**DECRETO 092 DE 2017 – Convenios de colaboración – Convenios de asociación**

En virtud de lo anterior, el Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. En ese sentido, se regulan dos 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; regulados por los artículos 2, 3 y 4 del mencionado Decreto y del numeral V de 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 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, regulados en los artículos 5, 6, 7 y 8 del mismo cuerpo normativo y del numeral VI de la Guía previamente citada.

**DECRETO 092 DE 2017 – Convenios de asociación – Características**

(…) los convenios de asociación nacen a la vida jurídica por virtud del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, donde se autoriza a las Entidades Estatales a celebrar negocios jurídicos con ESAL para cumplir sus funciones

(…)

En ese contexto, el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 reglamentó los aspectos para tener en cuenta en la celebración de convenios de asociación

(…)

Para responder sus preguntas es necesario exponer las características propias del convenio de asociación previsto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, reglamentado posteriormente por el Decreto 092 de 2017, a continuación: […]

**DECRETO 092 DE 2017 – Convenios de colaboración – Convenios de asociación – Ejecución**

Seguidamente, el séptimo aspecto por enunciar está relacionado con la aplicación de los principios de la contratación estatal y algunas normas presupuestales, de conformidad con el artículo 7 del Decreto 092 de 2017. Sobre este punto, esta Subdirección considera que, en ausencia de precisiones al respecto de los principios a los cuales se hizo referencia en la disposición referida, el Decreto pretendió hacer exigibles tanto los principios de orden constitucional, como los de orden legal. En ese marco, serán exigibles principios como el de legalidad y debido proceso, así como los establecidos en los artículos 209 y 267 constitucionales, entre los que se destacan los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, eficacia, equidad y publicidad.

(…)

De igual manera, deberá la entidad estatal desde el ejercicio de la supervisión vigilar que la ESAL cumpla con el procedimiento de legalización de los desembolsos y para ello esta deberá presentar los soportes tanto financieros como técnicos y jurídicos requeridos en los documentos contractuales, los cuales fueron estipulados previos a la suscripción del convenio teniendo en cuenta la capacidad de contratación de la ESAL. Adicionalmente, la entidad privada sin ánimo de lucro contratista deberá entregar a la Entidad Estatal, la información relativa a los subcontratos que suscriba para desarrollar el programa o actividad de interés público previsto en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, en el caso de los convenios de colaboración, o para apoyar el cumplimiento de las funciones que le señala la ley a la entidad en el caso de los convenios de asociación, incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató y la información de pagos.

En consecuencia, la ESAL si está obligada a legalizar ante la entidad estatal los pagos y destinaciones de los recursos que fueron subcontratados con el fin de dar cumplimiento al objeto del convenio; esta legalización la realizará de conformidad como haya quedado indicada en los documentos precontractuales y contractuales, la cual puede consistir a manera de ejemplo en informes, productos, facturas, etc., sin olvidar que cada caso depende del proceso de planeación. En todo caso, los valores económicos que pague la ESAL a sus proveedores serán validados por la entidad contratante en la legalización de los recursos desembolsados durante la ejecución y liquidación del convenio.

**DECRETO 092 DE 2017 – Convenios de asociación – Convenios de colaboración – EGCAP – Aplicación**

Por último, el octavo aspecto importante en los convenios de asociación tiene que ver con que su celebración debe observar las normas generales del sistema de contratación pública, en virtud de lo dispuesto por el artículo 8 del Decreto 092 de 2017. Quiere decir esto que dichos negocios jurídicos deberán estar sujetos a las normas generales aplicables a la contratación pública, definidas en el EGCAP y aquellas normas concordantes, excepto en lo regulado por el propio Decreto 092.

Aquí se destaca este elemento por cuanto, en razón a la expedición del Decreto que regula el tipo contractual (convenio de asociación), aquellos están sujetos a las reglas de la liquidación, los estudios y documentos previos, pagos anticipados, anticipos, adiciones, supervisión, interventoría, análisis del riesgo y garantías, entre otras, previstas en el EGCAP.

