**CCE-DES-FM-17**

**CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de colaboración – Objeto – Alcance**

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 recibirán, 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.

**DECRETO 092 DE 2017 – Criterios determinación – Aplicación**

[…] no todas las actividades que las entidades estatales deben desarrollar para alcanzar sus objetivos misionales deben ejecutarse a través de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación. Debe tenerse en cuenta que lo que determina la aplicación del Decreto 92 de 2017 no es únicamente el carácter de las ESAL sino el objeto del contrato o convenio que la entidad pretende adelantar. Por tanto, el hecho de que se trate de una entidad sin ánimo de lucro no implica que necesariamente deba celebrarse un contrato de colaboración o un convenio de asociación.

**CONTRATOS DE COLABORACIÓN – Presupuestos**

[…] la contratación con entidades sin ánimo de lucro se sigue rigiendo por el Decreto 92 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.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Multiplicidad de sujetos – Límites legales**

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo, a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, como unión temporal o como consorcio. Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales, lo cierto es que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir. Igualmente, atendiendo a que los convenios de asociación «no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio», la o las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 92 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».

**CONTRATOS DE COLABORACIÓN – Proceso competitivo**

De conformidad con los artículos 335 superior, 2 y 4 del Decreto 92 de 2017 las entidades estatales están facultadas para suscribir contratos de colaboración con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, esto es, los que tengan como como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, previstas en los planes de desarrollo.

Cuando en la planeación del contrato de colaboración, la entidad estatal identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar es ofrecido por más de una ESAL, conforme al artículo 4 del Decreto 092 de 2017, deberá adelantar el proceso competitivo regulado en dicha norma. Para la aplicación de este procedimiento las entidades estatales deberán agotar las fases de: i) convocatoria, donde deberán publicar los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas previamente definidos en la planeación; (ii) Plazo para la presentación de ofertas, donde deberán garantizarse un plazo razonable para que las ESAL presenten sus ofertas y los documentos anexos, previamente definido en la convocatoria; y iii) evaluación, la cual deberá obedecer a los indicadores y criterios previamente definidos.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Selección objetiva**

[E]n virtud de lo dispuesto en los artículos 355 superior, 96 de la Ley 489 de 1998 y 5 del Decreto 092 de 2017, las entidades estatales están facultadas para suscribir convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad. Dicha contratación no esté sometida a procesos competitivos cuando las entidades sin ánimo de lucro comprometan recursos en dinero propios o provenientes de cooperación internacional para la ejecución de esas actividades en una participación que no sea menor al 30% del valor total del convenio. En ese orden, no resulta posible suscribir de manera directa un convenio de asociación con una ESAL que aporte un porcentaje inferior al 30% del valor total del convenio, evento en el que se tendrá que acudir a un proceso competitivo, de conformidad con el inciso primero del artículo 5 del Decreto 092 de 2017.

En los casos en los que exista más de una ESAL dispuestas a comprometer recursos del 30% o más del valor del convenio, la entidad estatal deberá seleccionar de forma objetiva a la ESAL. La noción «seleccionar de forma objetiva», contenida en la disposición sub examine no puede ser entendida como una remisión a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es a que la entidad estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación. La entidad incluso podría acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o, incluso, al trámite que regula el artículo inciso 2 del artículo 2 del Decreto 92 de 2017.

Bogotá D.C., **11/08/2020 Hora 17:48:52s**

**N° Radicado: 2202013000007354**

Señor

**Kendry Rende Villegas**

Barranquilla, Atlántico

**Concepto C – 532 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de colaboración – Objeto – Alcance / DECRETO 092 DE 2017 – Criterios determinación – Aplicación / CONTRATOS DE COLABORACIÓN – Presupuestos / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Multiplicidad de sujetos – Límites legales / CONTRATOS DE COLABORACIÓN – Proceso competitivo / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Selección objetiva |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta # 4202013000006507 |

Estimado señor Rende:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 31 de julio de 2020.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza la siguiente pregunta: «¿Cuál es la diferencia del proceso competitivo de que trata el decreto 092 del 2017, cuando la fundación aporta el 30% y cuando no hace ningún aporte?».

