CCE-DES-FM-17

**CONTRATOS CON ESAL – Artículo 355 – Constitución – Fundamento**

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 sin ánimo de lucro – en adelante ESAL – con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. Por otra parte, 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.

**TIPOS DE CONTRATOS – Artículo 355 – Constitución – ESAL**

El Decreto regula dos (2) 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 092 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.

De un lado, los *contratos del artículo 355 de la Constitución Política* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la ESAL contratista.

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”.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Ley 489 – Artículo 96 – Entidad Estatal**

[…] de conformidad con el artículo 96 de la Ley 489 de 1996, los *convenios de asociación* pueden ser celebrados por cualquier Entidad Estatal “cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo”. En este sentido, serán competentes para celebrar este tipo de convenios todas las entidades enlistadas en el artículo 2° del EGCAP.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Ley 489 – Artículo 96 – Concejos Municipales – Capacidad contractual**

Del artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto – en adelante EOP – se desprende que los concejos tienen facultad para suscribir contratos de manera independiente y, más relevante para efectos de resolver la consulta, son Entidades Estatales para el EGCAP, pues son organismos a los que la ley otorga capacidad para celebrar contratos conforme al artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Por tanto, de su calidad de Entidades Estatales para los efectos del EGCAP, los concejos tienen los mismos derechos y obligaciones que el referido estatuto y sus normas reglamentarias establecen para las Entidades Estatales en general. En consecuencia, es posible concluir que tienen la capacidad de suscribir convenios de asociación.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Aporte económico de la ESAL – Mecanismo de recaudo**

[…] la Agencia Nacional de Contratación Pública – 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.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – ESAL – Régimen – Remisión – Artículo 8 – Decreto 092 de 2027**

Como se indicó, los convenios que permite celebrar el artículo 355 de la Constitución Política *en principio* cuentan con un régimen especial en el Decreto 092 de 2017 y en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Sin embargo, el artículo 8 de dicho Decreto establece que en lo no reglamentado en él deben observarse “las normas generales aplicables a la contratación pública”. En tal sentido, frente al aspecto por el cual se formula la consulta – esto es el límite a la adición de los convenios – habría que preguntarse si cuenta con una regulación especial en el Decreto 092 de 2017. Si la respuesta fuera afirmativa, tendría que aplicarse tal regulación. Pero, de ser negativa, habría que aplicar también el EGCAP, así como sus normas complementarias y reglamentarias, pues, precisamente, dichos preceptos son las “normas generales aplicables a la contratación pública” a las que alude el artículo 8 del Decreto 092 de 2017. En otras palabras, el EGCAP y sus normas complementarias y reglamentarias llenan los vacíos que se presentan en el Decreto 092 de 2017 frente a la regulación de los asuntos asociados a la celebración, ejecución y liquidación de los convenios que encuentran fundamento en el artículo 355 de la Constitución, incluidos en esta categoría los convenios de asociación previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – ESAL – Régimen – Remisión – Artículo 8 – Decreto 092 de 2027 – Adición**

Pues bien, el peticionario indaga si en los convenios consagrados en el artículo 355 de la Constitución y en el artículo 96 *ibidem* rige la Ley 80 de 1993 pueden adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor. Siguiendo la metodología explicada, hay que señalar que esta materia – la adición – *no está regulada expresamente en el Decreto 092 de 2017*. Este reglamento, además, como se indicó, es el que desarrolla el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, la cual tampoco establece normas sobre dicho tema. En consecuencia, el vacío que se presenta frente a este asunto debe llenarse con la remisión que efectúa el artículo 8 del Decreto 092 de 2017.

Al respecto, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece un límite para las adiciones a los contratos estatales. En efecto, señala que “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”. El Decreto 092 de 2017 no prevé algo al respecto. Pero, como se ha explicado, su artículo 8 dispone que deben aplicarse las normas generales de la contratación pública en aquello que no esté reglamentado en dicho Decreto. Dentro de estas normas está, precisamente, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Esta disposición no efectúa distinción alguna frente a los tipos de *contratos* en los que aplica el límite de las adiciones. Simplemente, dice que “Los contratos no podrán adicionarse” superando el tope allí previsto. Los convenios regulados en el Decreto 092 de 2017 y en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 son *contratos*.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – ESAL – Adición – Aportes – Treinta por ciento**

Si bien, en el marco de los convenios de asociación las partes, en virtud del principio de autonomía, pueden acordar una adición al contrato – siempre y cuando se respete el límite establecido, lo cierto es que esa modificación debe sujetarse a las reglas establecidas en el Decreto 092 del 2017. En ese sentido, si el Decreto establece que la celebración de los convenios de asociación se podrá realizar de forma directa siempre y cuando una ESAL se comprometa a aportar no menos de treinta por ciento (30%) del valor total del convenio, este valor incluye el valor adicionado. Por ende, respondiendo la pregunta hecha por el peticionario, es válido concluir que, si un convenio de asociación se celebró de forma directa, en caso de que se realice una adición al valor del convenio, la ESAL debe realizar el aporte de forma proporcional a esa modificación, cosa tal que su aporte sea equivalente el treinta por ciento (30%) del total del convenio – incluida la adición, pues solo de esta manera se estaría respetando las reglas establecidas en el Decreto 092 de 2017.

