# LEY 489 DE 1998- Objeto

# Artículo 95 de la Ley 489 de 1998 dispone que “Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos […]”,

# CONVENIOS DE ASOCIACIÓN - ESAL –Objeto– Aportes - Artículo 5 – Decreto 092 de 2017

[…] los *convenios de asociación* “[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y

ordenamiento administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley”. En estos convenios existen aportes dirigidos, especialmente, a lograr la ejecución del convenio. De todos modos, la entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. El convenio de asociación no es conmutativo y, por tanto, la entidad no instruye al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes.

# DECRETO 092 DE 2017 – Finalidad – Clases de contratos

El Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las Entidades Sin Ánimo de Lucro, en adelante ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

**Ley 816 de 2003- Objeto-Aplicación**

De lo anterior resulta la obligatoriedad para las Entidades Estatales con el objetivo de promover la industria nacional, deben incluir en sus Procesos de Contratación medidas para la promoción de bienes, servicios o mano de obra nacional. Esta promoción incluye la incorporación dentro de los Documentos del Proceso de Contratación de un puntaje para (i) la promoción de bienes y servicios nacionales; y, (ii) la promoción de la incorporación de componente nacional en bienes y servicios extranjeros. Un mismo bien o servicio no puede aplicar a los dos puntajes pues un bien no puede ser nacional y extranjero al mismo tiempo.

Bogotá D.C., 23 de mayo de 2024



Señora

**Jessica Andrea Cruz Bohórquez**

jessycruz465@gmail.com

Cali- Valle del Cauca

 **Concepto C – 040 de 2024**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | LEY 489 DE 1998- Objeto-Alcance/DECRETO 092 DE 2017 – Finalidad – Clases de contratos / DECRETO 092 DE 2017 – Criterios – Aplicación / DECRETO 092 DE 2017 – Normativa vigente/ Ley 816 de 2003- Objeto-Aplicación |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20240409003602 |

Estimada señora Cruz:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 09 de abril de 2024.

1. **Problema planteado**

Usted formula la siguiente consulta, sobre las Figuras y reformas estatutarias en particular la fusión por absorción, entre otros temas de la siguiente manera:

“¿1. La diferencia entre los convenios interadministrativos regulados por el artículo 95 de la ley 489 de 1998 y los consagrados en el artículo 2.2.1.2.1.4.4. del Decreto 1082 de 2015.

2. Cuál es la naturaleza del aporte mínimo de la ESAL en un proceso competitivo regulado por el Decreto 092 de 2017, ¿es un criterio habilitante o puntuable?

3. Se solicita aclarar si el puntaje de que trata la Ley 816 de 2003 les es aplicable a un proceso competitivo regulado por el Decreto 092 de 2017? […]”

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 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. 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 a lo anterior, la Subdirección de Gestión Contractual de esta Agencia, dentro de los límites de sus atribuciones, resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal, luego de analizar el régimen de los contratos del Decreto 092 de 2017 y los convenios de conformidad a lo señalado en la Ley 489 de 1998.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos, estudió las figuras del contrato y el convenio interadministrativo, entre otros, en los conceptos: 4201913000004536 del 27 de julio de 2019, C−023 del 3 de febrero de 2020, C−702 del 11 de diciembre de 2020, C-097 de 23 de marzo de 2021, C-350 del 16 de julio de 2021, C-355 del 27 de julio de 2021 y C-012 del 18 de febrero de 2022; a su vez se refirió la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente sobre la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad –desde ahora ESAL–, con fundamento en el Decreto 092 de 2017, en particular en los Conceptos 4201912000008310 del 26 de diciembre de 2019, 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C-070 04 de marzo de 2020, C-094 del 04 de marzo de 2020, C-086 del 16 de marzo de 2020, C-101 del 16 de marzo de 2020, C-228 del 17 de marzo de 2020, C-014 del 24 de marzo de 2020, C-215 de 31 de marzo de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020, C-416 del 30 junio de 2020, C-447 del 27 de julio de 2020, C-513 del 30 de julio de 2020, C-483 del 06 de agosto de 2020, C-579 del 4 de septiembre de 2020, C-594 del 7 de septiembre de 2020, C-670 del 22 de noviembre de 2020, C-689 del 1 de diciembre de 2020, C-724 de 14 de diciembre de 2020, C-749 del 23 de diciembre de 2020, C-758 del 04 de enero de 2021, C-806 de 8 de febrero de 2021, C-364 de 26 de julio de 2021, C- 379 de 20 de julio de 2021, C- 537 del 27 de septiembre de 2021, C-021 del 22 de febrero de 2022, C-236 del 27 de abril de 2022, C-273 del 6 de mayo de 2022, C-274 del 6 de mayo de 2022, C-291 del 18 de mayo de 2022, C-331 del 24 de mayo de 2022, C-477 del 26 de julio de 2022, C-550 del 31 de agosto de 2022, C-560 del 7 de septiembre de 2022, C-624 del 28 de septiembre de 2022, C-771 del 30 de diciembre de 2022, C-853 del 9 de diciembre de 2022, C-351 del 6 de octubre de 2023, C-003 del 2 de febrero de 2024 y C-027 de 2024.[[2]](#footnote-3) Las tesis propuestas en tales conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente.

