asociación, las ESAL pueden constituirse como unión temporal o consorcio para efectos de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación. Así mismo el mencionado Decreto no contempla normas particulares sobre el procedimiento para declarar el incumplimiento del contratista, por lo cual deberá aplicarse el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para tal efecto[[9]](#footnote-9).

Teniendo en cuenta lo anterior, en relación con la pregunta nueve, si luego de perfeccionado el convenio de asociación, la ESAL no cumple el compromiso de efectuar el aporte al que se comprometió, se estaría ante el evento de un posible incumplimiento de la obligación y, por tanto, los eventuales remedios y sanciones serán los que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y de la discrecionalidad de la entidad estatal, se hayan pactado en el respectivo convenio. Ello podría incluir, entre otras, la imposición de multas, de la cláusula penal pecuniaria o la causación de intereses moratorios, entre otros. Si en definitiva la ESAL no se allana a cumplir esa obligación estaría incumpliendo el convenio de asociación y, en cada caso concreto, debe analizarse la necesidad de adelantar el respectivo proceso sancionatorio, en caso de que se hayan pactado cláusulas de multas o penal pecuniaria o la posibilidad de hacer efectivas las garantías, todo lo anterior de acuerdo con el clausulado de cada convenio.

De otro lado, atendiendo a la pregunta octava del peticionario, y teniendo en cuenta la remisión que efectúa el artículo octavo del Decreto 092 de 2017 a «las normas generales aplicables a la contratación pública», conviene realizar algunas consideraciones en relación con la liquidación de los contratos estatales regulada en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

**2.2. Liquidación de los contratos estatales y de los convenios de asociación**

La liquidación es el momento en el cual, una vez concluido el contrato estatal, las partes cruzan cuentas respecto de sus obligaciones, por tanto, su objetivo es determinar si pueden declararse a paz y salvo mutuo o si, por el contrario, existen aún obligaciones por cumplir, para acordar la forma en que deben ser cumplida. En armonía con lo anterior, la doctrina ha considerado que:

«La última formalidad que deben cumplir los contratos de la Administración dentro del marco jurídico de la contratación estatal se refiere a la liquidación, definida, en principio, como un negocio jurídico bilateral cuyo objeto es la realización del corte de cuentas entre las partes contratantes, en el cual queda establecida la relación directa entre las prestaciones ejecutaras, el valor cobrado por las mismas y su cancelación por parte del deudor de estas, sin perjuicio de los descuentos económicos a que haya lugar con motivo de la aplicación de estipulaciones contractuales específicas.» [[10]](#footnote-10)

En el mismo sentido, se ha definido la liquidación de la siguiente manera:

«[…] la liquidación del contrato estatal corresponde al arreglo o ajuste económico, técnico y jurídico al que se llega de forma bilateral (por las partes del negocio), unilateralmente (por la administración), por el juez o por el árbitro, según el caso, para determinar el estado final de la relación contractual, no solo en cuento al cumplimiento del objeto acordado y al recibo a satisfacción de los productos contratados (bienes y servicios), sino, además, para definir la situación en la que quedan los contratantes, luego de la ejecución del contrato, en el sentido de disponer cuánto se adeudan, de qué manera y en qué plazos se han de efectuar los pagos pendientes y las condiciones para el establecimiento del respectivo paz y salvo. En otras palabras, la liquidación es el acto jurídico bilateral, administrativo o judicial, en el que se plasma y formaliza la situación financiera y jurídica de las partes, al término de la relación contractual (aspecto subjetivo) y el grado de cumplimiento del objeto contratado (aspecto objetivo); de ahí que pueda hablarse, en términos amplios, de un doble contenido, que debe estar presente en toda liquidación. En efecto, el corte de cuentas realizado en ella tiene un doble alcance: (i) hacer un balance definitivo del negocio, en sus aspectos técnicos, financieros y jurídicos (aspecto objetivo o material) y ii) definir la situación jurídica de las partes, estableciendo si pueden constituirse o no a paz y salvo; lo que exige, en la práctica, que los negociantes dialoguen e intenten ponerse de acuerdo (aspecto subjetivo).»[[11]](#footnote-11)

En línea con lo anterior, según la jurisprudencia, la liquidación es el ajuste de cuentas donde las partes hacen un balance económico, técnico y jurídico del cumplimiento de las obligaciones que tienen a su cargo. Así lo manifestó el Consejo de Estado en la sentencia del 20 de octubre de 2014, en la que consideró, por un lado, que *liquidar* supone un ajuste en relación con las cuentas y el estado de cumplimiento del contrato estatal y, por el otro, que la *liquidación* debe incluir el análisis de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, así como el balance económico y el comportamiento financiero del negocio[[12]](#footnote-12).

