**CONVENIOS SOLIDARIOS – Marco normativo – Ámbito de aplicación – Organismos de acción comunal**

El parágrafo 3 del artículo 3 de la Ley 136 de 1994 introdujo los convenios solidarios como un tipo especial de contratación que consiste en «la complementación de esfuerzos institucionales, comunitarios, económicos y sociales para la construcción de obras y la satisfacción de necesidades y aspiraciones de las comunidades». En este sentido, reiterando la tesis expuesta por esta Agencia mediante concepto C- 455 de julio de 2022, el artículo tercero de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 1551 de 2012, determina tres alternativas mediante las cuales las entidades territoriales pueden celebrar convenios solidarios con organismos de acción comunal, las cuales se describen a continuación: (i) En primer lugar, el parágrafo cuarto del artículo 3 de la Ley 136 de 1994 autoriza a los entes territoriales del orden departamental y municipal a celebrar estos convenios con las juntas de acción comunal, siempre que se tenga por objeto la ejecución de obras de hasta por mínima cuantía. Importante recalcar que esta hipótesis encuentra su desarrollo normativo en el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021, el cual amplía las condiciones en que se pueden celebrar estos convenios con organismos de acción comunal para montos de hasta menor cuantía. (ii) En segundo lugar, el numeral 16 del artículo 3 de la Ley 136 de 1994, en punto de las diferentes funciones de los municipios, les faculta a celebrar estos convenios con organismos de acción comunal con el objetivo de impulsar el desarrollo conjunto de programas y actividades conforme sus respectivos planes de desarrollo. El desarrollo normativo de esta hipótesis se encuentra en el Decreto 092 de 2017, a excepción de su artículo 5 el cual hace alusión a los convenios de asociación. (iii) Finalmente, el parágrafo quinto del artículo 3 de la Ley 136 de 1994, adicionado por el artículo 128 de la Ley 1955 de 2019 «Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad», autoriza a las entidades del orden nacional a celebrar estos convenios con los organismos de acción comunal cuando se pretenda la ejecución de proyectos incluidos en el mencionado Plan Nacional de Desarrollo.

**CONVENIO SOLIDARIO – LEY 2166 DE 2021**

El artículo 95 de la Ley 2166 de 2021, por medio de la cual se deroga la Ley 743 de 2002, desarrolla el artículo 38 de la Constitución en lo referente a los organismos de acción comunal y se establecen lineamientos para la formulación e implementación de la política pública de los organismos de acción comunal y de sus afiliados, amplió esta subregla en cuanto a los sujetos aplicables, condiciones y la cuantía del contrato. Sobre esa base, la Agencia ha interpretado que los convenios solidarios están sujetos a las siguientes reglas: (i) Los sujetos intervinientes son, por un lado, «entidades territoriales del orden nacional, departamental, distrital y municipal» y, por otro, los organismos de acción comunal. De manera que no solo están facultados los Departamentos y Municipios -como se establecía antes- sino que también lo están las entidades del orden nacional. Por su parte, no solo se autoriza a las juntas de acción comunal, sino a los organismos de acción comunal, en general, de manera que debe tenerse en cuenta la clasificación que realiza el artículo 7 de la Ley 2166 de 2021. En consecuencia, la celebración de estos convenios puede realizarse con cualquiera de los organismos de acción comunal de primer, segundo, tercer y cuarto grado allí contemplados. (ii) Los convenios solidarios deben tener por objeto la ejecución de obras. Esto implica que no pueden desarrollarse otros objetos distintos a la ejecución de una obra, incluso a pesar de que se encuentren dentro de los Planes de Desarrollo respectivos. A diferencia de la reglamentación anterior, el convenio no podrá exceder la menor cuantía de la entidad. Se amplía de mínima a menor cuantía el monto límite del convenio, de manera que se deberá atender a lo dispuesto en el literal b) del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 de cara a determinar el tope de la menor cuantía de la entidad estatal. (iii) En el valor total del convenio la entidad podrá incluir los costos directos, los costos administrativos y el subsidio al dignatario representante legal para transportes de que trata el literal c) del artículo 38 de la Ley 2166 de 2022. Estos costos deberán incluirse en el ejercicio de planeación que realice la entidad y estar debidamente justificados. (iv) Para la ejecución de las obras se establece el deber de contratar con los habitantes de la comunidad. (v) Las entidades deberán contar con personal técnico y administrativo-contable para apoyar y supervisar a los organismos de acción comunal durante la ejecución de las obras.

**CONVENIOS ASOCIATIVOS** **– Marco normativo – Ámbito de aplicación – Organismos de acción comunal**

En desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política antes mencionado no solo se crean los regímenes jurídicos atinentes a los convenios solidarios, sino también el que atañe a los convenios de asociación. En punto de estos convenios 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. En consecuencia, el Decreto 092 de 2017 al desarrollar las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con entidades sin ánimo de lucro, establece dos hipótesis distintas: i) los contratos de interés público del artículo 355 de la Constitución Política con el propósito de impulsar programas y actividades conformes 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.

**PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Aplicación en la contratación directa**

Finalmente, frente el deber de selección objetiva resulta importante mencionar que este constituye un principio rector de la contratación estatal, independientemente de la modalidad de selección. En materia de contratación directa, su aplicación exige a la entidad estatal el deber de no seleccionar de manera arbitraria una oferta que resulta menos favorable para la entidad. Exige que la actividad contractual se encuentre al servicio del interés general, estructurada a partir de reglas claras y factores de evaluación objetivos y razonables de cara a los intereses del Estado y los derechos de los oferentes. Queda entonces proscrita toda consideración de aspectos subjetivos contrarios a los fines buscados, atendiendo criterios de transparencia, imparcialidad e igualdad de oportunidades.

**FRACCIONAMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL – Prohibición**

Fraccionar la unidad natural de un objeto contractual con el propósito de evadir una cuantía superior que implicaría un proceso de selección diferente, tiene como consecuencia la nulidad absoluta del contrato en los términos de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, aplicable en lo correspondiente a este tipo de contrato. Ahora bien, a la luz de la jurisprudencia solo habrá fraccionamiento del contrato cuando concurran los siguientes elementos: «*i) que exista una separación artificial de un mismo objeto contractual y ii) que dicha separación tenga como objetivo evitar procedimientos de convocatoria pública y de seleción objetiva*». De manera que estos elementos deberán ser constatados por la autoridad judicial competente para declarar una eventual nulidad absoluta del contrato. Así entonces, ha sido reiterada la posición del Consejo de Estado en el sentido de sostener que si bien es cierto la figura del fraccionamiento de los contratos no aparece prohibida expresamente en la Ley 80 de 1993, su aplicación se deriva de las pautas, reglas y principios establecidos por dicha Ley.



**CCE-DES-FM-17**

Bogotá D.C.,

Señor

**Guillermo Andrés Buitrago Huertas**

Bogotá D.C,

 **Concepto C – 588 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CONVENIOS SOLIDARIOS – Marco normativo – Ámbito de aplicación – Organismos de acción comunal / CONVENIO SOLIDARIO – LEY 2166 DE 2021 / CONVENIOS ASOCIATIVOS – Marco normativo – Ámbito de aplicación – Organismos de acción comunal / PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA – Aplicación en la contratación directa / FRACCIONAMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL – Prohibición |
|  **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220808007799  |

Estimado Señor Buitrago:

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 la consulta radicada el 6 de agosto de 2022.

**1. Problema planteado**

1 - ¿Los convenios solidarios y los convenios de asociación, son lo mismo? ¿Porque?
2 - ¿Los convenios solidarios y los convenios de asociación, se complementan? ¿Porque?
3 - ¿Los convenios solidarios deben cumplir con lo establecido en el decreto 92 del 2017 (art 1, 2, 3, 4 y 6)? ¿Porque?
4 - ¿Las JAC deben estar inscritas en el SECOP, para celebrar un convenio solidario con una alcaldía, como indica el decreto 92-2017 (art 9)? ¿Porque?
5 - ¿Los convenios solidarios deben cumplir con las publicaciones en el SECOP, como indica el decreto 92-2017 (art 7)? ¿Porque?
6 - ¿Los convenios solidarios, pueden ser expedidos por la modalidad de selección de la "contratación directa"? ¿Porque?
7 - ¿Las alcaldías pueden elegir arbitrariamente que la construcción de una obra sea por "convenio solidario" o debe justificar en los estudios previos el motivo por el cual no eligen la modalidad de la "mínima cuantía"?
8 - ¿Se puede utilizar el convenio solidario, de tal manera que se fragmente un mismo objeto contractual varias veces, que si sumamos sus valores se puede concluir que se debía expedir de acuerdo a su valor por selección abreviada?
9 - ¿Los convenios solidarios deben cumplir con el principio de selección objetiva?».

**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 consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares o conceptuar sobre el alcance de normas ajenas a la contratación estatal 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 ni para interpretar el alcance de cualquier norma vigente en el ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) la distinción entre la naturaleza jurídica de los convenios solidarios y de los convenios de asociación y ii) la prohibición de fraccionamiento de la cuantía de los convenios solidarios.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos No. 4201913000006135 del 10 de septiembre de 2019, 4201912000004117 del 17 de septiembre de 2019, C–140 del 31 de abril de 2020, C–223 del 29 de abril de 2020, C–477 del 27 de julio de 2020, C–656 del 17 de noviembre de 2020, C–763 del 7 de enero de 2021, C-785 del 18 de enero de 2021, C–155 del 14 de abril de 2021, C-364 del 28 de julio de 2021, C-394 del 17 de septiembre de 2021, C-627 del 25 de octubre de 2021, C-079 del 18 de febrero de 2022 y C-119 del 25 de marzo de 2022 analizó los convenios solidarios, su alcance y su régimen contractual. Por su parte, analizó el régimen jurídico de los convenios asociativos 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 del 8 de febrero de 2021, C-057 del 10 de marzo de 2021, C-280 del 15 de junio de 2021 y C – 560 de primero de septiembre de 2021. La tesis propuesta en estos conceptos se reitera a continuación y se complementa en lo pertinente teniendo en cuenta los interrogantes planteados.