**DECRETO 092 DE 2017 – Convenios de colaboración – Conmutatividad**

Respecto de su pregunta sobre el significado de “conmutativo”, según el diccionario de la RAE el contrato conmutativo es “contrato bilateral en que las prestaciones recíprocas son determinadas (…)”, adicionalmente la Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad de Colombia Compra Eficiente señala que:

“no genera cargas equivalentes o recíprocas y por tanto la Entidad Estatal contratante no instruye a la entidad privada sin ánimo de lucro para desarrollar los programas o actividades previstas. El artículo 1498 del Código Civil Colombiano dispone que el contrato es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez. Los contratos suscritos en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017 no son este tipo, puesto que la Entidad Estatal no adquiere bienes o servicios ni encarga la ejecución de una obra de acuerdo con sus precisas instrucciones. En este caso la Entidad Estatal decide desarrollar un programa o actividad del plan de desarrollo en beneficio de la población en general. La contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política es un instrumento de política pública distinto al Sistema de Compra Pública. El Sistema de Compra Pública está encaminado a que las Entidades Estatales adquieran y se provean de los elementos que ofrece el mercado privado para cumplir sus fines. Cuando la Entidad Estatal utiliza el Sistema de Compra Pública está en una relación contractual conmutativa, pues recibe bienes, obras o servicios a cambio de sus recursos presupuestales”.

Bogotá D.C., 12 de agosto de 2024

A close-up of a label

Description automatically generated

Señor

**John Jairo Velásquez Ortiz**

Ciudad

**Concepto C-240 de 2024**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:** | DECRETO 092 DE 2017 – Convenios de colaboración – Convenios de asociación / DECRETO 092 DE 2017 – Convenios de asociación – Características / DECRETO 092 DE 2017 – Convenios de colaboración – Convenios de asociación – Ejecución / DECRETO 092 DE 2017 – Convenios de asociación – Convenios de colaboración – EGCAP – Aplicación / DECRETO 092 DE 2017 – Convenios de colaboración – Conmutatividad |
| **Radicación:** | Respuesta a consultas acumuladas radicados No. P20240628006615, P20240708006869 y P20240708006870 |

Estimado señor Velásquez:

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 sus solicitudes de consulta de fechas 28 de junio y 8 de julio de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

“1. ¿Si una actividad en un convenio de asociación con un costo, y ejecutando la ESAL se presenta que negocia en el mercado un menor valor al que quedó establecido dentro del convenio actividad contratada (Entidad Estatal - ESAL), ejecutando la actividad conforme a las condiciones establecidas, los motivos pueden ser varios (por gestión, por negociación, por variaciones del mercado), el tercero que trabaja esa actividad con la ESAL (puede ser una persona, una empresa, un subcontratista), actividad subcontratada (ESAL-subcontratista) le entrega a la ESAL una factura por menor valor de lo que la Entidad Estatal pactó con la ESAL. La ESAL debe devolver la diferencia?.

2. ¿Qué normatividad (leyes, decretos, resoluciones) aplicarían para esta situación?

Si la respuesta a la pregunta anterior es positiva, en razón a los principios de Justicia, Equidad e Igualdad, y de acuerdo a la Ley 80, Artículo 27.- De la Ecuación Contractual. Se solicita responder lo siguiente:

3. Si, al contrario, la ESAL debe invertir un mayor valor en la actividad subcontratada (ESAL-subcontratista), de lo que se encuentra pactado en actividad contratada (Entidad Estatal - ESAL) en un convenio de asociación. Entonces, ¿La Entidad Contratante debe reintegrar a la ESAL por el dinero que invirtió y pagó de más?

4. ¿Qué normatividad (leyes, decretos, resoluciones) aplicaría para que la Entidad Estatal le reintegre los valores pagados de más’

5. ¿Cuál sería el mecanismo con el cual la ESAL pueda solicitar los recursos que se invirtieron de mas?

Sobre el Decreto 092, se tienen las siguientes preguntas:

Sobre el artículo 7

6. ¿En los subcontratos que realice la ESAL, la ESAL debe demostrar que cubren el 100% del presupuesto acordado (Entidad Estatal - ESAL)?

7. Si se demuestra con las evidencias pertinentes la ejecución de las actividades (Registros de asistencia, registros fotográficos, certificaciones de los beneficiarios), ¿Es necesario que la ESAL entregue también las facturas de cada actividad?

8. ¿Es obligación que la ESAL demuestre que se “gastó” el 100% de los recursos que aporta la Entidad del Estado y que estén soportados con facturas?

Sobre el artículo 2 inciso B

9. ¿Si la ESAL le quedan recursos de la ejecución del convenio, debería devolver los recursos, aun sabiendo que “el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal”?