El legislador estableció la obligación de liquidar algunos contratos estatales, de hecho, la mayoría de ellos, debido a la importancia de esta etapa, con la finalidad de precaver conflictos futuros, realizar un balance final y un cierre de cuentas y, de ser posible, que las partes se declaren a paz y salvo, de conformidad con lo previsto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Las disposiciones legales que regulan la etapa de liquidación de los contratos estatales son el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012, y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. El primero de estos artículos se refiere al alcance sustantivo de la liquidación y los contratos en que procede, mientras que el segundo contiene reglas procedimentales para su realización. En relación con el artículo 60 referido, la doctrina ha indicado que:

«La ley 80 de 1993 […] dispuso en el artículo 60 que serían objeto de liquidación todos los contratos de tracto sucesivo, entendiendo por estos los de ejecución y cumplimiento prolongados en el tiempo, así como los demás que lo requieran –que son generalmente aquellos de ejecución instantánea en los que la misma se ha extendido temporalmente–, etapa en la cual las partes debían acordar los ajustes, revisiones y reconocimientos a que hubiera lugar, y que el contenido de la misma debía reflejar «los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo»[[13]](#footnote-13).

Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuyo cumplimiento o ejecución se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran «serán objeto de liquidación». El mismo artículo prescribe que no será obligatoria la liquidación en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión. Adicionalmente, en los contratos las entidades estatales deben definir la oportunidad y forma de recibir el objeto contratado y, en cada caso, si un contrato requiere o no de liquidación, con arreglo a criterios tales como la naturaleza, objeto y plazo del contrato[[14]](#footnote-14), así como la probabilidad de que hayan surgido diferencias entre las partes durante la ejecución del contrato. Lo anterior, sin perjuicio de que, como se indicó, todos los contratos estatales de *tracto sucesivo* o aquellos cuya ejecución se prolongue en el tiempo siempre deban liquidarse, convirtiéndose en estos contratos en una cláusula de la naturaleza, conforme a la clasificación prevista en el artículo 1501 del Código Civil.

En el anterior contexto, a efectos de la octava pregunta, es importante tener en cuenta que la liquidación del convenio de asociación es la etapa de corte de cuentas y, en virtud de la remisión que efectúa el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 al EGCAP, que se explicó anteriormente, los *convenios de asociación* se rigen por lo regulado en el decreto y en lo no regulado por «las normas generales aplicables a la contratación pública», como, por ejemplo, el régimen de liquidación de los contratos. En este orden de ideas, y en términos abstractos y generales, si no se ejecutaron la totalidad de los recursos aportados será en esa etapa de liquidación donde deberán efectuarse los respectivos análisis y, de existir, materializar las restituciones de saldos a favor, en caso de que sean procedentes de acuerdo con el contenido de cada convenio. En todo caso, la solución específica dependerá de los elementos y circunstancias jurídicas y fácticas de cada convenio de asociación.

**3. Respuesta**

Con base en las anteriores consideraciones, sea lo primero resaltar que los conceptos de esta Agencia tienen como objeto la interpretación de normas de carácter general, esto es, del ordenamiento jurídico en abstracto, no la resolución de controversias o la asesoría de casos concretos; además, no son vinculantes o de obligatorio cumplimiento para el destinatario, sino que expresan la posición interpretativa del organismo que elabora el concepto. Así las cosas, según la unidad temática de sus consultas, se pasa a responder cada una de ellas.

1. «[…] Ese aporte en dinero que haga la ESAL para la ejecución del convenio, se debe consignar en alguna cuenta bancaria que disponga la entidad estatal o se debe crear una fiducia o basta que con una carta donde la ESAL manifieste el interés de aportar el dinero para el convenio o cual es mecanismo que debe exigir la entidad estatal sobre el aporte dinero por parte ESAL?».