Bogotá D.C., 24 de abril de 2024



Señor

**Marlon Alain Mosquera Tejada**

Florencia, Caquetá

**Concepto C-045 de 2024**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONTRATOS CON ESAL – Artículo 355 – Constitución – Fundamento / TIPOS DE CONTRATOS – Artículo 355 – Constitución – ESAL / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Ley 489 – Artículo 96 – Entidad Estatal / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Ley 489 – Artículo 96 – Concejos Municipales – Capacidad contractual / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Aporte económico de la ESAL – Mecanismo de recaudo / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – ESAL – Régimen – Remisión – Artículo 8 – Decreto 092 de 2017 / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – ESAL – Régimen – Remisión – Artículo 8 – Decreto 092 de 2027 – Adición / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – ESAL – Adición – Aportes – Treinta por ciento |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta P20240312002721 |

Estimado señor Mosquera Tejada:

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, así como lo establecido en la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 11 de marzo de 2024.

1. **Problema planteado**

Respecto del Decreto 092 de 2007, usted formula las siguientes consultas:

“De conformidad con el articulo 5° del DECRETO 092 se tiene las siguientes preguntas:

1. Se puede adicionar mas del 50% el valor del convenio de asociación ?

2. Si bien es cierto, el convenio se celebra de manera directa porque el cooperante aporta el 30%; Para realizar una adición el cooperante deberá aportar del 30% del valor de la adición nuevamente ? o no será necesario y dicho requisito solo es para la suscripción del convenio ?

3. Es obligatorio que el COOPERANTE demuestre el 30% del aporte a través de certificación bancaria o podrá acreditarse a través de declaración bajo juramento o cualquier otro medio ?

4. El convenio del articulo 5° del DECRETO 092 lo pueden suscribir los CONCEJOS MUNICIPALES?” (SIC).

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal.

La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-2). Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

 En atención de lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual, 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) Régimen jurídico aplicable a los convenios regulados en el artículo 355 de la Constitución Política, en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y en el Decreto 092 de 2017; ii) la capacidad de los concejos municipales de celebrar convenios de asociación; iii) los aportes en los convenios de asociación y su incidencia en la forma de selección de la ESAL y; iv) el limite a la adición de los convenios de asociación.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó el régimen de los convenios de asociación regulados en el artículo 355 de la Constitución y en el Decreto 092 de 2017, entre otros, en los conceptos con radicado 4201912000008310 del 26 de diciembre de 2019, 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C-070 04 de marzo de 2020, C-094 del 04 de marzo de 2020, C-086 del 16 de marzo de 2020, C-101 del 16 de marzo de 2020, C-228 del 17 de marzo de 2020, C-014 del 24 de marzo de 2020, C-215 de 31 de marzo de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020, C-416 del 30 junio de 2020, C-447 del 27 de julio de 2020, C-513 del 30 de julio de 2020, C-483 del 06 de agosto de 2020, C-579 del 4 de septiembre de 2020, C-594 del 7 de septiembre de 2020, C-670 del 22 de noviembre de 2020, C-689 del 1 de diciembre de 2020, C-724 de 14 de diciembre de 2020, C-749 del 23 de diciembre de 2020, C-758 del 04 de enero de 2021, C-806 de 8 de febrero de 2021, C-379 del 26 de julio de 2021, C-548 del 05 de octubre de 2021, C-092 del 09 de marzo de 2022, C-106 del 30 de marzo de 2022 y C-274 del 05 de mayo de 2022. Así mismo, explicó los convenios de asociación entre Entidades Públicas y particulares regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, entre otros, en los conceptos 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C-055 del 28 de enero 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-416 del 30 de junio 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 30 de noviembre de 2020, C-758 del 4 de enero de 2021, C-057 del 10 de marzo de 2021, C-379 de 26 de julio de 2021, C-524 de 13 de otubre de 2021, C-594 del 28 de otubre de 2021, C-609 del 29 de otubre de 2021, C-638 del 15 de diciembre de 2021, C-670 de 28 de diciembre de 2021, C-051 del 7 de marzo de 2022, C-145 del 28 de marzo de 2022, C-274 del 05 de mayo de 2022, C-292 del 11 de mayo de 2022, C-273 del 6 de mayo de 2022, C-771 del 29 de diciembre de 2022[[2]](#footnote-3). Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta los interrogantes planteados.

