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

El artículo 355 de la Constitución Política prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas. Igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con ESAL con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 permite a las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad.

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

El Decreto 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 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 esta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista.

De otro lado, los *convenios de asociación* «[t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley». 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.

Bogotá D.C., [Día] de [Mes.NombreCapitalizado] de [Año]

Texto

Descripción generada automáticamente

Señora

**Nataly Alexandra Rodriguez Mon**

[adecuartecolombia@gmail.com](mailto:adecuartecolombia@gmail.com)

Sogamoso, Boyacá

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C- 216 de 2024** |
| **Temas:** | CONTRATOS CON ESAL – Artículo 355 – Constitución – Fundamento / TIPOS DE CONTRATOS – Artículo 355 – Constitución – ESAL / CONTRATOS CON ESAL – Selección objetiva |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta con radicado No. P20240624006380 |

Estimada señora Rodriguez:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 24 de junio de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

“1. Se me expida copia de los conceptos o sentencias proferidas por las entidades competentes en donde se señale que el hecho de que una entidad sin ánimo de lucro no haya presentado la solicitud para continuar en el régimen tributario especial o lo haya hecho su solicitud incompleta o extemporáneamente, le genera per se la pérdida de capacidad para contratar con el Estado.

2. Se informe si para utilizar esta modalidad es necesario que en el manual de contratación de la entidad se fije el procedimiento, términos, tiempos y etapas, así como posibles criterios de habilitación y ponderación de los ofrecimientos hechos por ESALES, o si estos criterios pueden ser fijados de manera discrecional por la entidad en cada caso específico sin que medie acto administrativo reglamentario.

3. En caso de que existan los conceptos o sentencias de que hace referencia el numeral 1° solicito se me expida copia de los conceptos o sentencias proferidas por las entidades competentes en donde se señale que aun si no se exigen los criterios de eficiencia y eficacia en una convocatoria limitada a ESALes las entidades pueden rechazar de plano sin verificar el objeto, la experiencia de la entidad sin ánimo de lucro o su idoneidad, señalando que esos procesos están limitados a ESALes con régimen especial de tributación.

4. Se solicita expedir un concepto en relación con la pérdida de capacidad para contratar con el estado de las entidades sin ánimo de lucro que durante una vigencia no hayan renovado su solicitud de permanecer en el régimen tributario especial.”