**2.1. Distinción entre la naturaleza jurídica de los convenios solidarios y de los convenios de asociación**

**2.1.1. Naturaleza jurídica de los convenios solidarios**

El fundamento constitucional de la contratación estatal con entidades privadas sin ánimo de lucro se encuentra en el artículo 335 de la Constitución Política, el cual dispone, en su inciso segundo, que «[…] El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo […]». Así, teniendo en cuenta que el referido mandato constitucional insta al Gobierno Nacional a reglamentar el asunto, se expidió la Ley 136 de 1994 «Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios».

El parágrafo 3 del artículo 3 de la Ley 136 de 1994 introdujo los convenios solidarios como un tipo especial de contratación que consiste en «la complementación de esfuerzos institucionales, comunitarios, económicos y sociales para la construcción de obras y la satisfacción de necesidades y aspiraciones de las comunidades». En este sentido, reiterando la tesis expuesta por esta Agencia mediante concepto C- 455 de julio de 2022, el artículo tercero de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 1551 de 2012, determina tres alternativas mediante las cuales las entidades territoriales pueden celebrar convenios solidarios con organismos de acción comunal, las cuales se describen a continuación:

1. En primer lugar, el parágrafo cuarto del artículo 3 de la Ley 136 de 1994 autoriza a los entes territoriales del orden departamental y municipal a celebrar estos convenios con las juntas de acción comunal, siempre que se tenga por objeto la ejecución de obras de hasta por mínima cuantía. Importante recalcar que esta hipótesis encuentra su desarrollo normativo en el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021, el cual amplía las condiciones en que se pueden celebrar estos convenios con organismos de acción comunal para montos de hasta menor cuantía.
2. En segundo lugar, el numeral 16 del artículo 3 de la Ley 136 de 1994, en punto de las diferentes funciones de los municipios, les faculta a celebrar estos convenios con organismos de acción comunal con el objetivo de impulsar el desarrollo conjunto de programas y actividades conforme sus respectivos planes de desarrollo. El desarrollo normativo de esta hipótesis se encuentra en el Decreto 092 de 2017, a excepción de su artículo 5 el cual hace alusión a los convenios de asociación.
3. Finalmente, el parágrafo quinto del artículo 3 de la Ley 136 de 1994, adicionado por el artículo 128 de la Ley 1955 de 2019 «Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad», autoriza a las entidades del orden nacional a celebrar estos convenios con los organismos de acción comunal cuando se pretenda la ejecución de proyectos incluidos en el mencionado Plan Nacional de Desarrollo.

Conforme el parágrafo tercero del artículo 3 de la Ley 136 de 1994 y el artículo 355 de la Constitución Política, los tres regímenes, en común, corresponden a convenios celebrados entre entidades del orden nacional, departamental, distrital o municipal y los organismos de acción comunal, con el objetivo de lograr la satisfacción de necesidades y aspiraciones de las comunidades, y ser concordantes con los objetivos del Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, según el caso. A continuación, se pasan a explicar con más detalle sus diferencias y regímenes normativos específicos.

El *primer régimen*, a la luz del *parágrafo cuarto del artículo 3 de la Ley 136 de 1994*, requiere de la concurrencia de los siguientes requisitos: i) que las partes intervinientes sean, por un lado, entes territoriales del orden departamental o municipal y, por otro, juntas de acción comunal; ii) que el objeto contractual consista en la ejecución de obras; y, iii) que el contrato no supere la mínima cuantía. Adicionalmente, la junta de acción comunal debe estar previamente legalizada y reconocida ante los organismos competentes, y se debe tomar, como personal para la ejecución de la obra, a los habitantes de la comunidad. Siendo así, se autoriza la contratación directa entre las partes.

No obstante lo anterior, como se mencionó, el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021, –por medio de la cual se deroga la Ley 743 de 2002, desarrolla el artículo 38 de la Constitución en lo referente a los organismos de acción comunal y establece lineamientos para la formulación e implementación de la política pública de los organismos de acción comunal y de sus afiliados– amplió esta subregla en cuanto a los sujetos aplicables, condiciones y la cuantía del contrato, de la siguiente manera:

Artículo 95. Convenios Solidarios. Se autoriza a los entes territoriales del orden Nacional, Departamental, Distrital y municipal para celebrar directamente convenios solidarios con los Organismos de Acción Comunal con el fin de ejecutar obras hasta por la menor cuantía. Para la ejecución de estas deberán contratar con los habitantes de la comunidad.