# Noción, elementos y criterio orgánico de los contratos y convenios interadministrativos.

Para efectos de la consulta conviene precisar la tipología de convenios o contratos interadministrativos. Aunque la ley no la definió ni desarrolló, el Decreto 1082 de 2015 califica a los convenios o contratos interadministrativos como aquella contratación entre entidades estatales[[3]](#footnote-4). De acuerdo con lo anterior, el contrato o el convenio interadministrativo es el acuerdo donde concurre la voluntad de dos o más personas jurídicas de derecho público con la finalidad de cumplir, en el marco de sus objetivos misionales y sus competencias, con los fines del Estado. Es decir, los contratos o convenios interadministrativos están determinados por un criterio orgánico, pues es necesario que los extremos de la relación contractual sean entidades estatales.

Si bien los contratos o convenios interadministrativos están previstos en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 y en el Decreto en el 1082 de 2015, no quiere decir que solo puedan celebrarse entre entidades estatales que apliquen el régimen de contratación allí previsto, pues bien puede una entidad estatal sometida a la Ley 80 de 1993 celebrar esta clase de convenios con una entidad estatal de régimen especial y no por ello dejará de ser un contrato o convenio interadministrativo.

Un contrato o convenio interadministrativo no está determinado por la modalidad de selección utilizada para celebrarlo. La Ley 1150 de 2007 establece que pueden celebrarse directamente, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora, señalado en la ley o en sus reglamentos, a menos que, según las excepciones previstas en dicha ley, deba adelantarse un procedimiento con pluralidad de oferentes[[4]](#footnote-5). Nótese que, en este caso, lo que cambia es la modalidad de selección y no la naturaleza de contrato interadministrativo.

La Corte Constitucional expresó en la Sentencia C–671 de 2015 que “Lo que hace interadministrativo a un contrato o convenio no es el procedimiento de selección aplicable, sino la calidad de los sujetos contratantes, esto es que las dos partes de la relación jurídica contractual formen parte de la administración pública”. Así las cosas, esta clase de acuerdos de voluntades se definen por un criterio orgánico, por lo que uno de sus elementos esenciales es que en los extremos de la relación jurídico negocial concurran personas de derecho público. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha indicado, frente al convenio interadministrativo y sus características, que:

[…] se puede señalar que los convenios o contratos interadministrativos tienen como características principales las siguientes: (i) constituyen verdaderos contratos en los términos del Código de Comercio cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales; (ii) tienen como fuente la autonomía contractual; (iii) son contratos nominados puesto que están mencionados en la ley; (iv) son contratos atípicos desde la perspectiva legal dado que se advierte la ausencia de unas normas que de manera detallada los disciplinen, los expliquen y los desarrollen, como sí las tienen los contratos típicos, por ejemplo compra venta, arrendamiento, mandato, etc. (v) la normatividad a la cual se encuentran sujetos en principio es la del Estatuto General de Contratación, en atención a que las partes que los celebran son entidades estatales y, por consiguiente, también se obligan a las disposiciones que resulten pertinentes del Código Civil y del Código de Comercio; (vi) dan lugar a la creación de obligaciones jurídicamente exigibles; (vii) persiguen una finalidad común a través de la realización de intereses compartidos entre las entidades vinculadas; (viii) la acción mediante la cual se deben ventilar las diferencias que sobre el particular surjan es la de controversias contractuales”[[5]](#footnote-6).

En ese sentido, los convenios interadministrativos se caracterizan por los sujetos que intervienen y por la modalidad de selección que la ley permite aplicar para su celebración, ya que comporta un grado de excepcionalidad frente a las demás tipologías contractuales, donde los sujetos no están restringidos a una cualificación particular y aplican otras modalidades de selección. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública-ECGAP- establece la contratación directa como la modalidad de selección aplicable, por regla general, a la celebración de los contratos interadministrativos.