**2.1. Régimen jurídico aplicable a los convenios regulados en el artículo 355 de la Constitución Política, en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y en el Decreto 092 de 2017. Reiteración de línea**

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 sin ánimo de lucro – en adelante ESAL – con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo[[3]](#footnote-4). Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998[[4]](#footnote-5) 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.

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

De un lado, los *contratos del artículo 355 de la Constitución Política* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la ESAL contratista.

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”[[6]](#footnote-7).

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 treinta por ciento (30%), o en especie, los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación.

En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio 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 treinta por ciento (30%) del valor total del convenio.

Igualmente, atendiendo a que los convenios de asociación “[…] no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio”, las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento (30%), 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. Cuando la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse”.

La noción *“seleccionar de forma objetiva”*, contenida en la disposición *sub examine* no puede ser entendida como una remisión total a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es a que la Entidad Estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las ESAL para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación, por lo que los criterios que permitan una selección objetiva deben definirse en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad puede decidir acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el EGCAP o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017.

En suma, 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, 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[[7]](#footnote-8) 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[[8]](#footnote-9), 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[[9]](#footnote-10).

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* ESAL comprometa recursos en dinero por un valor igual o superior al treinta por ciento (30%) del valor total del convenio[[10]](#footnote-11), y siempre que la Entidad Estatal verifique previamente que no existe ninguna otra ESAL que ofrezca aportes en dinero iguales o superiores al treinta por ciento (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 treinta por ciento (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 ESAL con la cual celebrará el respectivo convenio.

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.

**2.2. Capacidad de los concejos municipales de celebrar convenios de asociación**

En atención a la pregunta número 4 de su consulta, referente a si un concejo municipal puede suscribir un convenio de asociación, es menester indicar que, de conformidad con el artículo 96 de la Ley 489 de 1996, los *convenios de asociación* pueden ser celebrados por cualquier Entidad Estatal “cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo”. En este sentido, serán competentes para celebrar este tipo de convenios todas las entidades enlistadas en el artículo 2° del EGCAP. En consecuencia, es necesario analizar si los consejos municipales se enmarcan o no en la definición de Entidades Estatales.

Aunque el numeral 1° del artículo 2 ibidem no lista expresamente a los concejos municipales, el literal b) de dicho numeral dispone que son Entidades Estatales “los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”. De otra parte, el numeral 2° del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 considera como servidores públicos a “b) Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas”.

De los apartes transcritos se desprenden dos (2) aspectos para efectos de resolver la consulta: en *primer lugar*, se resalta que los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de estas son funcionarios públicos para efectos de la Ley 80 de 1993. Con ello, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -en adelante EGCAP – acepta tácitamente la capacidad de contratación de las corporaciones públicas. En *segundo lugar*, se observa que el numeral primero literal b) no incluyó expresamente a los concejos municipales, por lo cual la calidad de Entidad Estatal que puede predicarse de estas corporaciones depende de que la ley les otorgue capacidad para celebrar contratos. Sobre este punto, el artículo 352 de la Constitución Política de 1991 prescribe:

“Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar”.

Constitucionalmente corresponde a la Ley Orgánica del Presupuesto regular la capacidad de los organismos y Entidades Estatales para contratar. En esta medida, para entender el alcance del artículo 2, literal b) del numeral 1, de la Ley 80 de 1993 es necesario concordarlo con el artículo 110 del Decreto 111 de 1996. Esta norma, modificada por el artículo 124 de la Ley 1957 de 2019, dispone:

“Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, *tendrán la capacidad de contratar*y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. *Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo, o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes*.

[…]

*En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades* las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales, Asambleas y *Concejos*, las Contralorías y Personerías Territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica.

En todo caso, el Presidente de la República podrá celebrar contratos a nombre de la Nación”. (Énfasis fuera de texto)

Del artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto – en adelante EOP – se desprende que los concejos tienen facultad para suscribir contratos de manera independiente y, más relevante para efectos de resolver la consulta, son Entidades Estatales para el EGCAP, pues son organismos a los que la ley otorga capacidad para celebrar contratos conforme al artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Por tanto, de su calidad de Entidades Estatales para los efectos del EGCAP, es posible concluir que tienen la capacidad de suscribir convenios de asociación.

**2.3. 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, 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 treinta por ciento (30%) del valor total del convenio, siempre y cuando no existan otras ESAL que ofrezcan aportes en monto igual o superior a dicho porcentaje, pues en este evento también se tendría que realizar un proceso competitivo.

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”[[11]](#footnote-12).