Parágrafo 1. Los entes territoriales podrán incluir en el monto total de los Convenios Solidarios los costos directos, los costos administrativos y el Subsidio al dignatario representante legal para transportes de que trata la (SIC) el literal c) del artículo 38 de la presente ley.

Parágrafo 2. Adicional del monto del Convenio Solidario, los entes territoriales deberán contar o disponer de personal técnico y administrativo-contable, para supervisar y apoyar a los Organismos de Acción Comunal en la ejecución de las obras[[1]](#footnote-1).

Conforme con este régimen jurídico, la Agencia ha interpretado que los convenios solidarios están sujetos a las siguientes reglas:

1. Los sujetos intervinientes son, por un lado, «entidades territoriales del orden nacional, departamental, distrital y municipal» y, por otro, los organismos de acción comunal. De manera que no solo están facultados los Departamentos y Municipios –como se establecía antes– sino que también lo están las entidades del orden nacional. Por su parte, no solo se autoriza a las juntas de acción comunal, sino a los organismos de acción comunal, en general, de manera que debe tenerse en cuenta la clasificación que realiza el artículo 7 de la Ley 2166 de 2021. En consecuencia, la celebración de estos convenios puede realizarse con cualquiera de los organismos de acción comunal de primer, segundo, tercer y cuarto grado allí contemplados[[2]](#footnote-2).
2. Los convenios solidarios deben tener por objeto la ejecución de obras. Esto implica que no pueden desarrollarse otros objetos distintos a la ejecución de una obra, incluso a pesar de que se encuentren dentro de los Planes de Desarrollo respectivos.

A diferencia de la reglamentación anterior, el convenio no podrá exceder la menor cuantía de la entidad. Se amplía de mínima a menor cuantía el monto límite del convenio, de manera que se deberá atender a lo dispuesto en el literal b) del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 de cara a determinar el tope de la menor cuantía de la entidad estatal.

1. En el valor total del convenio la entidad podrá incluir los costos directos, los costos administrativos y el subsidio al dignatario representante legal para transportes de que trata el literal c) del artículo 38 de la Ley 2166 de 2022. Estos costos deberán incluirse en el ejercicio de planeación que realice la entidad y estar debidamente justificados.
2. Para la ejecución de las obras se establece el deber de contratar con los habitantes de la comunidad.
3. Las entidades deberán contar con personal técnico y administrativo-contable para apoyar y supervisar a los organismos de acción comunal durante la ejecución de las obras.

De manera que el cumplimiento de estos requisitos habilita a las partes intervinientes a celebrar directamente convenios solidarios, es decir, a contratar bajo la modalidad de contratación directa. Este régimen de contratación, como se explicó, ya se había establecido, inicialmente, en el parágrafo 4 del artículo 3 de la Ley 136 de 1994 y reiterado en la modificación que introdujo la Ley 1551 de 2012. No obstante, el contenido del artículo 95 referido es más amplio en relación con los sujetos, la cuantía del contrato y la ejecución de dichos convenios y continúa con la referencia a que ese tipo de contratos se celebren directamente.

El *segundo* *régimen*, consagrado en el numeral 16 del artículo 3 de la Ley 136 de 1994 y desarrollado por medio del Decreto 092 de 2017, exceptuando lo consignado en su artículo 5 –que versa sobre convenios de asociación– establece otra modalidad de contratación que atañe a los convenios solidarios. El mencionado decreto, «*Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso 2o del artículo 355 de la Constitución Política*», se expide en ejercicio de las facultades reglamentarias otorgadas al Gobierno Nacional de manera expresa por la Constitución Política con el fin de brindar desarrollo normativo a los convenios solidarios.

Este régimen especial y preferente previsto en el Decreto 092 de 2017 será aplicable cuando se reúnan los siguientes requisitos:

1. Las partes intervinientes son, de un lado, entidades territoriales del orden nacional, departamental, distrital o municipal y, de otro, entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad. En ese orden, no solo están facultados los Municipios y Distritos –conforme se establecía en el numeral 16 del artículo 3 en mención– sino que también lo están las entidades del orden nacional y departamental. Por otro lado, se autoriza no solo a los organismos de acción comunal, sino también a las entidades sin ánimo de lucro, en general, siempre que cuenten con «reconocida idoneidad». A la luz del artículo 3 del Decreto se entiende como entidad de reconocida identidad aquella que es «*adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación y cuenta con experiencia en el objeto a contratar*».
2. El objeto del contrato esté dirigido al impulso de programas y actividades de interés público acordes con el plan de desarrollo aplicable de acuerdo con el nivel de la entidad estatal. De aquí que sea necesario que previo al proceso de planeación, selección y contratación, se verifique que el objeto contractual encuentre una consagración expresa en el instrumento de planificación territorial de la escala respectiva.
3. El contrato, independientemente de su cuantía, no refleje relaciones conmutativas o sinalagmáticas que impliquen contraprestaciones para la entidad del Estado. De esta manera, el contrato no debe generar relaciones recíprocas en favor de las partes intervinientes, pero, sobre todo, prestaciones que favorezcan a la entidad estatal.
4. La entidad del Estado no imparta instrucciones precisas para la ejecución del objeto convenido.