Sobre los gastos de las ESAL y/o gastos administrativos:

Existen descuentos de orden municipal, departamental y nacional, dentro de los cuales se encuentran (Estampillas, ICO, Retenciones, etc), adicionalmente a la administración del convenio se cuenta con unos gastos que no se reflejan en lo pactado, p.e. (Pólizas, Papelería, transportes, comunicaciones, personal administrativo, gestiones de cámara de comercio, gestiones ante entidades de control, DIAN, etc.)

10. ¿Cómo la ESAL, puede presentar estos gastos ante la entidad estatal en la ejecución de un convenio?

Sobre opción de “Utilidad” de las ESAL:

De acuerdo a la Relatoría de las Sentencias C-268 y C287 de la Corte Constitucional, las ESAL pueden tener utilidades.

11. ¿En los convenios, si ejecutándose todas las actividades conforme a las cláusulas contractuales, quedan recursos; estos pueden ser tomados para reinversión en los fines generales de la asociación?

La petición anterior está fundamentada en las siguientes razones:

12. No es claro que implica el termino conmutativo en la norma

13. No es claro, que bajo ese decreto se entreguen los subcontratos y si estos son menores o mayores en costos que se debe hacer

14. No es claro si la ESAL debe demostrar que se gastó todos los recursos de la entidad

15. Por lo anterior, se generan errores de conceptos en las diferentes entidades que controlan dichos convenios, haciendo que cada entidad entienda de forma diferente con inducción al error.

16. ¿Qué entidad es la responsable de emitir conceptos sobre el Decreto 092 de 2017?

17. Que implica el articulo 7 del decreto 092: ¿Si se evidencia la ejecución de todas las actividades de un convenio (registros de asistencia, fotográficos, certificados, etc), de todas formas la ESAL debe entregar el subcontrato que haya realizado?

18. Que implica el articulo 2 Inciso B. Cuándo se determina que no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal. Esto que implica:

19. Si el contrato (Entidad Estatal - ESAL) con costo X. y la ESAL por gestión en el subcontrato (ESAL - Subcontratista), gastó menos recursos o visceversa, cumpliendo las clausulas:

a. ¿La ESAL debe devolver los dineros si el subcontratista le cobró menos?

b. ¿Si el subcontratista le cobró mas, y por tal razón la ESAL gastó de más, la Entidad Estatal le puede devolver lo invertido?

c. ¿La ESAL debe presentar facturas de la ejecución (ESAL - Subcontratistas)?” (SIC).

De manera preliminar, resulta necesario acotar 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 los problemas jurídicos de su consulta.

**1. Problemas planteados:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos que permiten agrupar sus dudas contractuales en unificación de temáticas de la siguiente manera:

Para las preguntas 1 a la 11, 13 a la 17 y 19, esta Agencia se plantea i) ¿Cómo debe ejecutarse y liquidarse un convenio de asociación y un convenio de colaboración con una ESAL y su correspondiente legalización de gastos?

Para las preguntas 12 y 18, ii) ¿Cuál es el alcance jurídico de la expresión “el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal” en el marco de un convenio con una ESAL, señalado en el inciso b del artículo 2 del Decreto 092 de 2017?

Para la pregunta 16, iii) ¿Qué entidad es la responsable de emitir conceptos sobre el Decreto 092 de 2017?