1. **Consideraciones**

Para responder a sus interrogantes se estudiarán los siguientes tópicos: i) los artículos 355 de la Constitución Política y 96 de la Ley 489 de 1998; y ii) la suspensión provisional de algunas normas del Decreto 92 de 2017.

**2.1. Los artículos 355 de la Constitución Política y 96 de la Ley 489 de 1998**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad –desde ahora ESAL–, en los conceptos del 30 de agosto y el 20 de diciembre de 2019 ─Radicados Nos. 2201913000006394 y 2201913000009467─ y, recientemente, en los conceptos C-081 del 3 de marzo de 2020, C-070 del 4 de marzo de 2020, C-094 del 4 de marzo de 2020, C-416 del 30 de junio de 2020, C–447 del 27 de julio de 2020 y C-513 del 30 de julio de 2020 ─Radicados Nos. 2202013000001573, 4202012000000478, 4202013000000755, 4202013000004854, 4202013000005280, 4202013000006395─, por lo que en esta ocasión se reiteran dichas consideraciones.

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con ESAL con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo[[1]](#footnote-1).

Por otra parte, la Ley 489 de 1998, en el artículo 96[[2]](#footnote-2), 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, 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 92 de 2017[[3]](#footnote-3).

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.

Ahora bien, por disposición del artículo 4 del Decreto 92 de 2017, las entidades estatales deberán adelantar procesos competitivos cuando en el marco de planeación se evidencie que el programa o actividad que se requiere desarrollar es ofrecido por más de una ESAL. Para tales casos el referido artículo establece que, en el desarrollo de los respectivos procedimientos, la entidad estatal deberá garantizar las siguientes fases: «(i) definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas; (ii) definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la Entidad Estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad, y (iii) evaluación de las ofertas por parte de la Entidad Estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto».

En la primera fase o de *convocatoria,* la norma establece que las entidades deberán definir los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, manejo de riesgo y los criterios de ponderación de las ofertas, no obstante «tales indicadores deben haberse *definido* o identificado en la etapa de planeación, mientras que lo que se hace esta etapa es publicarlos, llamando la atención a participar en la competencia a las EPSAL interesadas y que los cumplan»[[4]](#footnote-4).

En la segunda fase o *Plazo para la presentación de ofertas,* la norma se limita a establecer que la entidad deberá definir un plazo razonable para que las ESAL presenten sus ofertas y demás documentación requerida en el marco del procedimiento. La definición de este plazo deberá hacerse en la convocatoria.

La tercera fase o de *evaluación de ofertas* deberá cumplirse una vez vencido el plazo para la presentación de ofertas, de acuerdo a los métodos de ponderación y plazo definidos en la convocatoria.

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-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 que haya una ESAL que 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 y tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo, a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, la unión temporal o el consorcio[[6]](#footnote-6). Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales, lo cierto es que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir. Igualmente, atendiendo a que los convenios de asociación «no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio», la o las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 92 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-7).

La noción «seleccionar de forma objetiva», contenida en el artículo 5 *Ibídem* no puede ser entendida como una remisión a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es a que la entidad estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación, por lo que los criterios que permitan una selección objetiva deben definirse en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad puede decidir acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el EGCAP o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 92 de 2017, pues goza de discrecionalidad administrativa para diseñar el procedimiento que garantice la selección objetiva de la ESAL.

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.

**2.2. Suspensión provisional de algunas normas del Decreto 92 de 2017**

Esta entidad se pronunció respecto de la suspensión provisional de algunos apartes del Decreto 92 de 2017, en el concepto No. 2201913000006512 del 3 de septiembre de 2019, cuyas consideraciones se reiteraron en los conceptos Nos. 2201913000006681 y 4201913000005551 del 9 de septiembre de 2019, 2201913000006843 del 16 de septiembre de 2019, 2201913000009198 del 12 de diciembre de 2019 y 2201913000009567 del 24 de diciembre de 2019. La tesis propuesta en estos conceptos se expondrá a continuación.

El Consejo de Estado, en el Auto del 6 de agosto de 2019 de la Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera –Exp. 62.003–, estudió la solicitud de suspensión provisional[[8]](#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 92 de 2017.