Este segundo régimen implica aplicar el proceso de planeación, selección y contratación previsto en el Decreto 092 de 2017 y, en lo no previsto en este, conforme las remisiones de los artículos 7 y 8 del Decreto, las normas previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. De manera que, conforme lo establece el artículo 7 del Decreto, la contratación estará «*sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables*», entre ellos, el principio de selección objetiva.

Finalmente, el *tercer régimen*, cuyo fundamento se encuentra en el parágrafo quinto del artículo 3 de la Ley 136 de 1994, adicionado por el artículo 128 de la Ley 1955 de 2019 «*Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad*», autoriza a las entidades del orden nacional a celebrar estos convenios con los organismos de acción comunal cuando se pretenda la ejecución de proyectos incluidos en el mencionado Plan Nacional de Desarrollo. Lo que se pretendía entonces era reforzar las herramientas para la implementación del Plan, sin establecer mayores requisitos. No obstante, reiterando la postura de esta Agencia en diferentes conceptos[[3]](#footnote-3), se ha considerado que estas normas deben interpretarse armónicamente con lo dispuesto en el artículo 141 de la precitada Ley[[4]](#footnote-4) y el artículo 55 de la Ley 743 de 2002[[5]](#footnote-5) –norma vigente hasta la expedición de la Ley 2166 de 2021–. En virtud de tales disposiciones normativas, las organizaciones comunitarias cuentan con la posibilidad de «*vincularse al desarrollo y mejoramiento municipal mediante la participación en el ejercicio de las funciones, la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas a cargo de la administración central o descentralizada*». Para ese efecto, según lo establece esta misma disposición normativa, se dará aplicación a los artículos 375 a 378 del Decreto 1333 de 1986 y al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Esta modalidad de contratación resulta aplicable a todos los casos no reglamentados a través de normas específicas en los que:

1. Se vinculen entidades del orden nacional, municipal o distrital y organizaciones comunales.
2. Se cumpla con el objetivo planteado en el parágrafo tercero del artículo tercero de la Ley 136 de 1994, en consonancia con el artículo 355 constitucional.
3. No exista otra forma especial de contratación.

**2.1.2. Naturaleza jurídica de los convenios de asociación**

En desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política antes mencionado no solo se crean los regímenes jurídicos atinentes a los convenios solidarios, sino también el que atañe a los convenios de asociación. En punto de estos convenios 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[[6]](#footnote-6).

En consecuencia, el Decreto 092 de 2017, al desarrollar las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con entidades sin ánimo de lucro, establece dos hipótesis distintas: i) los contratos de interés público del artículo 355 de la Constitución Política con el propósito de impulsar programas y actividades conformes 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, de conformidad con el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Estos últimos regulados por medio del artículo 5 del mencionado decreto, con el propósito de «[q]*ue 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*»[[7]](#footnote-7). Así, según lo dispuesto en este artículo, cuando haya más de una entidad privada sin ánimo de lucro como oferente, la entidad estatal deberá adelantar un proceso competitivo bajo un proceso de selección objetivo justificando los criterios de elección. Lo anterior, salvo aquellos casos en que la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. De encontrar que más de una entidad sin ánimo de lucro le ofrece a la entidad al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse.

Ahora bien, en el marco de ese proceso competitivo de que trata el artículo 5 y, en general, a la hora de seleccionar la entidad sin ánimo de lucro, debe tenerse en cuenta que la noción «selección de forma objetiva» no puede ser entendida como una remisión total a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. La entidad estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetiva, no arbitrariamente, a aquella que tenga las mejores condiciones de idoneidad para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación.

También podrán suscribirse convenios de asociación con dos o más entidades sin ánimo de lucro conjuntamente, según lo establecido en la Ley 80 de 1993 –al consagrar diferentes formas asociativas de cara a participar en los procesos de contratación–, o con dos o más entidades estatales, caso en el cual las funciones legales de estas entidades deberán coincidir conforme lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 –al establecer que la asociación se gesta con el propósito de que las entidades estatales cumplan sus funciones legales–.

Al igual que el convenio solidario reglamentado en el Decreto 092 de 2017, el convenio de asociación no es conmutativo o sinalagmático. La entidad estatal solo se asocia para el cumplimiento de objetivos comunes, sin instruir al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas[[8]](#footnote-8).