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 treinta por ciento (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 ESAL para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación.

Ahora bien, respecto a la pregunta número 3 de su consulta relacionada con el recaudo de los aportes, debe señalarse que la Agencia Nacional de Contratación Pública – 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 treinta por ciento (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 treinta por ciento (30%) del valor del convenio de asociación para que pueda aplicar la selección directa de la ESAL, siempre que no haya otra ESAL que realice el mismo ofrecimiento.

De este modo, en los convenios de asociación la ESAL debe aportar un treinta por ciento (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.

**2.4. Alcance de las remisiones previstas en los artículos** **6, 7 y 8 del** **Decreto 092 de 2017: Limite a la adición de los convenios de asociación**

Para resolver la pregunta número 1 de la consulta, es importante tener en cuenta que la Constitución Política de 1991 establece tres (3) regímenes de contratación. El *primero* se fundamenta en la competencia prevista en el inciso final del artículo 150 superior, por el cual se faculta al Congreso de la República para expedir un Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. El *segundo* se relaciona con la posibilidad de crear regímenes especiales, caso en el cual la Constitución los exceptúa directamente, como sucede con las universidades públicas y el Banco de la República –artículos 69 y 371–, o permite que la ley defina el régimen jurídico de determinados órganos del Estado, como en el caso de las entidades descentralizadas por servicios –artículo 210– y las empresas de servicios públicos domiciliarios –artículo 365–. *Finalmente*, el citado artículo 355 establece el régimen de los contratos con las ESAL, el cual –además de extenderse a los *convenios de asociación* en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998– se desarrolló a través del Decreto 092 de 2017.

 Los primeros dos regímenes se caracterizan por la exhaustiva regulación de la actividad contractual. Los contratos sometidos al EGCAP, aunque se rigen por el derecho público, permiten la aplicación del derecho civil y comercial en los casos previstos en los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Así mismo, pese a la aplicación de las normas comunes sobre obligaciones y contratos en las entidades del régimen exceptuado, deben respetar los principios de la función administrativa, de la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, entre otras materias –Ley 1150 de 2007, artículo 13–, en armonía con los respectivos manuales de contratación. Sin embargo, frente a la regulación sumaria de los *contratos del artículo 355 de la Constitución* y los *convenios de asociación*, los artículos 6, 7 y 8 del Decreto 092 de 2017 disponen lo siguiente:

“Artículo 6°. Prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades. Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial, son aplicables a la contratación a la que hace referencia el presente decreto.

Artículo 7°. Aplicación de los principios de la contratación estatal. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables […]

Artículo 8°. Aplicación de normas generales del sistema de contratación pública. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto”.

Las normas citadas integran las lagunas o vacíos normativos del reglamento autónomo, y se aplican a todo lo que no esté expresamente regulado en él. Por ello no es posible aplicar ninguna de las disposiciones anteriormente citadas en temas como la idoneidad de las ESAL –artículo 3–, su registro en el SECOP –artículo 9– y la inaplicación del Registro Único de Proponentes –artículo 10–.

Ahora bien, cuando el artículo 8 del Decreto menciona a las “[…] normas generales aplicables a la contratación pública […]”, bien podrían referirse a las disposiciones comunes del EGCAP –*remisión parcial latu sensu*– o a la totalidad de la Ley 80 de 1993 –*remisión integral*–. En esta medida, determinar el alcance de la remisión del artículo 8 del Decreto 092 requiere considerar que no hay lugar a distinguir entre normas de carácter general o especial dentro del EGCAP, ya que de la competencia dispuesta en el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política se desprende que todas estas disposiciones regulan con el mismo grado de generalidad la actividad contractual del Estado.

Por ello, considerando que la Ley 80 de 1993 tiene el mismo grado de generalidad, esta Subdirección concluye que el artículo 8 del Decreto 092 de 2017 *remite integralmente* al EGCAP. Esta remisión alcanza tanto el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como los principios aplicables a la contratación estatal. Por tanto, los artículos 6, 7 y 8 del reglamento autónomo deben interpretarse en bloque, es decir, aplicando la Ley 80 de 1993 a todo supuesto que no esté expresamente regulado en el Decreto 092 de 2017.