Así las cosas, la ley no limitó la celebración de contratos interadministrativos a la modalidad de selección de contratación directa, pues solo estableció, excepcionalmente, su celebración de manera directa cuando dos o más entidades del Estado, con el fin de materializar funciones administrativas de interés común para ambas partes, celebran un negocio jurídico. No obstante, es posible que se celebren contratos interadministrativos en el marco de un proceso donde sea posible la participación de los interesados en ofertar, es decir, a través de las otras modalidades de selección previstas en la Ley 1150 de 2007 diferentes a la de contratación directa, pues, como se indicó, la existencia de un contrato interadministrativo no está determinada por la modalidad de selección sino, entre otras cosas, de la calidad de las partes que lo suscriben, es decir, debe tratarse de entidades estatales.

Además, es necesario tener en cuenta que para que un contrato o convenio interadministrativo exista, debe cumplir con los siguientes elementos: acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y que se eleve a escrito. Por otra parte, si bien actualmente el EGCAP hace referencia de manera expresa al contrato interadministrativo o en términos generales a los interadministrativos y no al convenio, no por esto puede concluirse que se trate de figuras totalmente diferentes, pues las entidades del Estado, en el marco de la Ley 80 de 1993, pueden acordar entre sí diferentes tipos de obligaciones, siempre que su objeto de creación les permita cumplirlas, con el objetivo común de materializar los fines del Estado. Por este motivo, cuando la Ley 80 de 1993 se refiere a contratos interadministrativos de la misma forma lo hace frente a los convenios, entre otras razones, porque este cuerpo normativo faculta a las entidades públicas a celebrar los demás acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. Es bueno destacar que el Decreto 1082 de 2015 dispone que los convenios o contratos interadministrativos, así denominados en su artículo 2.2.1.2.1.4.4, se contratan directamente, por lo que no hay lugar a dudas que representan lo mismo en la medida en que concurran entidades estatales en el acuerdo de voluntades. De este modo, es posible concluir que en la contratación estatal no existen mayores diferencias entre convenio y contrato y, dando aplicación al derecho privado y a la definición contenida en el Código Civil, puede afirmarse que se trata de figuras equivalentes y que en el citado artículo se encuentra la modalidad que deben tener en cuenta las entidades para llevar a cabo la celebración de un convenio o contrato interadministrativo.

Por tanto, aunque el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 dispone que “Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos […]”, esto no significa que dichos acuerdos estén exceptuados del EGCAP por no tener carácter contractual. Por ello, la jurisprudencia considera que “Estos convenios cuentan con las características propias de los contratos, cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales, y las entidades estatales que los conforman están sujetas tanto a la normativa contractual pública, como a las normas del derecho civil […]”[[6]](#footnote-7).

# Régimen de los contratos del Decreto 092 de 2017. Reiteración de línea

Ahora bien, como segunda medida se indicarán aspectos relacionados con el Decreto 092 de 2017, para lo cual se refiere a lo señalado en el artículo 355 de la Constitución Política, el cual 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[[7]](#footnote-8). 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.[[8]](#footnote-9)

En ese orden de ideas, el Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las Entidades Estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin de impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las Entidades Estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Los *contratos del artículo 355 de la Constitución Política,* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre ésta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 3 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la ESAL 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 dirigida al beneficio de la población en general, ya que cuando se adquieren bienes y 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.

De otro lado, los *convenios de asociación* “[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y ordenamiento 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”[[9]](#footnote-10). En estos convenios existen aportes dirigidos, especialmente, a lograr la ejecución del convenio. De todos modos, la entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio[[10]](#footnote-11). El convenio de asociación no es conmutativo y, por tanto, la entidad no instruye al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes [[11]](#footnote-12).

La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL puedan 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; ahora bien, el Decreto 092 de 2017 no es aplicable a las contrataciones que cuentan con una norma especial que las regula. A la fecha se han identificado algunas normatividades especiales, no obstante, es posible que las Entidades Estatales en el cumplimiento de sus funciones identifiquen otras adicionales: - Convenios solidarios entre Entidades municipales y Juntas de Acción Comunal numeral 16 del artículo 6 de la Ley 1551 de 2012, artículo 6- Convenios con Comités Departamentales Cafeteros Ley 863 de 2003, artículo 59 y Atención Integral al Adulto Mayor, Centros Vida Ley 1276 de 2009, artículo 8, entre otros, por lo que se atiende a la especificidad del Decreto 092 de 2017.