La *primera* norma que estudió el Consejo de Estado fue el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 92 de 2017, el cual establece que la interpretación de las expresiones que se encuentran en mayúsculas en el Decreto 92 de 2017 se harían de conformidad con la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública[[9]](#footnote-9). Señaló que esta disposición, así como el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 92 de 2017[[10]](#footnote-10), exceden la potestad reglamentaria, que está exclusivamente asignada al Presidente de la República, toda vez que la esencia de la facultad reglamentaria es de carácter permanente, inalienable, intransferible e irrenunciable, y el Presidente no la puede delegar en una entidad como la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para que a través de una guía reglamente los vacíos de un Decreto. Al respecto señala:

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

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

La *segunda* norma que analizó el Consejo de Estado fue el literal a), del artículo 2, del Decreto 92, que establece que únicamente se podrá contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro cuando el objeto corresponda directamente con los planes de desarrollo y busque exclusivamente promover los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana[[11]](#footnote-11). En relación con esta norma, encontró que el literal a) del artículo 2 establece dos condiciones contrarias al artículo 355 de la Constitución Política: primero, que el objeto tenga que estar «directamente» en los planes de desarrollo –nacional o territorial–, cuando la norma constitucional establece que el objeto debe ser «acorde» con el plan nacional o seccional de desarrollo, lo que implica que el objeto del contrato no debe estar explícitamente en el plan de desarrollo, sino que se encuentre en armonía con este. En relación con lo anterior, el auto del Consejo de Estado señala:

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

Así mismo, el Consejo de Estado consideró que el literal a) del artículo 2, al establecer que los programas y actividades de interés público deben buscar la promoción de los derechos de personas en situaciones de debilidad manifiesta o de indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, limita el ámbito de aplicación que establece el artículo 355 de la Constitución Política. Al respecto expresa:

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

En este orden de ideas, el Consejo de Estado suspendió provisionalmente el literal a), por lo cual el objeto de los contratos debe ser acorde con los planes nacionales o seccionales de desarrollo; y no necesariamente estar previstos directamente en ellos, además no solo se pueden celebrar contratos para los objetos específicos señalados en el Decreto 92 de 2017.

El Consejo de Estado, en *tercer* lugar, examinó el literal c) y el inciso 5 del artículo 2 del Decreto[[12]](#footnote-12), señalando que contraría la norma constitucional al condicionar que los contratos solo se pueden celebrar cuando no exista oferta en el mercado, sometiendo su celebración a que, de existir oferta, la contratación con las entidades sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo, toda vez que se desconocería la naturaleza de las entidades sin ánimo de lucro que implica que ellas no participan en el mercado de bienes y servicios de la misma forma que las demás sociedades. En este sentido, el Consejo de Estado manifestó:

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

Así las cosas, se suspendió provisionalmente el literal c) y el inciso 5º del artículo 2 del Decreto 92 de 2017, razón por la cual los procesos de contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro no quedan condicionados a la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios, ni a que la ESAL garantice la mejor oferta y la optimización de los recursos públicos, pues estas condiciones son propias de la contratación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y no del régimen jurídico especial que establece el artículo 355 de la Constitución Política.

La *cuarta* norma que estudió el Consejo de Estado fue el inciso final del artículo 4 del Decreto 92 de 2017, el cual hace referencia a la posibilidad de contratar directamente cuando el objeto del contrato esté relacionado con actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que únicamente pueden ejecutar determinadas personas jurídicas o naturales[[13]](#footnote-13). Para la Sala, esta norma vulnera el principio de igualdad, por establecer un privilegio para determinadas personas jurídicas o naturales que ejecutaran únicamente las actividades allí previstas, contratándolas sin realizar un proceso competitivo. Por consiguiente, se suspendió provisionalmente el inciso final del artículo 4, por violar el principio de igualdad, por lo tanto, la contratación para la ejecución de actividades y programas de interés público debe realizarse a través de un proceso competitivo para escoger a la entidad sin ánimo de lucro.