Como se indicó, los convenios que permite celebrar el artículo 355 de la Constitución Política *en principio* cuentan con un régimen especial en el Decreto 092 de 2017 y en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Sin embargo, el artículo 8 de dicho Decreto establece que en lo no reglamentado en él deben observarse “las normas generales aplicables a la contratación pública”. En tal sentido, frente al aspecto por el cual se formula la consulta – esto es el límite a la adición de los convenios – habría que preguntarse si cuenta con una regulación especial en el Decreto 092 de 2017. Si la respuesta fuera afirmativa, tendría que aplicarse tal regulación. Pero, de ser negativa, habría que aplicar también el EGCAP, así como sus normas complementarias y reglamentarias, pues, precisamente, dichos preceptos son las “normas generales aplicables a la contratación pública” a las que alude el artículo 8 del Decreto 092 de 2017. En otras palabras, el EGCAP y sus normas complementarias y reglamentarias llenan los vacíos que se presentan en el Decreto 092 de 2017 frente a la regulación de los asuntos asociados a la celebración, ejecución y liquidación de los convenios que encuentran fundamento en el artículo 355 de la Constitución, incluidos en esta categoría los convenios de asociación previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Pues bien, el peticionario indaga si en los convenios consagrados en el artículo 355 de la Constitución y en el artículo 96 *ibidem* rige la Ley 80 de 1993 pueden adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor. Siguiendo la metodología explicada, hay que señalar que esta materia – la adición – *no está regulada expresamente en el Decreto 092 de 2017*. Este reglamento, además, como se indicó, es el que desarrolla el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, la cual tampoco establece normas sobre dicho tema. En consecuencia, el vacío que se presenta frente a este asunto debe llenarse con la remisión que efectúa el artículo 8 del Decreto 092 de 2017.

Al respecto, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece un límite para las adiciones a los contratos estatales. En efecto, señala que “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”. El Decreto 092 de 2017 no prevé algo al respecto. Pero, como se ha explicado, su artículo 8 dispone que deben aplicarse las normas generales de la contratación pública en aquello que no esté reglamentado en dicho Decreto. Dentro de estas normas está, precisamente, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Esta disposición no efectúa distinción alguna frente a los tipos de *contratos* en los que aplica el límite de las adiciones. Simplemente, dice que “Los contratos no podrán adicionarse” superando el tope allí previsto. Los convenios regulados en el Decreto 092 de 2017 y en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 son *contratos*. De hecho, el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución los llama de esa manera. En otras palabras, el hecho de que usualmente se les conozca como *convenios* no les quita su carácter contractual. Por tanto, respondiendo la pregunta hecha por el peticionario, es válido concluir que también deben cumplir el límite porcentual para las adiciones previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, cuyo tenor literal dispone: “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”[[12]](#footnote-13).

El parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 prohíbe que las adiciones superen el cincuenta por ciento (50%) del valor inicial, expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes. Por ejemplo, si el convenio de asociación, que se suscribió en el año 2021 tiene un valor de $500.000.000, que es equivalente a 550,34 salarios mínimos mensuales legales vigentes, en el año 2022, si se adiciona, no podrá superar más de 275,17 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Al respecto, la doctrina expresa:

“El parágrafo del art. 40 es, a primera vista, aparentemente claro, porque contiene tanto una permisión como una prohibición a la posibilidad de que el contrato se adicione. De un lado –sentido negativo-, prohíbe que la adición exceda el 50% del valor inicial; pero, de otro lado –sentido positivo- e implícitamente, la autoriza, pero solo hasta el 50 %. Las dos formas de ver son válidas[[13]](#footnote-14).

 De acuerdo con lo regulado, se establece la restricción para adicionar los convenios de asociación por encima del cincuenta por ciento (50%) del valor inicial expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes, sin que se haga distinción frente al origen de los recursos para calcular el valor inicial a efectos de determinar el tope analizado, por lo que se tendrá en cuenta el valor total inicial del convenio. De esta manera, tanto la Entidad Pública como el asociado al decidir adicionar el convenio de asociación se sujetan al límite del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con la remisión del artículo 8 del Decreto 092 de 2017 a las normas generales del EGCAP. En todo caso, la procedencia de adicionar estos convenios de asociación deberá corresponder al análisis que realice cada Entidad Estatal respecto a su conveniencia, por lo que le corresponderá definir en cada caso la viabilidad técnica, jurídica y financiera de realizar determinada modificación del convenio.

Finalmente, con el fin de contestar la pregunta número 2 de la consulta, se procede a analizar si en el evento que un convenio de asociación es celebrado de manera directa, en virtud de lo establecido en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 y, posteriormente, es adicionado, la ESAL debe aportar el treinta por ciento (30%) del valor de la adición. Al respecto, es necesario señalar que, conforme al artículo 5 ibidem “[…] los convenios de asociación que celebren entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y Entidades Estatales para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la ley a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del *valor total del convenio”*. (Énfasis fuera del texto original).