De manera preliminar, resulta necesario resaltar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas 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 del sistema de compra pública. 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. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos: ¿Puede una Entidad Sin Ánimo de Lucro (ESAL) perder su capacidad para contratar con el Estado si no renueva su solicitud para permanecer en el régimen especial tributario?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| La capacidad jurídica es la aptitud que recae en los sujetos activos o pasivos de las relaciones jurídicas. Para efectos de las relaciones contractuales en las que uno de los extremos de la relación sea una Entidad Estatal, la capacidad contractual es la facultad que se ostenta para celebrar contratos con una Entidad Estatal. En otras palabras, es: i) la capacidad de obligarse a cumplir el objeto del contrato y ii) de no estar incursa en inhabilidades o incompatibilidades que impiden la celebración del negocio.  En ese orden de ideas, la capacidad para contratar la tienen las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes[[1]](#footnote-2), así como otras formas asociativas. De modo que, cuando se señala que las personas jurídicas tienen capacidad jurídica para contratar se hace referencia a la posibilidad que tienen para adelantar actividades en el marco de su objeto social, a las facultades que le han sido otorgadas al representante legal y a la ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar, derivadas de la ley.  Por tanto, es claro que las ESAL tienen capacidad para contratar bajo las reglas del EGCAP al ser personas jurídicas consideradas legalmente capaces, en los términos del artículo 6 de la Ley 80 de 1993. En armonía con ello, el Decreto 092 de 2017 reguló un régimen especial de contratación; sin embargo, nada obsta para que las ESAL participen, en términos de igualdad con los demás oferentes, en los diferentes procesos contractuales que regula el EGCAP, siempre que cumplan con los requisitos exigidos en cada proceso, donde competirán con los demás proponentes. En este orden de ideas, las ESAL no solo pueden contratar bajo las reglas establecidas en el Decreto 092 de 2017, sino que también pueden intervenir en procesos de selección regidos por las reglas del EGCAP, caso en el cual participan con las mismas reglas aplicables a los demás oferentes.  Téngase presente que las entidades estatales en el marco de su discresionalidad deberán en los documentos de la planeación del proceso competitivo justificar el procedimiento a seguir y el marco normativo a utilizar, esto es, las dos opciones contempladas en el Decreto 092 del 2017 amparadas en el artículo 355 de la Constitución Política. Por lo tanto, deberá la entidad estatal registrar dicho argumento en el analisis del sector, estudios previos, conveniencia y oportunidad con el fin de dar cumplimiento a los principios de la contratación, de la función pública y a su propio manual de contratación pública.  Así las cosas, la entidad estatal estructurará en en el marco del proceso competitivo del decreto 092 del 2017, los documentos precontractuales que determinen el procedimiento, términos, y etapas a seguir. De igual manera, establecerá los criterios de habilitación y ponderación para escoger la ESAL teniendo en cuenta lo manifestado anteriormente de los principios y el Manual de contratación interno. Por lo tanto, es necesario que la entidad estatal tenga un Manual de contratación que responda a las necesidades propias de la institución que la Ley y los decretos no regulan por respetar la discresionalidad propia de cada entidad; en tal sentido las entidades estatales deberán tener en cuenta en la maduración de los procesos competitivos del mencionado decreto lo establecido en este, en su manual de contratación y lo contemplado en las normas de contratación en general.  Ahora bien, el artículo 364-5 del Estatuto Tributario –ET–, modificado por la [Ley 2277 de 2022](https://actualicese.com/reforma-tributaria/), precisa que las entidades del régimen tributario especial como las ESAL deberán actualizar anualmente la información en el registro web durante los primeros 6 meses de cada año. En ese orden de ideas, cuando no se renueva el registro tributario[[2]](#footnote-3), enfrentará varias consecuencias tales como:   * Conversión al Régimen Tributario Ordinario: La entidad automáticamente pasará al régimen tributario ordinario. * Tarifa del Impuesto a la Renta: Estará sujeta a la tarifa del impuesto a la renta del régimen ordinario, que generalmente es más alta. * Imposibilidad de Reinvertir Excedentes: No podrá reinvertir los excedentes de la misma manera que lo haría bajo el régimen tributario especial. * Sujeto de Retención en la Fuente: La entidad se convertirá en sujeto de retención en la fuente.   Cabe advertir que estas consecuencias pueden afectar significativamente la operación y los beneficios fiscales de la entidad, sin embargo, esta situación no generaría pérdida de capacidad jurídica alguna o perdida de la capacidad jurídica para contratar, toda vez que esta se adquiere con el simple hecho de haberse conformado como ESAL y no restringe la capacidad para contrata. En su defecto, estas consecuencias, son beneficios de carácter tributario, que se pueden perder por parte de la ESAL al no actualizar su permanencia en este régimen tributario especial. |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

1. La capacidad jurídica es la aptitud que recae en los sujetos activos o pasivos de las relaciones jurídicas[[3]](#footnote-4). Para efectos de las relaciones contractuales en las que uno de los extremos de la relación sea una Entidad Estatal, la capacidad contractual es la facultad que se ostenta para celebrar contratos con una Entidad Estatal. En otras palabras, es: i) la capacidad de obligarse a cumplir el objeto del contrato y ii) de no estar incursa en inhabilidades o incompatibilidades que impiden la celebración del negocio.
2. Para efectos de la aplicación del EGCAP, la capacidad para contratar la tienen las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes[[4]](#footnote-5), así como otras formas asociativas. De modo que, cuando se señala que las personas jurídicas tienen capacidad jurídica para contratar se hace referencia a la posibilidad que tienen para adelantar actividades en el marco de su objeto social, a las facultades que le han sido otorgadas al representante legal y a la ausencia de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar, derivadas de la ley.
3. Por tanto, es claro que las ESAL tienen capacidad para contratar bajo las reglas del EGCAP al ser personas jurídicas consideradas legalmente capaces, en los términos del artículo 6 de la Ley 80 de 1993. En armonía con ello, el Decreto 092 de 2017 reguló un régimen especial de contratación; sin embargo, nada obsta para que las ESAL participen, en términos de igualdad con los demás oferentes, en los diferentes procesos contractuales que regula el EGCAP, siempre que cumplan con los requisitos exigidos en cada proceso, donde competirán con los demás proponentes. En este orden de ideas, las ESAL no solo pueden contratar bajo las reglas establecidas en el Decreto 092 de 2017, sino que también pueden intervenir en procesos de selección regidos por las reglas del EGCAP, caso en el cual participan con las mismas reglas aplicables a los demás oferentes.
4. Con fundamento a lo anterior, una entidad sin ánimo de lucro corresponde a una persona jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, cuya finalidad es que sus utilidades o beneficios sean reinvertidos en el objeto social para el cual han sido creadas, es decir, la finalidad no es repartir las utilidades a sus miembros, llámese asociados, fundadores o cooperados.
5. Ahora bien, artículo 364-5 del Estatuto Tributario –ET–, modificado por la [Ley 2277 de 2022](https://actualicese.com/reforma-tributaria/), precisa que las entidades del régimen tributario especial deberán actualizar anualmente la información en el registro web durante los primeros 6 meses de cada año y de no hacerlo, enfrentarían consecuencias de carácter tributario; situación que no afecta su capacidad para contratar, debido a que esta, se asociada a la forma en como fue constituida.
6. Por otro lado, 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[[5]](#footnote-6). Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998[[6]](#footnote-7) 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.
7. El Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política, expidió el Decreto 092 de 2017, que dispone las reglas para las contrataciones que realicen las Entidades Estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos:
8. 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;
9. 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.
10. Los primeros están regulados en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, mientras que los segundos en los artículos 5, 6, 7 y 8 *ibidem*. Es posible diferenciar, pues, los *convenios de asociación*, regulados en el artículo 5, de los *contratos de colaboración*, establecidos en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017[[7]](#footnote-8).
11. De un lado, los *contratos del artículo 355 de la Constitución Política* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la ESAL contratista.
12. De otro lado, los *convenios de asociación* “[…] tienen 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”[[8]](#footnote-9). 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”. En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado.