**2. Respuestas:**

|  |
| --- |
| **i)** Para responder su pregunta se destaca el mandato que exige la aplicación estricta a los principios del artículo 209 superior y que el convenio cumpla con la formalidad de elevarse siempre por escrito, estableciéndose de manera pormenorizada su objeto, el término, las obligaciones de las partes, los aportes y la coordinación.  En ese sentido, para responder a la primera pregunta, el manejo de los recursos financieros en el marco de un convenio con una ESAL se encuentra sujeto a la aplicación de los principios de la contratación estatal, a los principios de la función pública, a las normas presupuestales y a la posibilidad de celebrar subcontratos cuya información debe ser entregada a la entidad estatal para que sea publicada de conformidad con el Decreto 092 del 2017. En ese orden de ideas, tanto la entidad estatal como la ESAL deberán ajustarse a la aplicación especial de los principios de economía[[1]](#footnote-2) y a la unidad de caja y anualidad[[2]](#footnote-3), esto es que ambos deberán rendir los soportes financieros que permitan demostrar que el recurso aportado en virtud del convenio haya sido utilizado para el desarrollo de las actividades u obligaciones pactadas con el fin de liquidar el convenio dentro de la anualidad que le corresponda según el plazo pactado.  En el caso de la ESAL en calidad de contratista, deberá presentar al supervisor del convenio durante su ejecución y liquidación todos los soportes contables, contratos y demás documentos que demuestren la destinación de los recursos con el fin de poder liquidar el convenio y declararse a paz y salvo entre las partes. En su defecto, la entidad estatal desde la supervisión revisará todos los soportes presentados por la ESAL con el fin de identificar la idoneidad de estos y proceder con los desembolsos pactados en los documentos precontractuales y contractuales.  Cada entidad estatal es discrecional en definir criterios de legalización de desembolsos, amortización y soportes para que continúe el avance financiero del convenio. En el caso de los rendimientos financieros, son de titularidad de la entidad estatal cuando provengan de aportes de la Nación[[3]](#footnote-4), por lo que la ESAL deberá devolverlos en caso de que se genere. La entidad estatal deberá garantizar que el uso del recurso dispuesto en virtud del convenio sea ejecutado en su totalidad, caso contrario deberán dejar las partes en el acta de liquidación las observaciones y salvedades a lugar respecto de la inejecución de los recursos y las justificaciones debidas en caso de que no se logre ejecutar financieramente el 100% del convenio.  Téngase presente que el convenio nace de un proceso de planeación técnica, administrativa y financiera por lo que no es una regla presupuestal disponer CDP que amparen valores por encima de los estudios previos, por el contrario, no es una buena práctica presupuestal. Ahora bien, frente a la posibilidad que nazcan actividades nuevas durante la ejecución relacionadas directamente con el objeto del convenio, podrán las partes realizar adiciones de aportes que permitan financiar las nuevas actividades de conformidad con el artículo 40 de la Ley 80 de 1993[[4]](#footnote-5), entre otras normas de la contratación pública que se determinen aplicables.  Ahora bien, es necesario recordar que los convenios deben ejecutarse y liquidarse teniendo en cuenta lo establecido en la etapa precontractual. En ese orden de ideas, es en esta etapa en la que la entidad estatal dispone las obligaciones a realizar durante el plazo pactado, el equipo de trabajo requerido por parte de la ESAL, los tipos de contrataciones derivadas que se requieren, los desembolsos de los aportes y el número de desembolsos, los soportes que debe implementar la ESAL para legalizar los desembolsos, y en general todas las exigencias que estime conveniente la entidad estatal con el fin que el objeto se pueda ejecutar mediante el esfuerzo conjunto entre las partes.  En tal sentido, si se pactó la necesidad de realizar contratación derivada o subcontratos por parte de la ESAL, está podrá realizarla de acuerdo con lo que quedó establecido en los documentos precontractuales y en el convenio. En ningún caso, podrá la ESAL invertir recursos en actividades que se encuentran por fuera de los documentos que hacen parte de la gestión contractual, puesto que en ese caso la entidad estatal no podrá reconocer la legalización de dichas actividades, solo es posible invertir recursos en las actividades que hagan parte de lo mencionado anteriormente.  De igual manera, deberá la entidad estatal desde el ejercicio de la supervisión vigilar que la ESAL cumpla con el procedimiento de legalización de los desembolsos y para ello esta deberá presentar los soportes tanto financieros como técnicos y jurídicos requeridos en los documentos contractuales, los cuales fueron estipulados previos a la suscripción del convenio teniendo en cuenta la capacidad de contratación de la ESAL.  Adicionalmente, la entidad privada sin ánimo de lucro en calidad de contratista deberá entregar a la Entidad Estatal, la información relativa a los subcontratos que suscriba para desarrollar el programa o actividad de interés público previsto en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo en el caso de los convenios de colaboración; o para apoyar el cumplimiento de las funciones que le señala la ley a la entidad en el caso de los convenios de asociación, incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató y la información de pagos[[5]](#footnote-6).  En consecuencia, la ESAL si está obligada a legalizar ante la entidad estatal los pagos y destinaciones de los recursos que fueron subcontratados con el fin de dar cumplimiento al objeto del convenio; esta legalización la realizará de conformidad como haya quedado indicada en los documentos precontractuales y contractuales, la cual puede consistir a manera de ejemplo en informes, productos, facturas, etc., sin olvidar que cada caso depende del proceso de planeación. En todo caso, los valores económicos que pague la ESAL a sus proveedores serán validados por la entidad contratante en la legalización de los recursos desembolsados durante la ejecución y liquidación del convenio.  