Así las cosas, la norma establece que la ESAL debe aportar mínimo el treinta por ciento (30%) del valor *total* del convenio. Nótese que la norma no hace distinción alguna frente a que la ESAL deba aportar el referido porcentaje respecto al valor inicial del convenio, sino que alude al valor total del mismo. Por lo tanto, en desarrollo del principio general de interpretación jurídica según el cual *donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete,* resulta viable concluir que, si el convenio fue objeto de adición deberá tenerse en cuenta en valor inicial más el valor de la adición para el cálculo del treinta por ciento (30%) de que trata el artículo 5 del Decreto objeto de estudio.

Si bien, en el marco de los convenios de asociación las partes, en virtud del principio de autonomía, pueden acordar una adición al contrato – siempre y cuando se encuentre se encuentre justificado y se respete el límite establecido, lo cierto es que esa modificación debe sujetarse a las reglas establecidas en el Decreto 092 del 2017. En ese sentido, si el Decreto establece que la celebración de los convenios de asociación se podrá realizar de forma directa siempre y cuando una ESAL se comprometa a aportar no menos de treinta por ciento (30%) del valor total del convenio, este valor incluye el valor adicionado. Por ende, respondiendo la pregunta hecha por el peticionario, es válido concluir que, si un convenio de asociación se celebró de forma directa, en caso de que se realice una adición al valor del convenio, la ESAL debe realizar el aporte de forma proporcional a esa modificación, cosa tal que su aporte sea equivalente el treinta por ciento (30%) del total del convenio – incluida la adición, pues solo de esta manera se estaría respetando las reglas establecidas en el Decreto 092 de 2017.

Si bien, la autonomía permite que se modifique el convenio, en la medida que la norma establece que no estará sujeto a un proceso competitivo si la ESAL aporta el treinta por ciento (30%) del valor del contrato en dinero, lo lógico es que la ESAL contratista deba realizar el aporte conforme al valor total del convenio resultante tras la modificación efectuada. Contrario sensu, si se aceptara una interpretación diferente, según la cual una vez celebrado el convenio con ESAL de forma directa esta solo debía cumplir con el aporte del treinta por ciento (30%) del valor inicial del contrato se estaría contrariando las reglas que rigen la selección de los contratistas.

**3. Respuesta**

“De conformidad con el articulo 5° del DECRETO 092 se tiene las siguientes preguntas:

1. Se puede adicionar mas del 50% el valor del convenio de asociación ?”(SIC).

Conforme lo expuesto, los convenios que permite celebrar el artículo 355 de la Constitución Política *en principio* cuentan con un régimen especial en el Decreto 092 de 2017 y en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Sin embargo, el artículo 8 de dicho Decreto establece que en lo no reglamentado en él deben observarse “las normas generales aplicables a la contratación pública”. En tal sentido, frente al aspecto por el cual se formula la consulta – esto es el límite a la adición de los convenios – habría que preguntarse si cuenta con una regulación especial en el Decreto 092 de 2017. Si la respuesta fuera afirmativa, tendría que aplicarse tal regulación. Pero, de ser negativa, habría que aplicar también el EGCAP, así como sus normas complementarias y reglamentarias, pues, precisamente, dichos preceptos son las “normas generales aplicables a la contratación pública” a las que alude el artículo 8 del Decreto 092 de 2017. En otras palabras, el EGCAP y sus normas complementarias y reglamentarias llenan los vacíos que se presentan en el Decreto 092 de 2017 frente a la regulación de los asuntos asociados a la celebración, ejecución y liquidación de los convenios que encuentran fundamento en el artículo 355 de la Constitución, incluidos en esta categoría los convenios de asociación previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Pues bien, el peticionario indaga si en los convenios consagrados en el artículo 355 de la Constitución y en el artículo 96 *ibidem* rige la Ley 80 de 1993 pueden adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor. Siguiendo la metodología explicada, hay que señalar que esta materia – la adición – *no está regulada expresamente en el Decreto 092 de 2017*. Este reglamento, además, como se indicó, es el que desarrolla el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, la cual tampoco establece normas sobre dicho tema. En consecuencia, el vacío que se presenta frente a este asunto debe llenarse con la remisión que efectúa el artículo 8 del Decreto 092 de 2017.

Al respecto, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece un límite para las adiciones a los contratos estatales. En efecto, señala que “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”. El Decreto 092 de 2017 no prevé algo al respecto. Pero, como se ha explicado, su artículo 8 dispone que deben aplicarse las normas generales de la contratación pública en aquello que no esté reglamentado en dicho Decreto. Dentro de estas normas está, precisamente, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Esta disposición no efectúa distinción alguna frente a los tipos de *contratos* en los que aplica el límite de las adiciones. Simplemente, dice que “Los contratos no podrán adicionarse” superando el tope allí previsto. Los convenios regulados en el Decreto 092 de 2017 y en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 son *contratos*. De hecho, el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución los llama de esa manera. En otras palabras, el hecho de que usualmente se les conozca como *convenios* no les quita su carácter contractual. Por tanto, respondiendo la pregunta hecha por el peticionario, es válido concluir que también deben cumplir el límite porcentual para las adiciones previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, cuyo tenor literal dispone: “Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”.