1. Se hace especial claridad en que 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. Sobre el particular, 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”. [Énfasis fuera del texto original]

1. 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.
2. Sin perjuicio de lo anterior, es menester resaltar que 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.
3. El primer lugar, una característica esencial de los convenios a los que se refiere el inciso segundo del artículo 355 Constitucional – contratos de colaboración – es que su objeto esté determinado por la realización de programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes seccionales de desarrollo[[9]](#footnote-10), los cuales se encuentran regulados en los artículos 339 a 344 de la Constitución Política. Sobre este aspecto, la Corte Constitucional ha indicado que el objeto de estos convenios es el "desarrollo de actividades esencialmente benéficas, no como instrumento económico, sino con un propósito meramente asistencial y altruista, en el que, a diferencia del pasado, no se privilegia la arbitrariedad y unilateralidad del gasto público, sino que se exige un grado aceptable de reciprocidad por parte del beneficiario de la ayuda"[[10]](#footnote-11).
4. Respecto del objeto de los contratos de colaboración, el Consejo de Estado, en el auto del 6 de agosto de 2019, estudió 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[[11]](#footnote-12).
5. En relación con esta norma, encontró que el literal a) del artículo 2 establece dos (2) 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”.

1. 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”.

1. Por las anteriores razones, 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 solo se pueden celebrar contratos para los objetos específicos señalados en el Decreto 092 de 2017.
2. En segundo lugar, el objeto del convenio de asociación es el desarrollo de cometidos y/o funciones públicas propias de las Entidades Estatales. De lo anterior se concluye que, el interés perseguido con la contratación debe ser de carácter general o colectivo, materializado en los cometidos y funciones que le han sido asignados en el ordenamiento jurídico a la Entidad Estatal contratante. Así, en el caso de una entidad territorial se debe garantizar que los fines del convenio de asociación a celebrarse sean acordes con los fines y funciones asignados en la Constitución, leyes orgánicas y ordinarias correspondientes, al igual que en sus correspondientes planes de desarrollo. Además, si se trata de cualquier otra Entidad Estatal, deberá indagarse igualmente por su finalidad y competencia en las normas legales correspondientes, incluyendo sus actos de creación y los asimilables a los planes de desarrollo, para garantizar el cumplimiento de los mismos a través del convenio a celebrarse[[12]](#footnote-13).
3. Debe señalarse que, por un lado, el artículo 4 del Decreto 092 de 2027, dispone que la escogencia de la ESAL debe realizarse a través de proceso competitivo cuando haya pluralidad de ellas en condiciones de idoneidad para desarrollar un programa o una actividad de interés público. El Decreto 092 de 2017 y 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 no prevén reglas particulares para el trámite del proceso competitivo, por lo que queda a consideración de la Entidad Estatal en cada caso concreto, aunque los dos instrumentos normativos sí contemplan unas etapas obligatorias.
4. El artículo 4 del Decreto 092 de 2017, prevé que: “En el proceso competitivo la Entidad Estatal deberá cumplir 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”.
5. La “Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad” señala: "Documentos del Proceso son: (a) los estudios y documentos elaborados en la etapa de planeación; (b) los documentos en los cuales la Entidad Estatal establece los términos y condiciones para seleccionar la entidad privada sin ánimo de lucro cuando hay lugar a competencia de acuerdo con el artículo 4° del Decreto 092 de 2017; (c) la explicación que contenga la correspondencia entre las Entidades Estatales y las entidades privadas sin ánimo de lucro interesadas en el Proceso de Contratación sobre el mismo; (d) las ofertas presentadas por las entidades privadas sin ánimo de lucro cuando hay lugar a competencia de acuerdo con el artículo 4° del Decreto 092 de 2017,: (e) los informes de evaluación de las ofertas cuando hay lugar a competencia de acuerdo con el artículo 4° del Decreto 092 de 2017; (f) el contrato y sus modificaciones”.
6. Por otro lado, los convenios de asociación “[…] no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio”, las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento (30%), en dinero, del valor del convenio para celebrarlo directamente, pues de lo contrario deberá adelantarse un proceso competitivo. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben “[…] asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Cuando la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse”.
7. La noción “seleccionar de forma objetiva”, contenida en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 no puede ser entendida como una remisión total a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es a que la Entidad Estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las ESAL para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación, por lo que los criterios que permitan una selección objetiva deben definirse en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad puede decidir acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el EGCAP o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017.
8. En suma, las Entidades Estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo de los artículos 4 y 5 del Decreto 092 de 2017. En todo caso, el proceso competitivo que definan las Entidades Estatales para sus contratos de colaboración y sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia, la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de las ofertas. Este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública.
9. Ahora bien, el procedimiento competitvo o el tramite que adelante la entidad estatal en relación con el decreto 092 del 2017 deberá estar en concordancia con el manual de contratación, el cuál es un acto administrativo general con vocación de permanencia, integrándose en el ordenamiento jurídico y vinculando tanto a los destinatarios externos como a la propia Administración. Este carácter normativo implica que no puede ser desconocido en actuaciones concretas a menos que sea derogado, anulado o decaiga.

