**DECRETO 092 DE 2017-** **Disposición-Alcance**

Dispone las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos eventos: i) los contratos de colaboración o de interés público, con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los primeros están regulados en el artículo 2 del Decreto 92 de 2017, mientras que los segundos en los artículos 5, 6, 7 y 8 ibidem. Es posible diferenciar, pues, los convenios de asociación, regulados en el artículo 5, de los contratos de colaboración, establecidos en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017.

**CONVENIOS ASOCIACIÓN-Finalida**

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»5 . En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. De todos modos, la entidad debe adelantar un proceso competitivo, salvo 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. De conformidad con el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en estos convenios debe determinarse «con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes», elementos dentro de los que resalta la exigencia de aportes, que debe interpretarse en el sentido de que las ESAL deben realizar aportes a los convenios que suscriban, los cuales pueden ser en dinero, en porcentajes inferiores o superiores al 30%, o en especie, los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación.

**CONTRATO DE COLABORACIÓN- Objeto**

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

**ARTÍCULO 355-CONTRATACION CON ESAL-Constitución Esal**

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 entidades privadas sin ánimo de lucro –ESAL– con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. 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.

Texto

Descripción generada automáticamenteBogotá D.C., 30 de Diciembre de 2022

Señor

# Jhoan Rene Cubillos Ladino

Armenia, Quindío

# Concepto C – 897 de 2022

**Temas:** DECRETO 092 DE 2017– Artículo 355 – Constitución Política – Convenios de Asociación – Artículo 96 – Ley 489 de 1998 / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Concepto – Aportes - artículo

5 – Decreto 092 de 2017 / ESAL – Decreto 092 de 2017 – Criterios – Aplicación – Contratos de colaboración – Convenios de asociación / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Selección objetiva - Aportes en especie / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN

- Aportes mínimos en dinero – 30% del valor total del convenio.

**Radicación:** Respuesta a consulta # P20221118011531

Estimado Señor Cubillos Ladino,

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 18 de noviembre de 2022.

# 1.Problema planteado

Usted formuló las siguientes preguntas en relación con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017:

«[…] si una entidad pública territorial de cualquier orden requiere suscribir un Convenio de Asociación con una ESAL con la capacidad y disposición de aportar el 30% del valor total del convenio en efectivo ¿cuál procedimiento debe agotar? En el mismo sentido

¿debe convocar, invitar o dar aviso a través de su página web o del Secop II a todas la Entidades Sin Ánimo de Lucro para que también manifiesten su interés de participar (esta pregunta a efectos de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 5° del Decreto 092 de 2017)? Ahora bien, teniendo en cuenta lo establecido en la página 9/56 de la Circular Externa Única de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente No. CCE-EICP-MA-06 versión 2 del 15 de julio de 2022, donde delimita la Contratación Régimen Especial (con ofertas) y la Contratación Régimen Especial (sin ofertas), es claro que cuando se trata del RÉGIMEN ESPECIAL SIN OFERTAS se hace alusión al procedimiento de contratación directa de que trata el artículo 5° del Decreto 092 de 2017 cuando la ESAL compromete el aporte del 30% del valor total del convenio en efectivo, en este sentido y considerando que la guía expedida por CCE denominada Modulo Régimen Especial Sin Ofertas no establece un ítem donde se INVITE a otras Entidades Sin Ánimo de Lucro a participar ¿Es necesario invitar o INFORMAR a través de la página web de la entidad territorial a todas las entidades Sin Ánimo de Lucro? Y de nuevo ¿cuál es el procedimiento a seguir? Por último, hay entidades públicas del orden territorial e incluso del Nacional que están aplicando el artículo 4° del Decreto 092 de 2017 e inician un proceso competitivo y como factor de selección hablan de que la ESAL puede aportar el 30% del valor total del convenio, para luego "adjudicarle" el convenio lo que a la luz de los lineamientos de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, es un contrasentido, pues; i) los convenios de que trata el artículo 4° son distintos a los del artículo 5° del Decreto 092 de 2017; ii) están mezclando el proceso competitivo con el de contratación directa y; iii) estan desconociendo de tajo el contenido del artículo 5° del Decreto 092 de 2017 y los lineamiento de CCE, por lo tanto; ¿Qué consecuencias jurídicas pueden predicarse de esta práctica donde se adelanta un proceso que no corresponde a la tipología de convenio, pues, uno es para los llamados de interés público o de cooperación (art 4°) y el otro para los de asociación (art 5°)? ¿habría lugar a la nulidad del convenio celebrado de esa forma?».