Así mismo, la entidad estatal desde la supervisión velará por que el recurso transferido o desembolsado a la ESAL en virtud del convenio haya sido utilizado para los fines pertinentes. En el evento que la entidad estatal desde el ejercicio de la supervisión observe que la ESAL cambió la destinación de los recursos o pagó valores que no corresponden a lo soportado podrá en caso de que se encuentre pactado ejercer las cláusulas exorbitantes o iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio por un presunto incumplimiento a las obligaciones del convenio.  En todo caso, es deber de la entidad estatal revisar si el objeto del convenio suscrito es susceptible de gravar impuestos territoriales cuando sea la contratante una entidad descentralizada territorialmente o de impuestos de orden nacional de acuerdo con la norma tributaria.  **ii)** Respecto de la segunda pregunta planteada en el problema jurídico, es necesario resaltar el significado de “conmutativo”. Según el diccionario de la RAE el contrato conmutativo es “contrato bilateral en que las prestaciones recíprocas son determinadas (…)”, adicionalmente la Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad de Colombia Compra Eficiente señala que:  “no genera cargas equivalentes o recíprocas y por tanto la Entidad Estatal contratante no instruye a la entidad privada sin ánimo de lucro para desarrollar los programas o actividades previstas. El artículo 1498 del Código Civil Colombiano dispone que el contrato es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez. Los contratos suscritos en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017 no son este tipo, puesto que la Entidad Estatal no adquiere bienes o servicios ni encarga la ejecución de una obra de acuerdo con sus precisas instrucciones. En este caso la Entidad Estatal decide desarrollar un programa o actividad del plan de desarrollo en beneficio de la población en general. La contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política es un instrumento de política pública distinto al Sistema de Compra Pública. El Sistema de Compra Pública está encaminado a que las Entidades Estatales adquieran y se provean de los elementos que ofrece el mercado privado para cumplir sus fines. Cuando la Entidad Estatal utiliza el Sistema de Compra Pública está en una relación contractual conmutativa, pues recibe bienes, obras o servicios a cambio de sus recursos presupuestales”.  Como se ha indicado anteriormente, la finalidad de todo convenio es aunar esfuerzos y recursos en conjunto para el cumplimiento del objeto, por lo que el manejo de los recursos que aportan ambas partes debe atender a esa naturaleza y no a una relación conmutativa o de contraprestación donde solo una parte entrega recursos y la otra entrega un bien, obra o servicio; por lo que en el marco de esa relación de colaboración mutua las partes tienen una coordinación para la ejecución contractual, deben decidir conjuntamente el manejo de los recursos dentro de los principios presupuestales, de contratación y de función pública.  Es importante aclarar que debido a que son dos partes asociadas y colaborando para el cumplimiento del convenio de colaboración, no se debe concebir una relación de jerarquía o subordinación donde la ESAL devuelve o pide a la entidad recursos, sino que es una relación de colaboración e igualdad donde ambas se asocian y aportan para un fin común, teniendo una relación de coordinación, y deben establecer acuerdos frente a diversos aspectos de la ejecución contractual lo cual no está regulado en el Decreto 092 de 2017  Se reitera que tanto el convenio de colaboración como el convenio de asociación no se tratan de un contrato conmutativo. En el caso del convenio de colaboración se busca cooperar mutuamente para desarrollar un programa en beneficio de la población en general. Contrario sensu, el convenio de asociación se busca apoyar a la entidad en el cumplimiento de las funciones que le asigna la Ley. No obstante, son las partes de ambos convenios quienes deben determinar cómo se deben ejecutar los recursos, y para esto pueden observar las reglas establecidas en el clausulado del contrato o convenio, el manual de contratación de la entidad, o lo que señalen las normas de la contratación pública que determinen que resulten aplicables.  **iii)** Frente a la tercera pregunta, la entidad responsable de emitir conceptos relacionados sobre la contratación en general del Decreto 092 de 2017 y de las demás normas en materias de contratación pública, es esta Agencia de acuerdo con la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011 que creó a Colombia Compra Eficiente. La norma señala que esta Agencia debe absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general relacionadas con el sistema de compras y contratación pública; y a pesar de que el Decreto 092 de 2017 no hace parte de dicha contratación sino que es el desarrollo de la contratación autorizada por el artículo 355 de la Constitución Política que no está encaminada a la adquisición de bienes, servicios o la ejecución de obras; el artículo 1 del mencionado decreto sí dispone que “Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– para la aplicación del presente decreto”.  Por tanto, en ejercicio de esas facultades otorgadas por ambos decretos, Colombia Compra Eficiente es quien emite conceptos sobre el Decreto 092 de 2017, sin que sea la única entidad con facultad para hacerlo.  Para finalizar, es importante señalar que, sin perjuicio de las respuestas anteriores, debe advertirse que es la entidad contratante, al momento de adelantar su actividad contractual, quien debe determinar lo correspondiente a la contratación en aplicación del Decreto 092 de 2017. Dado esto, y en atención al alcance la función consultiva atribuida a esta Agencia, lo aquí mencionado no constituye un juicio de valor sobre un proceso contractual particular. |