Ahora bien, atendiendo a que los convenios de asociación “no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio”, las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, las ESAL, aporte al menos el treinta por ciento (30%) del valor del convenio para celebrarlo directamente. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben asegurarse de 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 sí, la entidad deberá 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 la Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es 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 ello, la entidad puede tomar la decisión de 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. Sin embargo, resulta a bien aclarar que los negocios jurídicos que regula el Decreto 092 de 2017 “[…]son esencialmente distintos a los contratos para la adquisición y aprovisionamiento de bienes, obras o servicios regulados por el estatuto de contratación y[,como tal,] no hacen parte del sistema de compra pública. […] De acuerdo con lo anterior, si la entidad estatal adquiere o se abastece de un bien, obra o servicio en un contrato conmutativo en el cual el proveedor es una [ESAL], debe aplicar el régimen contenido en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, y no el Decreto 092 de 2017”[[12]](#footnote-13); así lo consideró la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.[[13]](#footnote-14)

“Como ya se indicó, el objeto de los contratos que autoriza el inciso segundo del artículo 355 Superior, se limita a la realización de actividades o programas de interés público que, conforme a los planes de desarrollo, adelanten instituciones privadas sin ánimo de lucro. ***Aquellos que generan una contraprestación directa a favor de la entidad contratante y los que tienen por objeto desarrollar proyectos específicos, corresponden al giro normal de las funciones propias de la entidad estatal, y por lo tanto, se tipifican dentro de cualquiera de las modalidades de contratación de la ley 80 de 1.993, debiendo sujetarse a los procedimientos allí previstos, en especial los de escogencia del contratista.***

Cuando el artículo 355 autoriza a las entidades estatales a celebrar contratos para “impulsar” programas y actividades de interés público, se refiere a los del ente privado y no a los del Estado, pues respecto de éste el deber constitucional es no sólo impulsarlos sino cumplirlos, conforme las disposiciones contractuales vigentes, como sería por ejemplo, contratos de prestación de servicios o de obra pública”. [Énfasis fuera de texto]

De acuerdo con lo anterior, no todas las actividades que las Entidades Estatales deben desarrollar para alcanzar sus objetivos misionales deben ejecutarse a través de la celebración de contratos del artículo 355 superior o convenios de asociación. Debe tenerse en cuenta que lo que determina la aplicación del Decreto 092 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 ESAL no implica que necesariamente deba celebrarse un contrato de colaboración o un convenio de asociación. Así lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-287 del 18 de abril de 2012, en la que sostuvo lo siguiente:

“Las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro han sido definas por la doctrina como personas jurídicas que surgen de la voluntad de un grupo de individuos que vinculan un capital a la obtención de un fin de interés general o de bienestar común no lucrativo, de manera que tienen como finalidad propia la satisfacción de intereses públicos y sociales. *Sin embargo, el hecho que no persigan una finalidad lucrativa, no significa que no desarrollen actividades que generen utilidades, lo que pasa es que a diferencia de las sociedades, el lucro o ganancia obtenida no se reparte entre sus miembros sino que se integra al patrimonio de la asociación para la obtención del fin deseado*. Así, el elemento característico de las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro radica, precisamente, en la determinación de sus miembros de desarrollar una actividad de interés general sin esperar a cambio repartición de utilidades en proporción a su aporte, ni la recuperación del mismo en el momento de su disolución o liquidación”. [Cursivas propias]

Lo anterior, se justifica en que la principal característica de las ESAL es la ausencia de lucro, es decir, las ganancias o beneficios económicos no están destinados a repartirse en favor de los miembros ni de terceros, sino que permanecen dentro de la entidad incrementando su patrimonio. Con todo, las ESAL pueden participar en igualdad de condiciones en procesos de contratación regidos por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos en los documentos del proceso. De esta manera, ni los contratos del artículo 355 de la Constitución Política ni los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 generan utilidades para la ESAL, pues en dicho caso se trataría de un contrato en el que se debe remunerar al contratista por los servicios prestados, el cual, por eso mismo, tiene un régimen legal distinto.

# Suspensión provisional de algunas normas del Decreto 092 de 2017. Reiteración de línea

El Consejo de Estado, en el Auto del 6 de agosto de 2019 de la Sección Tercera, Subsección A, radicado No. 11001-03-26-000-2018-00113-00 (62.003), Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera, estudió la solicitud de suspensión provisional 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[[14]](#footnote-15). Cabe precisar que las decisiones adoptadas en el auto indicado fueron mantenidas en su mayoría en el Auto del 15 de marzo de 2022 de la Sala Plena del Consejo de Estado[[15]](#footnote-16), mediante el cual se resuelve el recurso de súplica frente al anterior auto que, como se explicará, suspendió provisionalmente varios apartes del Decreto 092 de 2017. En este sentido, en el último auto se levantó la suspensión provisional del inciso segundo del artículo 1 y del inciso segundo del artículo 3, manteniendo en lo demás la suspensión provisional, como se precisará a continuación.