Para resolver la presente consulta se analizarán los siguientes temas: i) la Contratación con ESAL en el Decreto 092 de 2017, donde se analizarán los contratos de colaboración y los convenios de asociación; y ii) los aportes en los convenios de asociación y su incidencia en la forma de selección de la ESAL.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad –desde ahora ESAL–, en particular en los Conceptos 4201912000008310 del 26 de diciembre de 2019, 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C-070 04 de marzo de 2020, C-094 del 04 de marzo de 2020, C-086 del 16 de marzo de 2020, C-101 del 16 de marzo de 2020, C-228 del 17 de marzo de 2020, C-014 del 24 de marzo de 2020, C-215 de 31 de marzo de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020, C-416 del 30 junio de 2020, C-447 del 27 de julio de 2020, C-513 del 30 de julio de 2020, C-483 del 06 de agosto de 2020, C-579 del 4 de septiembre de 2020, C-594 del 7 de septiembre de 2020, C-670 del 22 de noviembre de 2020, C-689 del 1 de diciembre de 2020, C-724 de 14 de diciembre de 2020, C-749 del 23 de diciembre de 2020, C-758 del 04 de enero de 2021, C-806 de 8 de febrero de 2021 y C-478 de 8 de septiembre de 2021. En los conceptos con radicado No. C-070 del 4 de marzo de 2020, reiterado y desarrollado en los conceptos identificados con radicado No. C-081 del 3 de marzo de 2020 C-094 del 4 de marzo de 2020, C-057 de 10 de marzo de 2021 y C-379 de 26 de julio de 2021, C-021 del 22 de febrero de 2022, C-075 del 10 de marzo de 2022, C-477 del 26 de julio de 2022, C-273 del 6 de mayo de 2022, entre otros[[1]](#footnote-2), estudió los convenios de asociación del artículo 5 del del Decreto 092 de 2017; por lo que se reiteran dichas consideraciones y se complementan en lo pertinente.

**Contratación con ESAL en el Decreto 092 de 2017. Los *contratos de colaboración* y los *convenios de asociación***

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro –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-3). Por otra parte, la Ley 489 de 1998, en el artículo 96, permite a las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas[[3]](#footnote-4). Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad.

En desarrollo del artículo 355 de la Constitución, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 92 de 2017, que dispone las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. El Decreto regula dos eventos: i) los *contratos de colaboración* o de interés público, con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política; y ii) los *convenios de asociación*, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los primeros están regulados en el artículo 2 del Decreto 92 de 2017, mientras que los segundos en los artículos 5, 6, 7 y 8 *ibidem*. Es posible diferenciar, pues, los *convenios de asociación*, regulados en el artículo 5, de los *contratos de colaboración*, establecidos en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017[[4]](#footnote-5).

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

De otro lado, los *convenios de asociación* «[t]ienen como finalidad que la Entidad Estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley»[[5]](#footnote-6). En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. De todos modos, la entidad debe adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.

De conformidad con el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en estos convenios debe determinarse «con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes», elementos dentro de los que resalta la exigencia de aportes, que debe interpretarse en el sentido de que las ESAL deben realizar aportes a los convenios que suscriban, los cuales pueden ser en dinero, en porcentajes inferiores o superiores al 30%, o en especie, los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación.

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación ni tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, la unión temporal o el consorcio[[6]](#footnote-7). Sin embarg comoquiera que el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio debe buscar el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales involucradas, es necesario que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio coincidan de alguna de tal manera que, los cometidos funcionales de una y otra entidad se relacionen con el objeto del convenio.

Igualmente, considerando que los convenios de asociación «no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio», las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento, en dinero, del valor del convenio para celebrarlo directamente, pues de lo contrario deberá adelantarse un proceso competitivo. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben «asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. En caso de que la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse»[[7]](#footnote-8).