En consecuencia con lo anterior, lo que determina la aplicación del convenio solidario o de asociación será entonces el objeto del contrato o convenio que la entidad pretende adelantar y los sujetos que intervienen. Los contratos del artículo 355 de la Constitución Política tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de algunos sectores de la población, siempre que estén previstas en los planes de desarrollo y son celebrados con entidades sin ánimo de lucro, entre ellos con organismos de acción comunal. Por su parte, los convenios de asociación se suscriben para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales y pueden ser celebrados, en su totalidad, con entidades sin ánimo de lucro en general.

**2.2. Prohibición de fraccionamiento de la cuantía de los convenios solidarios**

Para el caso del *primer régimen* jurídico descrito para los convenios solidarios, este tiene un límite consistente en que no podrá exceder la menor cuantía de la entidad. Por tanto, los sujetos señalados en la norma están facultados para celebrar estos convenios por la mínima o la menor cuantía de la entidad, para lo cual se atenderá lo previsto en el literal b) del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 para determinar el tope de la menor cuantía de la entidad estatal. De superarse el monto, no podrá suscribirse el convenio vía contratación directa.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática en señalar que el fraccionamiento del contrato, como resultado de dividir un mismo objeto contractual con el fin de evitar que supere cierta cuantía, está prohibido en atención a los aspectos esenciales de los principios y reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, a pesar de que este no consagra tal prohibición de manera expresa.[[9]](#footnote-9)

Fraccionar la unidad natural de un objeto contractual con el propósito de evadir una cuantía superior que implicaría un proceso de selección diferente, tiene como consecuencia la nulidad absoluta del contrato en los términos de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, aplicable en lo correspondiente a este tipo de contrato. [[10]](#footnote-10)

Ahora bien, a la luz de la jurisprudencia solo habrá fraccionamiento del contrato cuando concurran los siguientes elementos: «*i) que exista una separación artificial de un mismo objeto contractual y ii) que dicha separación tenga como objetivo evitar procedimientos de convocatoria pública y de seleción objetiva*»[[11]](#footnote-11). De manera que estos elementos deberán ser constatados por la autoridad judicial competente para declarar una eventual nulidad absoluta del contrato.

Así entonces, ha sido reiterada la posición del Consejo de Estado en el sentido de sostener que si bien es cierto la figura del fraccionamiento de los contratos no aparece prohibida expresamente en la Ley 80 de 1993, su aplicación se deriva de las pautas, reglas y principios establecidos por dicha Ley[[12]](#footnote-12).

**3. Respuesta**

*1 - ¿Los convenios solidarios y los convenios de asociación, son lo mismo? ¿Porque?*

*2 - ¿Los convenios solidarios y los convenios de asociación, se complementan?  ¿Porque?*

Los convenios solidarios y los convenios de asociación son dos figuras distintas con regímenes jurídicos independientes. Los primeros, en sus diferentes tipologías, encuentran fundamento en la protección del interés público a través de la participación de las entidades sin ánimo de lucro, en su mayoría organismos de acción comunal, en la ejecución de obras y de actividades y programas contenidos en instrumentos de planificación territorial. Los segundos, de manera más general, implican la cooperación entre estas entidades de cara al cumplimiento de funciones legales estatales y se suscriben con entidades sin ánimo de lucro. En esa línea, lo que determina la aplicación del convenio solidario o de asociación será entonces el objeto del contrato o convenio y los sujetos que intervienen.

El régimen jurídico de ambos tipos de convenios encuentra fundamento constitucional en el artículo 335 de la Constitución Política. La normativa en materia de convenios solidarios se encuentra en el artículo 3 de la Ley 136 de 1994 modificada por la Ley 1551 de 2012, el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021 y el Decreto 092 de 2017. Por su parte, el régimen jurídico de los convenios de asociación se encuentra en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y en los artículos 5, 6 y 8 del Decreto 092 de 2017, sin perjuicio de las remisiones que ambos cuerpos normativos hacen al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

*3 - ¿Los convenios solidarios deben cumplir con lo establecido en el decreto 92 del 2017 (art 1, 2, 3, 4 y 6)?  ¿Porque?*

*4 - ¿Las JAC deben estar inscritas en el SECOP, para celebrar un convenio solidario con una alcaldía, como indica el decreto 92-2017 (art 9)? ¿Porque?*

*5 - ¿Los convenios solidarios deben cumplir con las publicaciones en el SECOP, como indica el decreto 92-2017 (art 7)? ¿Porque?*

Los convenios solidarios que se suscriban conforme al Decreto 092 de 2017, deberán suscribirse bajo estricta observancia de lo dispuesto en los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10 y 11. Lo anterior sin perjuicio de las remisiones normativas que estas disposiciones hacen a las normas generales aplicables la contratación pública, tal como lo establece el artículo 8.

De esta forma, según lo dispuesto en los artículos 7 y 9 del Decreto, las juntas de acción comunal -entendidas como entidades sin ánimo de lucro- deberán estar registradas en el SECOP, al igual que la actividad contractual, los documentos del proceso de contratación y la información relativa a los subcontratos.