La *primera* norma que estudió el Consejo de Estado en el auto del 6 de agosto de 2019 fue el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 092 de 2017, el cual establece que la interpretación de las expresiones que se encuentran en mayúsculas en el Decreto 092 de 2017 se harían de conformidad con la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública.[[16]](#footnote-17)

Señaló que esta disposición, así como el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 092 de 2017[[17]](#footnote-18), excedían la potestad reglamentaria, que estaba 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 podía delegar en una entidad como la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, para que a través de una guía reglamentara los vacíos de un Decreto. Al respecto señaló:

“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, en el auto del 9 de agosto de 2019 suspendió provisionalmente el inciso 2 del artículo primero y el inciso 2 del artículo 3, lo que significaba que los contratos celebrados ESAL no tenían 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. Sin embargo, mediante el auto del 15 de marzo de 2022 de la Sala Plena del Consejo de Estado, al que se hizo referencia en inicio de este acápite, se ordenó levantar la suspensión provisional del inciso segundo del artículo 1 y del inciso segundo del artículo 3, al considerar la Alta Corporación que:

“28. Contrario a la conclusión a la que se arribó en el auto suplicado, la Sala observa que de la simple confrontación de la norma no se advierte, prima facie, que lo ordenado en el inciso segundo del artículo 1, así como en el inciso segundo del artículo 3 del Decreto 092 de 2017, conlleve, per se, la delegación de la facultad reglamentaria directa de la Constitución, atribuida al Gobierno nacional en el artículo 355 superior”.

En armonía con lo anterior, en relación con el inciso segundo del artículo primero del Decreto 092 de 2017, que establece que las expresiones utilizadas en el decreto con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, el Consejo de Estado consideró procedente levantar la suspensión provisional, al considerar que:

“35. En esa medida determinó el Gobierno nacional que para la interpretación del decreto que nos ocupa, las expresiones 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 su correspondiente aplicación, lo que implica una orientación tendiente a propiciar una integración normativa con definiciones que ya existen en el ordenamiento jurídico y que fundamentará la interpretación de dichas expresiones. En este orden de ideas, no existe habilitación a Colombia Compra Eficiente para crear definiciones normativas de estas expresiones, sino que de las que ya cuenta el ordenamiento jurídico realiza la guía. Por ello, no hay delegación de la competencia para crear el decreto constitucional que le compete al Gobierno nacional”.

Además, en relación con el inciso segundo del artículo 3, que establece que la Entidad Estatal debe definir en los documentos del proceso las características que debe acreditar la ESAL, para lo que deberá tener en consideración los criterios establecidos en la guía que expida por parte de la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente, el Consejo de Estado también resolvió levantar la suspensión provisional, al considerar que el análisis sobre su validez se debe reservar para el momento en que se profiera la sentencia respectiva, pues, a su juicio, no resulta evidente que se haya delegado indebidamente el ejercicio de la potestad reglamentaria[[18]](#footnote-19).

Ahora bien, cabe precisar que mediante el auto del 15 de marzo de 2022 de la Sala Plena del Consejo de Estado únicamente se levantó la suspensión provisional de las normas desarrolladas hasta este lugar, por lo que, en lo demás, se confirmó la decisión de suspensión provisional de los demás apartes del Decreto 019 de 2017 dictada en el auto del 6 de agosto de 2019, como se procede a explicar. La segunda norma que analizó el Consejo de Estado en el auto del 6 de agosto de 2019, fue el literal a), del artículo 2, del Decreto 092, que establece que únicamente se podrá contratar con ESAL 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.[[19]](#footnote-20) 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 explica que:

“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”.

Asimismo, 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”

 Así las cosas, 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. Por lo demás, no sólo se pueden celebrar contratos para los objetos específicos señalados en el Decreto 092 de 2017.

El Consejo de Estado, en el auto del 6 de agosto de 2019, en tercer lugar, examinó el literal c) y el inciso 5 del artículo 2 del Decreto[[20]](#footnote-21), señalando que contraría la norma constitucional al condicionar que los contratos sólo se pueden celebrar cuando no exista oferta en el mercado, sometiendo su celebración a que, de existir oferta, la contratación con las ESAL 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 ESAL 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”.

Por tanto, suspendió provisionalmente el literal c) y el inciso 5º del artículo 2 del Decreto 092 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. Lo anterior, en la medida que estas condiciones son propias de la contratación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no del régimen jurídico especial que establece el artículo 355 de la Constitución Política.