En ese sentido, y conforme a la consulta realizada, el procedimiento pertinente para la celebración del convenio de asociación es la modalidad de selección de contratación directa en el evento en que la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30%, si en cambio, y en atención al mencionado inciso 2, existen otras ESAL que comprometan sus recursos en una proporción no inferior al 30%, la entidad debe seleccionar de manera objetiva con cual ESAL celebrar el convenio de asociación, esto no presupone *per se* que se deba realizar una convocatoria de conformidad con la modalidades de selección competitivas.

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 lo que los criterios que permitan una selección objetiva deben definirse en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad puede decidir acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el EGCAP o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 92 de 2017.

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

Ahora bien, el Consejo de Estado, en el Auto del 6 de agosto de 2019 de la Sección Tercera, Subsección A –Exp. 62.003–, estudió la solicitud de suspensión provisional[[8]](#footnote-9) del inciso 2 del artículo 1, literales a y c del artículo 2, inciso 5 del artículo 2, inciso 2 del artículo 3, inciso final del artículo 4 y artículo 5 del Decreto 092 de 2017. No obstante, sobre esta última norma concluyó que el análisis de esta disposición debe realizarse a profundidad para establecer si efectivamente existe una contradicción normativa que implique que se afectó la competencia del legislador. En consecuencia, negó la solicitud de suspensión provisional frente a la última disposición relacionada con los convenios de asociación, reservando el análisis sobre la legalidad de dicho artículo a la sentencia de fondo. Por tanto, si se pretende realizar un *convenio de asociación* con ESAL de reconocida idoneidad para el cumplimiento de las funciones que la ley les asigna a las entidades públicas, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017. En todo caso, conviene precisar que mediante Auto del 15 de marzo de 2022[[9]](#footnote-10), el Consejo de Estado levantó la medida cautelar de suspensión provisional respecto del inciso 2 del artículo 1 y el inciso 2 del artículo 3, del Decreto 092 de 2007, por lo que surten en la actualidad efectos jurídicos[[10]](#footnote-11)

Como se explicó, en relación con los convenios de asociación, el artículo 5 del citado Decreto establece que el proceso para la selección de la ESAL, por regla general, debe estar sujeto a competencia; salvo en aquellos casos en que *una* entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio[[11]](#footnote-12), y siempre que la Entidad Estatal verifique previamente que no existe ninguna otra entidad sin ánimo de lucro que ofrezca aportes en dinero iguales o superiores al 30%, ya que en este último evento también deberá adelantar un proceso competitivo. De hecho, en relación con la naturaleza y cuantía de los convenios, la norma anteriormente citada no prohíbe la celebración de convenios en que la ESAL aporte menos del 30% o cuando aporten recursos en especie. En efecto, solo indica que en esos casos la Entidad Estatal debe acudir al proceso competitivo para seleccionar a la entidad sin ánimo de lucro con la cual celebrará el respectivo convenio.

Ahora bien, es importante distinguir entre el proceso competitivo previsto en el artículo 4 del Decreto 092 de 2007 y los procesos no sujetos a competencia, en donde la modalidad de selección será la contratación directa como ya se ha mencionado, reglado en el artículo 5 de la misma norma. La regla general enmarcada en el artículo 4 alude a que la Entidad Estatal «deberá adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista, cuando en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar es ofrecido por más de una Entidad sin ánimo de lucro.», prevé la concurrencia de más de una ESAL para desarrollar la actividad objeto del convenio. Por otro lado, la regla general prevista en el artículo 5 no contempla un proceso competitivo en el evento en que la Entidad Estatal celebre el convenio con una ESAL de reconocida idoneidad y esta «comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio», sin embargo, cabe resaltar que el inciso segundo de este articulo 5 prevé un procedimiento de selección objetiva «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». En todo caso, en cumplimiento del artículo 4 y en el evento contemplado por el inciso segundo del artículo 5, las entidades estatales podrán determinar la forma de garantizar la selección objetiva ya sea a través de la publicación de una invitación o por medio de una convocatoria, dependiendo de sus manuales de procesos y procedimientos y del manual de interno de contratación de cada entidad, quedará a discrecionalidad de la entidad.