*6 - ¿Los convenios solidarios, pueden ser expedidos por la modalidad de selección de la "contratación directa"? ¿Porque?*

*7 - ¿Las alcaldías pueden elegir arbitrariamente que la construcción de una obra sea por "convenio solidario" o debe justificar en los estudios previos el motivo por el cual no eligen la modalidad de la "mínima cuantía"?*

*9 - ¿Los convenios solidarios deben cumplir con el principio de selección objetiva?*

Entendiendo que existen tres tipos de convenios solidarios con regímenes distintos derivados de las disposiciones de la Ley 136 de 1994 modificada por la Ley 1551 de 2012, a continuación se responde al interrogante en cada uno de ellos.

1. El primer régimen, establecido en el parágrafo cuarto del artículo 3 de la Ley 136 de 1994 y en el artículo 95 de la Ley 2166 de 2021, autoriza a los entes territoriales del orden nacional, departamental y municipal a celebrar estos convenios mediante contratación directa con los organismos de acción comunal, siempre que se tenga por objeto la ejecución de obras de hasta por menor cuantía. Bajo el cumplimiento de estas y las condiciones arriba descritas, se pueden celebrar estos convenios solidarios por contratación directa.
2. El segundo régimen, establecido en el numeral 16 del artículo 3 de la Ley 136 de 1994 y en el Decreto 092 de 2017, faculta a las entidades públicas a celebrar estos convenios vía contratación directa con organismos de acción comunal con el objetivo de impulsar el desarrollo conjunto de programas y actividades conforme sus respectivos planes de desarrollo siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 2 del mencionado decreto. No obstante, cuando en la etapa de planeación se identifique que el programa o actividad de interés público es ofrecido por más de una Entidad sin ánimo de lucro, la entidad estatal deberá adelantar el proceso competitivo establecido en el artículo 4 del decreto bajo la aplicación de los principios de la contratación estatal y normas presupuestales aplicables.
3. Finalmente, el tercer régimen, establecido en el parágrafo quinto del artículo 3 de la Ley 136 de 1994, adicionado por el artículo 128 de la Ley 1955 de 2019 –por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022–, autoriza a las entidades del orden nacional y territorial a celebrar estos convenios vía contratación directa con los organismos de acción comunal, cuando se pretenda la ejecución de proyectos incluidos en el mencionado Plan Nacional de Desarrollo, siempre que no exista otra forma de contratación aplicable.

Una vez cumplidos estos requisitos y los mencionados en las consideraciones, las entidades territoriales podrán justificar debidamente la suscripción de convenios solidarios mediante contratación directa de cara al cumplimiento de los principios de la función administrativa.

 Finalmente, frente el deber de selección objetiva resulta importante mencionar que este constituye un principio rector de la contratación estatal, independientemente de la modalidad de selección. En materia de contratación directa, su aplicación exige a la entidad estatal el deber de no seleccionar de manera arbitraria una oferta que resulta menos favorable para la entidad. Exige que la actividad contractual se encuentre al servicio del interés general, estructurada a partir de reglas claras y factores de evaluación objetivos y razonables de cara a los intereses del Estado y los derechos de los oferentes[[13]](#footnote-13). Queda entonces proscrita toda consideración de aspectos subjetivos contrarios a los fines buscados, atendiendo criterios de transparencia, imparcialidad e igualdad de oportunidades[[14]](#footnote-14).

*8 - ¿Se puede utilizar el convenio solidario, de tal manera que se fragmente un mismo objeto contractual varias veces, que si sumamos sus valores se puede concluir que se debía expedir de acuerdo a su valor por selección abreviada?.*

El fraccionamiento del contrato, como resultado de dividir un mismo objeto contractual con el fin de evitar que supere cierta cuantía, ha sido prohibido por la jurisprudencia del Consejo de Estado en distintos pronunciamientos en consideración de los aspectos esenciales de los principios y reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, a pesar de que tal prohibición no está expresamente consagrada en este.

A juicio del Consejo de Estado, fraccionar la unidad natural de un objeto contractual con el propósito de evadir una cuantía superior que implicaría un proceso de selección diferente, tiene como consecuencia la nulidad absoluta del contrato en los términos de los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993 siempre que aplique en lo correspondiente, la cual deberá ser declarada por la autoridad judicial competente.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Juan Carlos Covilla MartínezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. Texto tomado de la ley sancionada y publicada en la página web de la presidencia de la república, disponible en el siguiente enlace: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/leyes>. [↑](#footnote-ref-1)
2. «Artículo 7. Organismos de la Acción Comunal.