La cuarta norma que estudió el Consejo de Estado en el auto del 6 de agosto de 2019 fue el inciso final del artículo 4 del Decreto 092 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[[21]](#footnote-22). 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. El Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos:

“Puestas así las cosas, el despacho no encuentra motivo alguno para que se prescinda del proceso de selección cuando se identifique que el programa o actividad de interés público es ofrecido por más de una persona –natural o jurídica– simple y llanamente porque el objeto del proceso de contratación corresponda a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica. Esta razón, por tanto, es suficiente para concluir que el Gobierno Nacional le otorgó un tratamiento privilegiado a quienes desarrollen tales actividades (artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica) lo cual resulta claramente violatorio de la igualdad que debe gobernar este tipo de procedimientos contractuales. No se entiende, entonces, cuál es la razón para que se le asigne un tratamiento distinto a la contratación con este tipo de actividades (artísticas, culturales, deportivas y de promoción a la diversidad étnica) frente a las actividades de interés público de otra naturaleza”

Por consiguiente, se suspendió provisionalmente el inciso final del artículo 4 por violar el principio de igualdad, de manera que la contratación de actividades y programas de interés público debe realizarse a través de un proceso competitivo para escoger a la ESAL. En estos procesos, entonces, se debe acudir a los criterios aplicables a los otros negocios jurídicos que regula el Decreto 092 de 2017, particularmente las exigencias del artículo 2 ibidem. Incluso, habría que tener en cuenta las exigencias del inciso 2 del artículo 4 ibidem, siempre que se configuren los supuestos de aplicación de dicha normativa, esto es, siempre que exista más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad.

Por último, en quinto lugar, el Consejo de Estado en el auto del 6 de agosto de 2019 analizó la solicitud de suspensión del artículo 5 del Decreto 092 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.

La Sala Plena del Consejo de Estado en Auto del 15 de marzo de 2022 estima que debe mantenerse la suspensión provisional del literal a) del artículo 2 del Decreto 092 de 2017. Lo anterior en la medida que esta restringe y contraria la finalidad de apoyo y fomento prevista en el artículo 355 de la Constitución Política, pues –pese a que la norma superior no hizo diferenciación alguna al respecto– el decreto limita su órbita de aplicación a un catálogo de actividades y programas de interés público susceptibles de este mecanismo[[22]](#footnote-23) . Por lo demás, respecto al inciso final del artículo 4 ibidem, el Consejo de Estado mantiene la medida cautelar al configurarse el cargo de violación del principio de igualdad. Para estos efectos, considera que:

“73. […] la simple afirmación referida a que existe una relación inherente entre el producto del contrato y el contratista en las actividades exceptuadas del proceso competitivo de selección no permite concluir, razonablemente, que en las demás actividades de interés general aquello no se presente, o que, por ese simple hecho, merezcan un trato diferente.

74. En efecto, si en otros ámbitos de actividad de interés público que pueden adelantar entidades privadas sin ánimo de lucro se llega a presentar la situación de que sólo una de ellas esté en capacidad de realizarla, no será factible contratar directamente con ella, puesto que no hace parte de las actividades enunciadas en la norma: de índole artística, cultural, deportiva o de promoción de la diversidad étnica”[[23]](#footnote-24)

De lo anterior se desprende que la contratación con ESAL se sigue rigiendo por el Decreto 092 de 2017, salvo lo que fue objeto de suspensión provisional. Por lo tanto, las Entidades Estatales que deseen celebrar contratos de interés público, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política, deberán contratar con ESAL de reconocida idoneidad, como ya se dijo, realizando un proceso competitivo, y teniendo en cuenta lo siguiente: i) no debe condicionarse el proceso de contratación a la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios; ii) tampoco debe condicionarse 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 puede condicionarse únicamente a 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 debe establecer una relación conmutativa en la cual haya una contraprestación directa a favor de la entidad, ni instrucciones precisas dadas por ésta al contratista para cumplir con el objeto del contrato.