En todo caso, la procedencia de adicionar estos convenios de asociación deberá corresponder al análisis que realice cada Entidad Estatal respecto a su conveniencia, por lo que le corresponderá definir en cada caso la viabilidad técnica, jurídica y financiera de realizar determinada modificación del convenio.

“2. Si bien es cierto, el convenio se celebra de manera directa porque el cooperante aporta el 30%; Para realizar una adición el cooperante deberá aportar del 30% del valor de la adición nuevamente ? o no será necesario y dicho requisito solo es para la suscripción del convenio ?” (SIC).

Conforme lo explicado en las consideraciones de este concepto, en el evento que un convenio de asociación es celebrado de manera directa, en virtud de lo establecido en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 y, posteriormente, es adicionado, la ESAL debe aportar el treinta por ciento (30%) del valor de adición. Al respecto, es necesario señalar que, conforme al artículo 5 ibidem “[…] los convenios de asociación que celebren entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y Entidades Estatales para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la ley a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del *valor total del convenio”*. (Énfasis fuera del texto original).

Así las cosas, la norma establece que la ESAL debe aportan mínimo el treinta por ciento (30%) del valor total del convenio. Nótese que la norma no hace distinción alguna respecto a que la ESAL deba aportar el valor inicial del convenio, sino que alude al valor total del mismo. Por lo tanto, en desarrollo del principio general de interpretación jurídica según el cual *donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete,* resulta viable concluir que, si el convenio fue objeto de adición deberá tenerse en cuenta en valor inicial más el valor de la adición para el cálculo del treinta por ciento (30%) de que trata el artículo 5 del Decreto objeto de estudio.

Si bien, en el marco de los convenios de asociación las partes, en virtud del principio de autonomía, pueden acordar una adición al contrato – siempre y cuando se respete el límite establecido, lo cierto es que esa modificación debe sujetarse a las reglas establecidas en el Decreto 092 del 2017. En ese sentido, si el Decreto establece que la celebración de los convenios de asociación se podrá realizar de forma directa siempre y cuando una ESAL se comprometa a aportar no menos de treinta por ciento (30%) del valor total del convenio, este valor incluye el valor adicionado. Por ende, respondiendo la pregunta hecha por el peticionario, es válido concluir que, si un convenio de asociación se celebró de forma directa, en caso de que se realice una adición al valor del convenio, la ESAL debe realizar el aporte de forma proporcional a esa modificación, cosa tal que su aporte sea equivalente el treinta por ciento (30%) del total del convenio – incluida la adición, pues solo de esta manera se estaría respetando las reglas establecidas en el Decreto 092 de 2017.

Si bien, la autonomía permite que se modifique el convenio, en la medida que la norma establece que no estará sujeto a un proceso competitivo si la ESAL aporta el treinta por ciento (30%) del valor del contrato en dinero, lo lógico es que la ESAL contratista deba realizar el aporte conforme al valor total del convenio resultante tras la modificación efectuada. *Contrario sensu*, si se aceptara una interpretación diferente, según la cual una vez celebrado el convenio con ESAL de forma directa esta solo debía cumplir con el aporte del treinta por ciento (30%) del valor inicial del contrato se estaría contrariando las reglas que rigen la selección de los contratistas.

“3. Es obligatorio que el COOPERANTE demuestre el 30% del aporte a través de certificación bancaria o podrá acreditarse a través de declaración bajo juramento o cualquier otro medio ?” (SIC).

En relación con el recaudo de los aportes, debe señalarse que la Agencia Nacional de Contratación Pública – 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.

“4. El convenio del articulo 5° del DECRETO 092 lo pueden suscribir los CONCEJOS MUNICIPALES?” (SIC).

En atención a la pregunta número 4 de su consulta, referente a si un concejo municipal puede suscribir un convenio de asociación, es menester indicar que, de conformidad con el artículo 96 de la Ley 489 de 1996, los *convenios de asociación* pueden ser celebrados por cualquier Entidad Estatal “cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo”. En este sentido, serán competentes para celebrar este tipo de convenios todas las entidades enlistadas en el artículo 2° del EGCAP. Es consecuencia, es necesario analizar si los consejos municipales se enmarcan o no en la definición de Entidades Estatales.

Aunque el numeral 1° del artículo 2 ibidem no lista expresamente a los concejos municipales, el literal b) de dicho numeral dispone que son Entidades Estatales “los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”. De otra parte, el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993 considera como servidores públicos a “b) Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas”.