En consecuencia, hasta tanto se emita una sentencia definitiva en el proceso reseñado, no es posible aplicar el «beneficio» al que se refiere el inciso tercero del artículo 4 del Decreto 92 de 2017. En estos procesos, entonces, se debe acudir a los criterios aplicables a los otros negocios jurídicos que regula el Decreto 92 de 2017, particularmente las exigencias del artículo 2 *ibidem*. Incluso, habría lugar a tener en cuenta las exigencias del inciso 2 del artículo 4 *íbídem*, claro está, siempre que se configuren los supuestos de aplicación de dicha normativa, esto es, siempre que «exist[a] más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad».

Por último, en *quinto* lugar, el Consejo de Estado analizó la solicitud de suspensión del artículo 5 del Decreto 92 de 2017, que reglamenta los convenios de asociación que prevé el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Concluyó que el análisis de esta norma debe realizarse a profundidad para establecer si efectivamente existe una contradicción normativa que implique que se afectó la competencia del legislador, en consecuencia, negó la solicitud de suspensión provisional, reservando el análisis sobre la legalidad de dicho artículo a la sentencia.

En este orden de ideas, la contratación con entidades sin ánimo de lucro se sigue rigiendo por el Decreto 92 de 2017, salvo lo que fue objeto de suspensión provisional. Por lo tanto, las entidades públicas que desean celebrar contratos de interés público, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política, deben contratar con ESAL de reconocida idoneidad, como ya se dijo, realizando un proceso competitivo, y teniendo en cuenta, se insiste, las siguientes características: i) no se debe condicionar el proceso de contratación a la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios; ii) tampoco se debe condicionar a que la contratación con las ESAL garantice la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo; iii) el objeto del contrato debe estar acorde con el plan nacional o seccional de desarrollo; iv) no se puede condicionar únicamente que las actividades o programas correspondan exclusivamente a promover los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, por lo que basta con cumplir el anterior numeral (iii); y v) el contrato no establezca una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la entidad, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato.

Ahora, si se pretende realizar un *convenio de asociación* con ESAL de reconocida idoneidad para el cumplimiento de las funciones que la ley les asigna a las entidades públicas, deben aplicar lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 92 de 2017.

Para los convenios de asociación, como se dijo, 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[[14]](#footnote-14), y siempre que la entidad estatal verifique previamente que no existe otra entidad sin ánimo de lucro que ofrezca aportes iguales o superiores al 30%.

Finalmente, el artículo 9 del Decreto 92 de 2017 exige a las ESAL de reconocida idoneidad estar inscritas en el SECOP para celebrar convenios con las entidades públicas, razón por la que se debe usar únicamente el SECOP II, pues es la única plataforma que por funcionalidad permite el registro de proveedores[[15]](#footnote-15).

1. **Respuesta**

«¿Cuál es la diferencia del proceso competitivo de que trata el decreto 092 del 2017, cuando la fundación aporta el 30% y cuando no hace ningún aporte?»

De conformidad con los artículos 335 superior, 2 y 4 del Decreto 92 de 2017 las entidades estatales están facultadas para suscribir contratos de colaboración con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, esto es, los que tengan como como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, previstas en los planes de desarrollo.

Cuando en la planeación del contrato de colaboración, la entidad estatal identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar es ofrecido por más de una ESAL, conforme al artículo 4 del Decreto 092 de 2017, deberá adelantar el proceso competitivo regulado en dicha norma. Para la aplicación de este procedimiento las entidades estatales deberán agotar las fases de: i) *convocatoria*, donde deberán publicar los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas previamente definidos en la planeación; (ii) *Plazo para la presentación de ofertas,* donde deberán garantizarse un plazo razonable para que las ESAL presenten sus ofertas y los documentos anexos, previamente definido en la convocatoria; y iii) *evaluación,* la cual deberá obedecer a los indicadores y criterios previamente definidos.

De otra parte, en virtud de lo dispuesto en los artículos 355 superior, 96 de la Ley 489 de 1998 y 5 del Decreto 092 de 2017, las entidades estatales están facultadas para suscribir convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad. Dicha contratación no esté sometida a procesos competitivos cuando haya solo una entidad sin ánimo de lucro que comprometa recursos en dinero propios o provenientes de cooperación internacional para la ejecución de esas actividades en una participación que no sea menor al 30% del valor total del convenio.