Finalmente, sintetizando lo expresado en relación con los *convenios de* asociación, la finalidad de los aportes a que se refirió en consideraciones previas está dirigidos concretamente a lograr la ejecución del convenio. De todos modos, la entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Así, si se pretende suscribir un *convenio de asociación* con una ESAL de reconocida idoneidad para el cumplimiento de las funciones que la ley les asigna a las entidades públicas, deben aplicar lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 92 de 2017. Como se estableció *supra*, este artículo dispone que el proceso para la escogencia de la ESAL, por regla general, debe estar sujeto a competencia. Esto, salvo en aquellos casos en los que una ESAL manifieste su compromiso de aportar recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio, siempre y cuando no existan otras ESALES que ofrezca aportes en monto igual o superior a dicho porcentaje, pues en este evento también se tendría que realizar un proceso competitivo.

* 1. **Aportes en los *convenios de asociación* y su incidencia en la forma de selección de la ESAL**

Como se indicó, el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 establece que los convenios de asociación que celebren las ESAL y las entidades estatales, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la ley, según lo contemplado en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no están sujetos a competencia cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción igual o superior al 30% del valor total del convenio. Es decir, según la normativa aplicable, tal como lo indicó esta Agencia en la «Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad», el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 «[…] busca reconocer el esfuerzo de la ESAL para conseguir recursos propios o de cooperación para el desarrollo conjunto de actividades de las Entidades Estatales en el marco del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y eximirla de competencia cuando aporta 30% o más de los recursos requeridos». En similar sentido, Mauricio Rodríguez Tamayo manifiesta:

«El Decreto 092 de 2017 permite la escogencia directa de una ESAL, para la suscripción de un convenio de asociación solo cuando el privado sin ánimo de lucro aporta no menos de 30% en dinero del valor total del convenio. Por supuesto, es necesario acreditar la idoneidad necesaria de la ESAL, para que participe junto con el Estado en la atención y prestación de servicios públicos de naturaleza estatal.

Se podrá contratar directamente por esta causal siempre que esté acreditada cualquiera de las siguientes circunstancias: […] ii) se celebran convenios de asociación a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y la ESAL compromete recursos en dinero en una proporción no inferior a 30% del valor total del convenio[[12]](#footnote-13).»

Sin embargo, según el mismo artículo 5, *si hay más de una ESAL* que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por ley a una Entidad Estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, esta última debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección. En este evento, la Entidad Estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación.

De otro lado, conviene señalar que en estos convenios de asociación no existen contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. De todos modos, como se indicó, la entidad debe adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio y no exista otra ESAL que realice el mismo compromiso.

En este sentido, Colombia Compra Eficiente en la «Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad», señaló que: «[…] la exigencia de recursos en dinero se puede cumplir con instrumentos financieros, jurídicos y contables que sean transables y que tengan liquidez suficiente para ser equivalentes al dinero». Sin embargo, debe insistirse en que la entidad será autónoma en definir el mecanismo que le parezca más conveniente para el recaudo de los recursos económicos. Además, dichos recursos deberán comprometerse en actividades orientadas a la ejecución de los objetivos comunes de la asociación con la respectiva entidad pública, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

En ese contexto, cuando el aporte de la ESAL al convenio de asociación, que se realizará con una Entidad Estatal bajo los términos del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, no sea en dinero sino en especie, esto es, con bienes tangibles e intangibles distintos al dinero o que no sean equivalentes a este, en los términos indicados en el párrafo anterior, *no* se aplicará la regla que determina que si el aporte de recursos en dinero es igual o superior a un 30% del valor del convenio, este se podrá celebrar de forma directa, por lo que deberá adelantarse un proceso competitivo. No obstante, se precisa que eso no significa que no puedan hacerse aportes en especie, sino que como mínimo debe realizarse un aporte en dinero del 30% del valor del convenio de asociación para que pueda aplicar la selección directa de la ESAL, siempre que no haya otra entidad privada sin ánimo de lucro que realice el mismo ofrecimiento.

De este modo, en los convenios de asociación la ESAL debe aportar un 30% total del convenio en dinero para que no proceda el proceso competitivo, el cual podrá tener origen en recursos propios o en recursos de cooperación internacional cuya destinación permita la ejecución y el logro de los objetivos comunes del convenio celebrado con la Entidad Estatal asociada, sin perjuicio de que haya otros aportes en especie que se pacten para la ejecución de las actividades y finalidades de este.