De los apartes transcritos se desprenden dos (2) aspectos para efectos de resolver la consulta: en primer lugar, se resalta que los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de estas son funcionarios públicos para efectos de la Ley 80 de 1993. Con ello, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -en adelante EGCAP – acepta tácitamente la capacidad de contratación de las corporaciones públicas. En segundo lugar, se observa que el numeral primero literal b) no incluyó expresamente a los concejos municipales, por lo cual la calidad de Entidad Estatal que puede predicarse de estas corporaciones depende de que la ley les otorgue capacidad para celebrar contratos. Sobre este punto, el artículo 352 de la Constitución Política de 1991 prescribe: *“Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar”.*

Constitucionalmente corresponde a la Ley Orgánica del Presupuesto regular la capacidad de los organismos y Entidades Estatales para contratar. En esta medida, para entender el alcance del artículo 2, literal b) del numeral 1, de la Ley 80 de 1993 es necesario concordarlo con el artículo 110 del Decreto 111 de 1996. Esta norma, modificada por el artículo 124 de la Ley 1957 de 2019, dispone:

“Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, *tendrán la capacidad de contratar*y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. *Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo, o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes*.

[…]

*En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades* las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales, Asambleas y *Concejos*, las Contralorías y Personerías Territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica.

En todo caso, el Presidente de la República podrá celebrar contratos a nombre de la Nación”. (Énfasis fuera de texto)

Del artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto – en adelante EOP se desprende que los concejos tienen facultad para suscribir contratos de manera independiente y, más relevante para efectos de resolver la consulta, son Entidades Estatales para el EGCAP, pues son organismos a los que la ley otorga capacidad para celebrar contratos conforme al artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Por tanto, de su calidad de Entidades Estatales para los efectos del EGCAP, es posible concluir que tienen la capacidad de suscribir convenios de asociación.

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,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Lucia Saavedra Castañeda Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Nohelia Del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE  |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”. [↑](#footnote-ref-2)
2. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-3)
3. Sobre esta norma, consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado No. 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, con radicado No. 4201913000008240. [↑](#footnote-ref-4)
4. 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-5)
5. 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-6)
6. Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-7)
7. Se precisa que la suspensión provisional, de acuerdo con el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, es una medida cautelar que busca proteger y garantizar, de forma provisional, que la norma demandada no genere actos contrarios al ordenamiento jurídico, razón por la cual, para decretarla es necesario que la transgresión de las normas superiores invocadas surja de la comparación entre estas y los actos acusados o del estudio de las pruebas aportadas con la solicitud. [↑](#footnote-ref-8)
8. 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. 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-10)
10. 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-11)
11. RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio. Contratación pública con Entidades sin ánimo de lucro. Bogotá: Legis Editores, 2017. p. 28. [↑](#footnote-ref-12)
12. Esta postura también es defendida por la doctrina, por ejemplo, Cfr. RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio. Contratación Pública con entidades sin ánimo de lucro. Bogotá: Legis, 2017. p. 146 y ss. [↑](#footnote-ref-13)
13. MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. *El precio*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda. y CEDA, 2012, p. 204. Así mismo, Mauricio Rodríguez Tamayo expresa: “Los contratos de interés público no escapan a la necesidad de introducir modificaciones o ajustes al contrato y, ante el silencio del Decreto 092 de 2017, es preciso recurrir a las disposiciones generales de la Ley 80 de 1993, a la luz de lo previsto en el artículo 8° del precitado decreto.

Muchas situaciones pueden aconsejar e imponer la modificación de tales contratos, como sería la variación de algunas obligaciones, reducción o aumento del plazo o adición del valor del aporte, entre otras.

[…]

El límite para modificar un contrato estatal se encuentra en su objeto y su variación es procedente siempre que las necesidades así lo aconsejen. Por lo tanto, el plazo, el precio de un contrato estatal y las obligaciones acordadas pueden ser reformados por las partes, sin que con ello se entienda que se violan los principios de la contratación estatal.

Lo que si es claro es que la Ley 80 de 1993 no definió el documento con el que se podría modificar un contrato estatal. Sigue siendo irrelevante que se llame adición, otrosí, contrato o convenio adicional. Creemos que solo cuando se aumente el valor económico deberá llamarse adición al contrato, pues ese es el término empleado por el inciso 2° del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, cuando preceptúa: Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado este en salarios mínimos legales mensuales. La ley se refiere a la adición al contrato y no al contrato adicional“ y, se reitera, para aumentar su valor. Aquí la acción autorizada por el citado precepto es la de adicionar”. (RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio. Contratación pública con entidades sin ánimo de lucro. Bogotá: Legis editores, 2017.pp. 146-148). [↑](#footnote-ref-14)