En ese orden, no resulta posible suscribir de manera directa un convenio de asociación con una ESAL que aporte un porcentaje inferior al 30% del valor total del convenio, evento en el que se tendrá que acudir a un proceso competitivo, de conformidad con el inciso primero del artículo 5 del Decreto 092 de 2017.

En los casos en los que exista más de una ESAL dispuestas a comprometer recursos del 30% o más del valor del convenio, la entidad estatal deberá seleccionar de forma objetiva a la ESAL. La noción «seleccionar de forma objetiva», contenida en la disposición *sub examine* no puede ser entendida como una remisión necesaria 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. La entidad incluso podría acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública o, incluso, al trámite que regula el artículo inciso 2 del artículo 2 del Decreto 92 de 2017, pues gozan de discrecionalidad administrativa para diseñar el procedimiento que garantice la selección objetiva de la ESAL.

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 procedimiento que definan las entidades estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia y la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas, por lo que este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Alejandro Sarmiento Cantillo  Contratista – Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cristian Andrés Díaz Díez  Contratista – Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Fabián Gonzalo Marín Cortés  Subdirector de Gestión Contractual |

1. 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-1)
2. «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-2)
3. 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-3)
4. CHÁVEZ MARÍN, Augusto Ramón, Los Convenios de la Administración. Entre la gestión pública y la actividad contractual. 4ta Ed. Bogotá, Temis. 2020, pp. 426-427.

   [↑](#footnote-ref-4)
5. Concepto del 3 de septiembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-5)
6. El numeral 16.9 de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente determina:

   «16.9 Uniones temporales y consorcios conformados por entidades sin ánimo de lucro.

   »El Decreto 092 de 2017 no restringe ninguna forma de asociación entre las entidades privadas sin ánimo de lucro, y prevé que los contratos y convenios que regula se sujetarán a las normas generales aplicables al Sistema de Compra Pública, es decir Ley 80 de 1993, salvo lo que de manera expresa esté regulado en dicho Decreto. La Ley 80 de 1993 establece las diferentes formas asociativas que pueden utilizar los proponentes para participar en los Procesos de Contratación. De esta forma, entidades privadas sin ánimo de lucro pueden constituirse como unión temporal o consorcio para efectos de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación». [↑](#footnote-ref-6)
7. Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-7)
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. [↑](#footnote-ref-8)
9. Decreto 092 de 2017, artículo 1, inciso 2: «Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– para la aplicación del presente decreto». [↑](#footnote-ref-9)
10. Decreto 092 de 2017, artículo 3, inciso 2: «La Entidad Estatal debe definir en los Documentos del Proceso las características que debe acreditar la entidad sin ánimo de lucro. Para el efecto, deberá tomar en consideración las pautas y criterios establecidos en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente, la cual deberá tener en cuenta las normas de trasparencia y acceso a la información aplicable a las entidades privadas sin ánimo de lucro que contratan con cargo a recursos de origen público y las mejores prácticas en materia de prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés». [↑](#footnote-ref-10)
11. Decreto 092 de 2017, Artículo 2, literal a: «a) Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previsto en el Plan Nacional o Seccional de Desarrollo, de acuerdo con el nivel de la Entidad Estatal, con los cuales esta busque exclusivamente promover los derechos de personas en situaciones de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana». [↑](#footnote-ref-11)
12. Decreto 092 de 2017, Artículo 2, literal a: «Que no exista oferta en el mercado de los bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo. En los demás eventos, la Entidad Estatal deberá aplicar la Ley 80 de 1993, sus modificaciones y reglamentos». [↑](#footnote-ref-12)
13. Decreto 092 de 2017, artículo 4: «(…) Las Entidades Estatales no están obligadas a adelantar el proceso competitivo previsto en este artículo cuando el objeto del Proceso de Contratación corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos». [↑](#footnote-ref-13)
14. 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-14)
15. Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra eficiente, Circular externa Única, numeral 1.3: SECOP II: Plataforma transaccional para gestionar en línea todos los Procesos de Contratación, con cuentas para entidades y proveedores; y vista pública para cualquier tercero interesado en hacer seguimiento a la contratación pública. [↑](#footnote-ref-15)