**3. Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

* El artículo 355 de la Constitución Política de 1991, 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[[6]](#footnote-7).
* Posteriormente, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 señaló que las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, podrán 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]](#footnote-8).
* Ahora bien, el Decreto 092 de 2017 dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. En ese sentido, se regulan dos eventos:

1. los contratos del artículo 355 de la Constitución Política, los cuales buscan impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; regulados por los artículos 2, 3 y 4 del mencionado Decreto y el numeral V de la *Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad[[8]](#footnote-9)* expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente; y,
2. 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, regulados en los artículos 5, 6, 7 y 8 del mismo cuerpo normativo y el numeral VI de la *Guía* previamente citada.

* Respecto de los convenios de colaboración, regulados principalmente por los artículos 2, 3 y 4 del Decreto 092 de 2017, estos tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio real y directo lo reciben, en últimas, los terceros beneficiarios de este tipo de acciones de fomento.
* Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, se 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;

ii) que no haya una contraprestación directa a favor de la entidad estatal, es decir, que el programa o actividad a desarrollar esté dirigido al beneficio de la población en general, ya que cuando se adquieren bienes o servicios o se ejecutan obras, en una relación conmutativa, las normas aplicables son las del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP–. Solo cuando se reúnan estas condiciones, y se cuente con la autorización previa y escrita del representante legal de la entidad estatal, es procedente celebrar convenios de colaboración.

* Ahora bien, de acuerdo con lo dicho, los *convenios de asociación* nacen a la vida jurídica por virtud del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, donde se autoriza a las Entidades Estatales a celebrar negocios jurídicos con ESAL para cumplir sus funciones, en los siguientes términos:

Artículo 96. *Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares.*

*Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley.*

*Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebraran de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinara con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.*

* En ese contexto, el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 reglamentó los aspectos para tener en cuenta en la celebración de convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en los siguientes términos:

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.

Estos convenios de asociación son distintos a los contratos a los que hace referencia el artículo 2 y están regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y los artículos 5, 6, 7 y 8 del presente decreto.