# Respuesta

«[…] si una entidad pública territorial de cualquier orden requiere suscribir un Convenio de Asociación con una ESAL con la capacidad y disposición de aportar el 30% del valor total del convenio en efectivo ¿cuál procedimiento debe agotar? En el mismo sentido

¿debe convocar, invitar o dar aviso a través de su página web o del Secop II a todas la Entidades Sin Ánimo de Lucro para que también manifiesten su interés de participar (esta pregunta a efectos de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 5° del Decreto 092 de 2017)? Ahora bien, teniendo en cuenta lo establecido en la página 9/56 de la Circular Externa Única de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente No. CCE-EICP-MA-06 versión 2 del 15 de julio de 2022, donde delimita la Contratación Régimen Especial (con ofertas) y la Contratación Régimen Especial (sin ofertas), es claro que cuando se trata del RÉGIMEN ESPECIAL SIN OFERTAS se hace alusión al procedimiento de contratación directa de que trata el artículo 5° del Decreto 092 de 2017 cuando la ESAL compromete el aporte del 30% del valor total del convenio en efectivo, en este sentido y considerando que la guía expedida por CCE denominada Modulo Régimen Especial Sin Ofertas no establece un ítem donde se INVITE a otras Entidades Sin Ánimo de Lucro a participar ¿Es necesario invitar o INFORMAR a través de la página web de la entidad territorial a todas las entidades Sin Ánimo de Lucro? Y de nuevo ¿cuál es el procedimiento a seguir? Por último, hay entidades públicas del orden territorial e incluso del Nacional que están aplicando el artículo 4° del Decreto 092 de 2017 e inician un proceso competitivo y como factor de selección hablan de que la ESAL puede aportar el 30% del valor total del convenio, para luego "adjudicarle" el convenio lo que a la luz de los lineamientos de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, es un contrasentido, pues; i) los convenios de que trata el artículo 4° son distintos a los del artículo 5° del Decreto 092 de 2017; ii) están mezclando el proceso competitivo con el de contratación directa y; iii) estan desconociendo de tajo el contenido del artículo 5° del Decreto 092 de 2017 y los lineamiento de CCE, por lo tanto; ¿Qué consecuencias jurídicas pueden predicarse de esta práctica donde se adelanta un proceso que no corresponde a la tipología de convenio, pues, uno es para los llamados de interés público o de cooperación (art 4°) y el otro para los de asociación (art 5°)? ¿habría lugar a la nulidad del convenio celebrado de esa forma?».

Para responder la consulta, se precisa que, para la celebración de *convenios de asociación*, las entidades estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. Además, tienen una autonomía similar para definir el mecanismo de recolección de los recursos en dinero que la ESAL aportará para la ejecución de las actividades del convenio de asociación, en los supuestos en que la celebración del convenio no esté sujeto a competencia, esto es, cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de las actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio.

Considerando que los convenios de asociación «no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio», las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento, en dinero, del valor del convenio para celebrarlo directamente, pues de lo contrario deberá adelantarse un proceso competitivo. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben «asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. En caso de que la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse».

En ese sentido, y conforme a la consulta realizada, el procedimiento pertinente para la celebración del convenio de asociación es la modalidad de selección de contratación directa en el evento en que la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30%, si en cambio, y en atención al mencionado inciso 2, existen otras ESAL que comprometan sus recursos en una proporción no inferior al 30%, la entidad debe seleccionar de manera objetiva con cual ESAL celebrar el convenio de asociación, esto no presupone *per se* que la modalidad de selección deba ser el concurso de méritos.