En caso de que se pretenda suscribir un convenio de asociación con ESAL de reconocida idoneidad para el cumplimiento de las funciones que la ley les asigna a las Entidades Estatales, deberá aplicarse lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017. De esta manera, deben estar sujetos a competencia, salvo en aquellos casos en que una ESAL comprometa recursos en dinero por un monto igual o superior al 30% del valor total del convenio[[24]](#footnote-25) , y siempre que la Entidad Estatal verifique previamente que no existe ninguna otra ESAL que ofrezca aportes iguales o superiores al 30%. Es decir, según la normativa aplicable, se 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.”[[25]](#footnote-26)

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

#  Ley 816 de 2003-Objeto-Aplicación

# La Ley 816 de 2003-Por medio de la cual se apoyo la industria nacional a través de la contratación pública- se expidió con el fin de generar mayor participación de los proveedores de bienes y servicios de origen colombiano en las compras de las Entidades Estatales, esto con la intención de compensar las asimetrías en el marcado de la compra pública entre la oferta de bienes y servicios nacionales frente a los extranjeros, para lo que se la ley creo un factor de preferencia para los proponentes nacionales y los proponentes extranjeros que incorporen un componente de servicios nacionales.

#  Lo anterior se encuentra inmerso en el artículo 1 de la mentada ley que señala:

# […] Las entidades de la administración pública que, de acuerdo con el régimen jurídico de contratación que le sea aplicable, deban seleccionar a sus contratistas a través de licitaciones, convocatorias o concursos públicos, o mediante cualquier modalidad contractual, excepto aquellas en que la ley no obligue a solicitar más de una propuesta, adoptarán criterios objetivos que permitan apoyar a la industria nacional. […]

# A su turno el artículo 2 indica:

# Las entidades de que trata el artículo 1° asignarán, dentro de los criterios de calificación de las propuestas, un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales.

# Tratándose de bienes o servicios extranjeros, la entidad contratante establecerá un puntaje comprendido entre el cinco (5) y el quince por ciento (15%), para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos.

# Si una vez efectuada la calificación correspondiente, la oferta de un proponente extranjero se encuentra en igualdad de condiciones con la de un proponente nacional, se adjudicará al nacional.

#  De lo anterior resulta la obligatoriedad para las Entidades Estatales con el objetivo de promover la industria nacional, deben incluir en sus Procesos de Contratación medidas para la promoción de bienes, servicios o mano de obra nacional. Esta promoción incluye la incorporación dentro de los Documentos del Proceso de Contratación de un puntaje para (i) la promoción de bienes y servicios nacionales; y, (ii) la promoción de la incorporación de componente nacional en bienes y servicios extranjeros. Un mismo bien o servicio no puede aplicar a los dos puntajes pues un bien no puede ser nacional y extranjero al mismo tiempo.

#  De los anteriores artículos se desprende la obligación para las entidades sometidas al EGACP y que adelanten procesos en el Sistema de Compra Publica, la incorporación de condiciones de ponderación que apunten a la promoción de bienes, servicios o mano de obra nacional.

#  Estos puntajes deben ser incluidos en todos los Procesos de Contratación, excepto: (i) cuando haya lugar a la selección directa del contratista, cualquiera que sea el régimen de contratación aplicable; (ii) en los Procesos de Contratación de selección abreviada para la adquisición o suministro de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes de que trata la Ley 1150 de 2007; y, (iii) en los Procesos de Contratación de mínima cuantía de que trata la Ley 1150 de 2007.

1. **Respuesta**

“¿1. La diferencia entre los convenios interadministrativos regulados por el artículo 95 de la ley 489 de 1998 y los consagrados en el artículo 2.2.1.2.1.4.4. del Decreto 1082 de 2015.

2. Cuál es la naturaleza del aporte mínimo de la ESAL en un proceso competitivo regulado por el Decreto 092 de 2017, ¿es un criterio habilitante o puntuable?

3. Se solicita aclarar si el puntaje de que trata la Ley 816 de 2003 les es aplicable a un proceso competitivo regulado por el Decreto 092 de 2017? […]”

Respecto a la primera pregunta, se precisa que lo establecido en el artículo 95 dispone la posibilidad para las entidades publicas de asociarse con el fin de cooperar en las funciones administrativas para lo cual, cuentan con características propias de conformidad a lo considerado por parte de la jurisprudencia “Estos convenios cuentan con las características propias de los contratos, cuando su objeto lo constituyen obligaciones patrimoniales, y las entidades estatales que los conforman están sujetas tanto a la normativa contractual pública, como a las normas del derecho civil […]”[[26]](#footnote-27).

Ahora bien, frente a lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015, se encuentra la modalidad de selección de contratación directa para que las entidades publicas celebren entre ellas Convenios o Contratos interadministrativos, Convenios que tienen fundamento en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, por lo cual, se debe precisar que no hay diferencia ente los convenios interadministrativos regulados en la Ley 489 de 1998 y lo descrito en el artículo 2.2.1.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015.

Respecto a la segunda pregunta, se precisa que el aporte mínimo de la ESAL tiene una connotación determinante, pues el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 indica que en caso de existir más de una ESAL que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por ley a una entidad estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, esta última debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección; por lo que el aporte se configura como un requisito habilitante para la participación del proceso competitivo.