1. En ese orden de ideas, se puede inferir entonces que los manuales de contratación de las entidades estatales son reglamentos secundum legem. Además, se subordinan a otros reglamentos, como decretos del gobierno nacional y normativas de organismos rectores, lo que impide calificarlos como reglamentos de primer grado.
2. Por otro lado, respecto al Manual de Contratación vale la pena señalar que es un instrumento de Gestión Estratégica que tiene como propósito principal servir de apoyo al cumplimiento del Objetivo Misional de cada Entidad Estatal. Los Manuales de Contratación deben estar orientados a que en los Procesos de Contratación se garanticen los objetivos del Sistema de Compra Pública incluyendo eficacia, eficiencia, economía, promoción de la competencia, rendición de cuentas, manejo del Riesgo y publicidad y transparencia.[[13]](#footnote-14)
3. En ese sentido, los manuales de contratación son creados respetando la autonomía de la voluntad de la administración, los cuales deben estar alineados con la garantía de los principios de la función administrativa[[14]](#footnote-15)y deberán estar actualizados conforme a la normatividad vigente; sin embargo, aquello que en él no se contemple, no es una limitante para la aplicación de la ley en la materia.
4. El carácter reglamentario de los manuales de contratación de las entidades estatales ha sido reconocido y reiterado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en varias oportunidades[[15]](#footnote-16). Si bien ha indicado que el gobierno nacional no puede renunciar a su potestad reglamentaria para entregársela a las entidades estatales, a fin de que estas la ejerzan mediante la expedición de manuales de contratación, ha admitido que aquellas tienen también competencia reglamentaria, aunque subordinada.
5. Por ello, ha precisado que dicha potestad reglamentaria, materializada en la expedición de manuales de contratación, debe respetar la reserva de ley, lo que significa que no permite a las entidades públicas contrariar o ir más allá de lo que establecen las normas superiores. En tal sentido, las entidades que se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no pueden, por ejemplo, crear procedimientos de selección a través de manuales de contratación.
6. De igual forma, el Consejo de Estado ha señalado que incluso los manuales internos de las entidades que se rigen por el derecho privado –es decir, de las denominadas entidades exceptuadas o excluidas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública– son reglamentos y deben ser cumplidos en los procedimientos contractuales que adelanten. Sin embargo, ha advertido que la discrecionalidad administrativa de las entidades públicas para la expedición de dichos manuales no es absoluta, sino que, por el contrario, “[…], la capacidad creadora tiene límites, que la Sala no puede establecer en abstracto pero sí advertir que no es posible afectar la reserva de ley que tienen muchas materias; por ejemplo la capacidad para contratar, la atribución de poderes exorbitantes, la creación de inhabilidades e incompatibilidades, entre otros temas”.
7. Así también lo sostuvo esta Subdirección en el concepto C-168 del 31 de marzo de 2020, al afirmar que, “el manual de contratación de las entidades exceptuadas es un acto administrativo y, de manera más concreta, un reglamento, pues, además de consistir en una manifestación unilateral de voluntad efectuada por la entidad estatal, en ejercicio de función administrativa, dirigida a producir efectos jurídicos, tiene vocación de permanencia en el tiempo. Esto significa que el manual de contratación despliega sus efectos de manera indefinida en el futuro, no agotándose con una sola aplicación”.
8. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Constitución Política: Artículo 355. * Ley 489 de 1998: Artículo 96. * Decreto 092 de 2017: Artículos 4 y 5. * Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-324 de 2009. * Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-287 de 2012. * Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de febrero de 2005, con radicado No. 1626.   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. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias> |