Por último, frente a el proceso competitivo previsto en el artículo 4 del Decreto 092 de 2007 y los procesos no sujetos a competencia, en donde la modalidad de selección será la contratación directa como se mencionó en la parte considerativa, reglado en el artículo 5 de la misma norma, la regla general enmarcada en el artículo 4 alude a que la Entidad Estatal «deberá adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista, cuando en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar es ofrecido por más de una Entidad sin ánimo de lucro.», prevé la concurrencia de más de una ESAL para desarrollar la actividad objeto del convenio. Por otro lado, la regla general prevista en el artículo 5 no contempla un proceso competitivo en el evento en que la Entidad Estatal celebre el convenio con una ESAL de reconocida idoneidad y esta «comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio», sin embargo, cabe resaltar que el inciso segundo de este articulo 5 prevé un procedimiento de selección objetiva «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». En todo caso, en cumplimiento del artículo 4 y en el evento contemplado por el inciso segundo del artículo 5, las entidades estatales podrán determinar la forma de garantizar la selección objetiva ya sea a través de la publicación de una invitación o por medio de una convocatoria, dependiendo de sus manuales de procesos y procedimientos, y del manual interno de contratación de cada entidad, quedará a discrecionalidad de la entidad.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

Elaboró: Gabriel Alejandro Murcia Taboada

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Revisó: Any Alejandra Tovar Castillo

Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual

Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio Subdirectora de Gestión Contractual

1. <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>. [↑](#footnote-ref-2)
2. 2 Sobre esta norma consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, cuyo radicado es el No. 4201913000008240. [↑](#footnote-ref-3)
3. 3 «Articulo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

   » Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes». [↑](#footnote-ref-4)
4. 4 En el concepto emitido el 5 de febrero de 2019, dentro del radicado No. 2201913000000663, se dijo: «[l]os convenios de asociación del artículo 5 son distintos a los contratos de colaboración del artículo 2 del Decreto 092 de 2017». [↑](#footnote-ref-5)
5. Concepto del 3 de septiembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-6)
6. 6 «[…] 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-](https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias) [tipo/manuales-y-guias](https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias)). [↑](#footnote-ref-7)
7. Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-8)
8. 8 Se precisa que la suspensión provisional, de acuerdo con el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, es una medida cautelar que busca proteger y garantizar, de forma provisional, que la norma demandada no genere actos contrarios al ordenamiento jurídico, razón por la cual, para decretarla es necesario que la transgresión de las normas superiores invocadas surja de la comparación entre estas y los actos acusados o del estudio de las pruebas aportadas con la solicitud.

   9 Consejo de Estado. Sala Plena. Auto del 15 de marzo de 2022. Consejera Ponente: Rocío Araujo Oñate. Expediente:

   62.003. En esta decisión, en efecto, se decidió: «REVOCAR los numerales primero y tercero de la parte resolutiva del auto proferido el 6 de agosto de 2019, que suspendieron de manera provisional los efectos del inciso segundo del artículo 1 y del inciso segundo del artículo 3 del Decreto 92 de 2017, respectivamente, y en su lugar NEGAR la medida cautelar», y «CONFIRMAR LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL de los literales a) y c) del artículo segundo y el inciso quinto de la misma norma, así como del inciso final del artículo 4 del Decreto 92 de 2017, por las razones expuestas». [↑](#footnote-ref-9)
9. [↑](#footnote-ref-10)
10. 10 En armonía con lo anterior, las siguientes son las conclusiones que dedujo esta Agencia en relación con los *contratos de colaboración*, tal como se expresa, por ejemplo, en el concepto C-529 del 11 de agosto de 2020: «En este orden de ideas, la contratación con entidades sin ánimo de lucro se sigue rigiendo por el Decreto 092 de 2017, salvo lo que fue objeto de suspensión provisional. Por lo tanto, las entidades públicas que desean celebrar contratos de interés público, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política, deben contratar con ESAL de reconocida idoneidad, como ya se dijo, realizando un proceso competitivo, y teniendo en cuenta, se insiste, las siguientes características: i) no se debe condicionar el proceso de contratación a la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios; ii) tampoco se debe condicionar a que la contratación con las ESAL garantice la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo; iii) el objeto del contrato debe estar acorde con el plan nacional o seccional de desarrollo; iv) no se puede condicionar únicamente que las actividades o programas correspondan exclusivamente a promover los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, por lo que basta con cumplir el anterior numeral iii); y v) el contrato no establezca una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la entidad, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato». [↑](#footnote-ref-11)
11. 11 Decreto 1082, artículo 5: «[…] no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional». [↑](#footnote-ref-12)
12. RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio. Contratación pública con Entidades sin ánimo de lucro. Bogotá: Legis Editores, 2017. p. 28. [↑](#footnote-ref-13)