Con base en las consideraciones que anteceden, en relación con su primera pregunta, es necesario resaltar que en las disposiciones normativas relativas a los convenios de asociación no existe previsión específica sobre la forma como deben reunirse los aportes estatales y de la ESAL –cuenta bancaria, fiducia, etc.–. Así las cosas, corresponde a la autonomía de la voluntad y a la discrecionalidad de la entidad estatal determinar la forma en que realizarán los aportes y disponerlo así en el respectivo convenio. Lo anterior sobre la base de que, en los convenios de asociación, según la regulación normativa referida, las partes se obligan a realizar aportes, en dinero o en especie, en la proporción correspondiente a cada caso –si la ESAL aporta al menos el 30% en dinero no habría lugar a realizar proceso competitivo– los cuales no implican necesariamente el traslado de recursos entre ellas, toda vez que, en los términos contenidos en el convenio, cada parte deberá ejecutar obligaciones correspondientes a los aportes comprometidos para satisfacer las finalidades atribuidas a los convenios de asociación, esto es, el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, conforme a la Constitución y a la Ley.

ii)«El aporte que haga en dinero la ESAL para el convenio, tiene alguna destinación especifica y cual es seria?».

iii)«El aporte que haga en dinero la ESAL para el convenio se puede destinar dichos recursos para el pago de equipo de trabajo, alquiler aulas, alquiler equipos de cómputo, refrigerios, material didáctico, logística, cursos académicos, seminarios, transporte, impresiones, divulgaciones, expedición garantías, descuento del 4x mil, descuento por estampillas, entre otros?».

v)«La entidad estatal y la ESAL deben acordar previamente a la suscripción del convenio en que se va destinar los aportes realizados por las dos entidades que pretenden asociarse para cumplir con las actividades del proyecto?».

vii) «La entidad estatal y la ESAL, deben acordar previamente a la suscripción del convenio en que se van destinar los aportes que realicen la partes intervinientes en el convenio para desarrollar las actividades del proyecto o la ESAL cuando manifieste su interés señala en que va aportar esos recursos».

En armonía con la respuesta anterior, y de acuerdo con las consideraciones, en relación con sus preguntas segunda, tercera, quinta y séptima, resulta claro que existe una limitación frente al destino de los recursos aportados al convenio de asociación. En concreto, los aportes tienen una destinación especifica dirigida, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. Es decir, los aportes deben estar destinados a desarrollar conjuntamente las actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad, según el convenio respectivo. En este sentido, con los aportes hechos debe satisfacerse específica y exclusivamente el objeto del convenio, lo cual, según el caso, puede incluir distintos bienes y servicios como, por ejemplo, el pago de equipo de trabajo, alquiler aulas, alquiler de equipos de cómputo, refrigerios, material didáctico, logística, cursos académicos, seminarios, transporte, impresiones, entre otros. Se reitera, la destinación de los recursos aportados dependerá del objeto del convenio y se realizará en los términos pactados en el mismo.

iv)«Si se requieren espacios o aulas para dictar cursos y seminarios en el marco convenio, y si la ESAL cuenta con esa infraestructura podría cuantificar el valor de ese alquiler para cobrarlo o descontarlo al aporte en dinero que realizo la ESAL al convenio o debe contratar los espacios de un particular ajeno a la ESAL».

vi)«Cuáles son los soportes que debe presentar la ESAL a la entidad estatal, para verificar que se destinó el aporte del dinero para la ejecución de las actividades del convenio?».

Igualmente, en relación con las preguntas cuarta y sexta, por un lado, es importante recordar, tal como se refirió atrás, que los aportes pueden ser en dinero y/o en especie; sin embargo, si son en especie, no se tendrán en cuenta para contabilizar el 30% en dinero que debe aportar la ESAL para efectos de no tener que realizar un proceso competitivo. Así, si se requieren aportes en especie, como aulas para dictar cursos o seminarios, y la ESAL dispone de ellos podrá efectuar su aporte en especie obligándose, mediante el convenio, a ponerlos a disposición para satisfacer el objeto de este. A su turno, en relación con los soportes que permiten comprobar la destinación de los aportes, se reitera que no existe previsión normativa al respecto y, por tanto, corresponderá a las partes determinar en el contenido del convenio de asociación la forma mediante la cual se verificará el cumplimiento de las obligaciones, lo cual incluye la destinación de los aportes.

viii) «Si no se ejecutan en su totalidad los recursos aportados por la ESAL para el convenio, ese saldo a favor de quien queda de la entidad estatal o de la ESAL, y cual es proceso para su liberación. (liquidación [¿]»