1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó el régimen de los convenios de asociación regulados en el artículo 355 de la Constitución y en el Decreto 092 de 2017, entre otros, en los conceptos con radicado 4201912000008310 del 26 de diciembre de 2019, 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C-070 04 de marzo de 2020, C-094 del 04 de marzo de 2020, C-086 del 16 de marzo de 2020, C-101 del 16 de marzo de 2020, C-228 del 17 de marzo de 2020, C-014 del 24 de marzo de 2020, C-215 de 31 de marzo de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020, C-416 del 30 junio de 2020, C-447 del 27 de julio de 2020, C-513 del 30 de julio de 2020, C-483 del 06 de agosto de 2020, C-579 del 4 de septiembre de 2020, C-594 del 7 de septiembre de 2020, C-670 del 22 de noviembre de 2020, C-689 del 1 de diciembre de 2020, C-724 de 14 de diciembre de 2020, C-749 del 23 de diciembre de 2020, C-758 del 04 de enero de 2021, C-806 de 8 de febrero de 2021, C-379 del 26 de julio de 2021, C-548 del 05 de octubre de 2021, C-092 del 09 de marzo de 2022, C-106 del 30 de marzo de 2022, C-274 del 05 de mayo de 2022 y C,-045 del 25 de abril de 2024. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

También le invitamos a consultar las versiones I y II de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual, las cuales puede descargar en la página web de la Agencia: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital> .

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Juan Manuel Avendaño Robles  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cielo González Meza  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero Gacharná  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Artículo 6º Ley 80 de 1993 De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes [↑](#footnote-ref-2)
2. [ESAL calificadas en el Régimen Tributario Especial (dian.gov.co)](https://www.dian.gov.co/impuestos/sociedades/Regimen-Tributario-Especial-RTE/Paginas/ESAL-calificadas-en-el-Regimen-Tributario-Especial.aspx) [↑](#footnote-ref-3)
3. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C 178 de 29 de abril de 1996. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Expediente No. D-974. [↑](#footnote-ref-4)
4. Artículo 6º Ley 80 de 1993 De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes [↑](#footnote-ref-5)
5. 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, dictado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. [↑](#footnote-ref-6)
6. Al respecto, la Ley 489 de 1998 dispone que “Art. 96. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

   Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”. [↑](#footnote-ref-7)
7. 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-8)
8. Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512, dictado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. [↑](#footnote-ref-9)
9. GÓMEZ Velásquez, Alejandro y DÍAZ Díez Cristian Andrés. *Los convenios de interés público y de asociación en el régimen de contratación pública colombiana.* Revista Derecho del Estad. Universidad Externado de Colombia.Se puede consultar en el siguiente enlace: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6151/8606#figures> [↑](#footnote-ref-10)
10. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-324 de 2009. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez. En igual sentido, véase Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-027 de 2016. [↑](#footnote-ref-11)
11. 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-12)
12. GÓMEZ Velásquez, Alejandro y DÍAZ Díez Cristian Andrés. *Los convenios de interés público y de asociación en el régimen de contratación pública colombiana.* Revista Derecho del Estad. Universidad Externado de Colombia.Se puede consultar en el siguiente enlace: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6151/8606#figures> [↑](#footnote-ref-13)
13. Lineamientos Generales para la Expedición de Manuales de Contratación Expedido por la ANCP-CCE [↑](#footnote-ref-14)
14. Cfr. Colombia Compra Eficiente. Subdirección de Gestión Contractual. Concepto C-362 del 3 de julio de 2020. Pág. 9. [↑](#footnote-ref-15)
15. Texto tomado del concepto C-045 del 25 de abril de 2024 [↑](#footnote-ref-16)