»a) Son organismos de acción comunal de primer grado las juntas de acción comunal y las juntas de vivienda comunal. La junta de acción comunal es una organización cívica, social y comunitaria de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria, con personería jurídica y patrimonio propio, integrada voluntariamente por los residentes de un lugar que aúnan esfuerzos y recursos para procurar un desarrollo integral, sostenible y sustentable con fundamento en el ejercicio de la democracia participativa;

»b) La junta de vivienda comunal es una organización cívica sin ánimo de lucro, integrada por familias que se reúnen con el propósito de adelantar programas de mejoramiento o de autoconstrucción de vivienda. Una vez concluido el programa, la junta de vivienda comunal se podrá asimilar a la Junta de Acción Comunal definida en el presente artículo, siempre y cuando cumpla los requisitos dispuestos en la ley;

»c) Es organismo de acción comunal de segundo grado la asociación de juntas de acción comunal. Tienen la misma naturaleza jurídica de las juntas de acción comunal y se constituye con los organismos de primer grado fundadores y los que posteriormente se afilien;

»d) Es organismo de acción comunal de tercer grado la federación de acción comunal, tiene la misma naturaleza jurídica de las juntas de acción comunal y se constituye con los organismos de acción comunal de segundo grado fundadores y que posteriormente se afilien;

»e) Es organismo de acción comunal de cuarto grado, la confederación nacional de acción comunal, tiene la misma naturaleza jurídica de las juntas de acción comunal y se constituye con los organismos de acción comunal de tercer grado fundadores y que posteriormente se afilien.

»PARÁGRAFO 1o. Cada organismo de acción comunal, se dará su propio reglamento conforme al marco brindado por esta ley enunciado en el artículo 1 y las normas que le sucedan.

»PARÁGRAFO 2o. Dentro del año siguiente a la expedición de la presente Ley en concertación con la organización social de la Acción Comunal, el Gobierno nacional expedirá una reglamentación para las Juntas de Vivienda Comunal». [↑](#footnote-ref-2)
3. Al respecto puede consultarse, entre otros, los conceptos C–155 del 14 de abril de 2021, C-364 del 28 de julio de 2021, C-394 del 17 de septiembre de 2021 y C-627 del 25 de octubre de 2021. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ley 136 de 1994 «Artículo 141. Vinculación al desarrollo municipal: Las organizaciones comunitarias, cívicas, profesionales, juveniles, sindicales, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin ánimo de lucro y constituidas con arreglo a la ley, podrán vincularse al desarrollo y mejoramiento municipal mediante su participación en el ejercicio de las funciones, la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas a cargo de la administración central o descentralizada» [↑](#footnote-ref-4)
5. Ley 743 del 2002 «Artículo 55. Conforme al artículo 141 de la Ley 136 de 1994, las organizaciones comunales podrán vincularse al desarrollo y mejoramiento municipal, mediante su participación en el ejercicio de sus funciones, la prestación de servicios, o la ejecución de obras públicas a cargo de la administración central o descentralizada.

»Los contratos o convenios que celebren los organismos comunales se regularán por el régimen vigente de contratación para organizaciones solidarias». [↑](#footnote-ref-5)
6. 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-6)
7. Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-7)
8. Concepto del 19 de noviembre de 2019, con radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sentencia del 31 de enero de 2011. MP: Olga Melida Valle de la Hoz. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ibídem. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado. Sentencia del 10 de febrero de 2022. MP: César Palomino Cortés. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ibídem. [↑](#footnote-ref-12)
13. En virtud de la selección objetiva, se impone un deber en el desarrollo de la actividad contractual del Estado, esto es, el de escoger la oferta más favorable para la entidad, de ahí que, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece: “… ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: (…)”. [↑](#footnote-ref-13)
14. En este sentido, el Consejo de Estado ha expresado sobre el particular lo siguiente: “…No obstante, tal autorización del legislador no implica que la contratación pueda en tales casos, efectuarse de manera discrecional, caprichosa o arbitraria por parte del funcionario competente para adjudicar los diferentes contratos que debe adelantar la Administración para el correcto cumplimiento de sus funciones. En realidad, la contratación directa constituye otro sistema de selección de contratistas, que también debe garantizar que dicha selección sea objetiva y el procedimiento que se emplee para ello, debe ajustarse a los principios que rigen la función administrativa en general, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, (…) El ordenamiento jurídico permite acudir al procedimiento de la contratación directa, solo en aquellos eventos en los que no es posible o conveniente adelantar la licitación publica; es decir, que existen razones justificadas a juicio del legislador, que permiten o conducen a prescindir de aquel mecanismo de selección formal y reglado. Significa lo anterior, que esa autorización no apunta ni se dirige a eximir a las autoridades estatales del deber de escoger a la propuesta más conveniente para la Administración, ni para permitirles realizar adjudicaciones eminentemente subjetivas, caprichosas, desligadas por lo tanto de la finalidad de toda contratación estatal, que es en ultimas la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los cometidos estatales, que solo se logran mediante la escogencia de la mejor oferta presentada en cualquier procedimiento de selección de contratistas, objetivamente considerada…” (Consejo de Estado – expediente 36947). [↑](#footnote-ref-14)