En relación con la octava pregunta, es importante tener en cuenta que la liquidación del convenio de asociación es la etapa de corte de cuentas y, en virtud de la remisión que efectúa el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 al EGCAP, que se explicó en las consideraciones, los *convenios de asociación* se rigen por lo regulado en el decreto y en lo no regulado por «las normas generales aplicables a la contratación pública», como, por ejemplo, el régimen de liquidación de los contratos. En este orden de ideas, y en términos abstractos y generales, si no se ejecutaron la totalidad de los recursos aportados será en esa etapa de liquidación donde deberán efectuarse los respectivos análisis y, de existir, materializar las restituciones de saldos a favor, en caso de que sean procedentes de acuerdo con el contenido de cada convenio. En todo caso, la solución específica dependerá de los elementos y circunstancias jurídicas y fácticas de cada convenio de asociación.

ix) «Si la ESAL después de firmado el convenio no quiere aportar el total de los recursos en dinero que manifestó́ aportar al convenio, cual es la sanción o procedimiento legal para que la ESAL cumpla con lo que se comprometió́ aportar para desarrollar las actividades del convenio. Garantías [¿]»

Por último, sobre la pregunta nueve, puede concluirse que si luego de perfeccionado el convenio de asociación, la ESAL no cumple el compromiso de efectuar el aporte al que se comprometió, se estaría ante el evento de un posible incumplimiento de la obligación y, por tanto, los eventuales remedios y sanciones serán los que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y de la discrecionalidad de la entidad estatal, se hayan pactado en el respectivo convenio. Ello podría incluir, entre otras, la imposición de multas, de la cláusula penal pecuniaria o la causación de intereses moratorios, entre otros. Si en definitiva la ESAL no se allana a cumplir esa obligación estaría incumpliendo el convenio de asociación y, en cada caso concreto, debe analizarse la necesidad de adelantar el respectivo proceso sancionatorio, en caso de que se hayan pactado cláusulas de multas o penal pecuniaria o la posibilidad de hacer efectivas las garantías, todo lo anterior de acuerdo con el clausulado de cada convenio.

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

Atentamente,

Texto, Carta

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Camilo Perdomo Villamil  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez Grisales  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín López  Subdirector de Gestión Contractual (E) |

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 No. 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, con radicado No. 4201913000008240. [↑](#footnote-ref-2)
3. Al respecto, la Ley 489 de 1998 dispone que «Art. 96. 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. Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-4)
5. Decreto 092 de 2017: «Artículo 5. *Asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir actividades propias de las Entidades Estatales.* Los convenios de asociación que celebren entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y Entidades Estatales para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la Ley a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no estarán sujetos a competencia cuando la 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.

   »Si hay más de una entidad privada sin ánimo de lucro 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, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección.

   »[…]». [↑](#footnote-ref-5)
6. Sobre la naturaleza de los convenios de asociación, se reitera lo expuesto en el concepto del 19 de noviembre de 2019, con radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-6)
7. «[…] dado que el Decreto 092 de 2017 no restringe ninguna forma de asociación, las ESAL pueden constituirse como unión temporal o consorcio para efectos de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación». (AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias>). [↑](#footnote-ref-7)
8. Dicha disposición establece: «**Artículo 8. Aplicación de normas generales del sistema de contratación pública.** La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto». [↑](#footnote-ref-8)
9. AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. p. 24. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias>). De otro lado, en relación con el alcance de las remisiones que realiza el Decreto 092 de 2017 a «las normas generales aplicables a la contratación pública», véanse, entre otros, los siguientes conceptos de la Agencia: C-223 del 29 de abril de 2020, C-585 del 15 de octubre de 2021, C-579 del 9 de noviembre de 2021 [↑](#footnote-ref-9)
10. EXPOSITO, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 89 y 90.

    [↑](#footnote-ref-10)
11. DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. La liquidación. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Medellín: Librería Jurídica Sánchez y Centro de Estudios de Derecho Administrativo -CEDA-, 2013, pp. 53-54. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. 20 de octubre de 2014, M.P: Enrique Gil Botero. Exp. 27.777. Allí se dijo: «[…] liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual». [↑](#footnote-ref-12)
13. EXPOSITO. Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal, cit. pp. 90. [↑](#footnote-ref-13)
14. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado No. 1453. Concepto de 6 de agosto de 2003. MP. Augusto Trejos. [↑](#footnote-ref-14)