Respecto a la tercera pregunta, se precisa que los Procesos de Contratación regidos por el Decreto 092 de 2017 no hacen parte del Sistema de Compra Publica y en este sentido no deben incluir los criterios de calificación de las propuestas para estimular la industria nacional establecidos en la Ley 816 de 2003.

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: | Gustavo Hinestroza MartínezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Revisó: | Juan David Cárdenas CabezaContratista 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: “absolver 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: “absolver 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. Decreto 1082 de 2015: «Artículo 2.2.1.2.1.4.4. Convenios o contratos interadministrativos. La modalidad de selección para la contratación entre Entidades Estatales es la contratación directa; y en consecuencia, le es aplicable lo establecido en el artículo 2.2.1.2.1.4.1 del presente decreto.

“Cuando la totalidad del presupuesto de una Entidad Estatal hace parte del presupuesto de otra con ocasión de un convenio o contrato interadministrativo, el monto del presupuesto de la primera deberá deducirse del presupuesto de la segunda para determinar la capacidad contractual de las Entidades Estatales”. [↑](#footnote-ref-4)
4. Ley 1150 de 2007: “Artículo 2, numeral 4, literal c. […] Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo”. [↑](#footnote-ref-5)
5. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 2010. Radicación No. 66001-23-31-000-1998-00261-01(17.860). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-6)
6. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Exp. 46.986. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-7)
7. 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-8)
8. 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. [↑](#footnote-ref-9)
9. Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-10)
10. Decreto 092 de 2017: “Artículo 5. Asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir *actividades propias de las Entidades Estatales.* Los convenios de asociación que celebren entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y Entidades Estatales para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la Ley a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional.

Si hay más de una entidad privada sin ánimo de lucro que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por Ley a una Entidad Estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección.

[…]”.  [↑](#footnote-ref-11)
11. Sobre la naturaleza de los convenios de asociación, se reitera lo expuesto en el concepto del 19 de noviembre de 2019, con radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-12)
12. Cfr. Concepto del 21 de agosto de 2019, dictado dentro del radicado No. 2201913000006047. [↑](#footnote-ref-13)
13. Concepto del 24 de febrero de 2005, con radicado No. 1626, C.P. Dra. Gloria Duque Hernández [↑](#footnote-ref-14)
14. 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-15)
15. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Auto del 15 de marzo de 2022. Exp. 11001-03-26-000-2018- 00113-01 (62.003). C.P. Rocío Araújo Oñate [↑](#footnote-ref-16)
16. 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. [↑](#footnote-ref-17)
17. 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-18)
18. En el auto del 15 de marzo de 2022 se señalaron los siguientes argumentos para levantar la suspensión provisional del inciso segundo del artículo 3 del Decreto 092 de 2017: “43. En suma, lo que advierte la Sala es que para establecer si el Gobierno nacional delegó indebidamente el ejercicio de la potestad reglamentaria directa de la Constitución, es necesario realizar un estudio de fondo, que es propio de la sentencia, pues de la literalidad de las normas confrontadas no surge que la expedición de la guía, con el alcance orientador y de interpretación señalado en las disposiciones demandadas, corresponda al ejercicio incompleto y trasladado de esa potestad, como lo razona el demandante, o si se trata de la asignación de una función o tarea, dentro de la amplia esfera de configuración normativa que confieren los reglamentos constitucionales autónomos, como lo entiende el Departamento Nacional de Planeación. [↑](#footnote-ref-19)
19. Decreto 092 de 2017, Artículo 2, literal 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-20)
20. 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-21)
21. 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-22)
22. De esta manera, agrega que “[…] cuando el reglamento exige correspondencia directa entre los objetos de los contratos y las actividades y programas contenidos específicamente en los planes de desarrollo, excluye aquellos programas y actividades de interés público que desarrollan entidades sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, que aun cuando acordes con los planes de desarrollo no encajan de manera precisa en alguna de las actividades o programas particulares contemplados en dichos planes” (Cfr. Consejo de Estado. Sala Plena. Auto del 15 de marzo de 2022. Exp. 62.003. C.P. Rocío Araújo Oñate). [↑](#footnote-ref-23)
23. *Ibidem* [↑](#footnote-ref-24)
24. 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-25)
25. RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio. Contratación pública con Entidades sin ánimo de lucro. Bogotá: Legis Editores, 2017. p. 28. [↑](#footnote-ref-26)
26. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 11 de diciembre de 2019. Exp. 46.986. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-27)