* De conformidad con lo expuesto, los convenios de asociación constituyen una modalidad de contrato estatal prevista en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y, de acuerdo con dicha disposición, deberán celebrarse en consonancia con lo dispuesto por el artículo 355 constitucional, exigiendo de las Entidades Estatales que pretendan adelantar su suscripción, que hagan la debida integración normativa de esas disposiciones, para su adecuada comprensión.
* En ese sentido, es posible definir el convenio de asociación como el acuerdo de voluntades celebrado entre cualquier entidad pública y una entidad privada sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, con el objeto de asociarse para el desarrollo de programas o actividades que guarden relación directa con las funciones y cometidos que les asigne la ley a la entidad pública contratante.
* Para responder sus preguntas es necesario exponer las características propias del convenio de asociación previsto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, reglamentado posteriormente por el Decreto 092 de 2017, a continuación:
* El *primer* elemento importante es que el convenio de asociación puede celebrarse por cualquier entidad estatal, teniendo como fundamento el mismo artículo 96, antes referenciado, cuando contempla que corresponde a “las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo”. Dicho esto, serán competentes para suscribir este tipo de convenios todas las entidades enlistadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 o Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública –en adelante EGCAP–.
* Incluso, aquellas entidades sometidas a un régimen especial, como es el caso de las entidades industriales y comerciales del Estado, las empresas de servicios públicos domiciliarios, empresas sociales del Estado, entre otras, también podrán suscribir este tipo de negocios jurídicos, bajo el entendido de que, si bien es cierto, las entidades indicadas se encuentran exceptuadas de la aplicación de las normas del EGCAP, y de las disposiciones que lo sustituyan, modifiquen o adicionen, esta Agencia considera que les son aplicables, tanto el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 en virtud del tenor literal, como el Decreto 092 de 2017; y a su vez, este último establece como régimen base el previsto en el EGCAP, mediante el artículo 8. En consecuencia, a partir del 1 de junio de 2017, las disposiciones del EGCAP, contenidas en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 y, en lo pertinente, las de la Ley 1474 de 2011, imperan para la celebración de los convenios de asociación suscritos en virtud del segundo inciso del artículo 355 superior, a excepción de lo expresamente reglamentado por el Decreto 092 de 2017.
* En otras palabras, las normas del derecho privado que aplican las entidades de régimen especial en el marco de sus actividades contractuales solo resultarán aplicables por la remisión que realizan los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. De lo anterior, se desprende que el orden de prelación sería el siguiente: i) se deberá aplicar el artículo 355 de la Constitución Política de 1991; ii) se deberá aplicar el Decreto 092 de 2017 y; iii) en lo no regulado en él, el EGCAP; y iv) se deberán aplicar las normas de derecho privado, fundamentalmente en lo que tenga relación al alcance de la autonomía de la voluntad.
* Un *segundo* aspecto relevante es que el contratista adjudicado deberá ser igualmente una entidad particular sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, en razón a que, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 señala que los sujetos con los que procede la contratación son “personas particulares”, dejando clara la exclusión de las personas naturales, así como a las personas jurídicas de naturaleza pública. Sin embargo, cuando se revisa el contenido del artículo 96, dicha disposición no establece de manera expresa si las personas jurídicas privadas pueden o no tener ánimo de lucro, como tampoco señala o define los requisitos de reconocimiento e idoneidad. De todas formas, y como se venía señalando, en ejercicio de la integración normativa, atendiendo al criterio de jerarquía normativa, el artículo 96 remite al artículo 355 superior, el cual considera que la calidad del contratista en los convenios de asociación debe ser la de ESAL de reconocida idoneidad. Lo anterior se sustenta en lo dispuesto por el artículo 5 del Decreto 092 de 2017, al regular exclusivamente los convenios de asociación como aquellos celebrados con las ESAL de reconocida idoneidad[[9]](#footnote-10).
* De igual forma, el requisito de reconocida idoneidad sigue la misma suerte que el elemento anterior, y se constituye como una condición que deberá cumplir el contratista asociado. En consideración a que no existe una definición legal, y más bien podría corresponder a un concepto indeterminado, la entidad estatal podría valerse de la definición que trae el Decreto 092 de 2017 en el artículo 3 que, aunque no es vinculante para los convenios de asociación del artículo 5, sino a aquellos celebrados en el marco del artículo 2 del mismo cuerpo normativo, puede recurrirse a ella de manera ilustrativa, cuando se afirma que la entidad sin ánimo de lucro debe ser “adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del proceso de contratación y cuenta con experiencia en el objeto a contratar”[[10]](#footnote-11), de tal manera que la entidad estatal tenga la libertad de establecer las condiciones que le permitan certeza y convicción soportada en los estudios y documentos previos, y en consideración a las particularidades de cada convenio.
* En suma, algunos criterios que podrían adoptarse para que la entidad estatal evalúe el reconocimiento de la idoneidad son: (i) capacidad financiera, (ii) capacidad técnica y administrativa, (iii) tiempo de constitución, (iv) especialidad en la ejecución de actividades similares y (iv) experiencia específica. Aquí lo importante es que todos los criterios definidos por la entidad estatal para determinar con un grado de certeza dicha idoneidad, es que su acreditación goce de suficiente justificación técnica y objetiva para que se asegure el cumplimiento de los principios que irradian la contratación estatal, en particular los consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991, criterios que debe cumplir tanto la ESAL con domicilio en el territorio nacional, como la entidad privada extranjera.
* Un *tercer* elemento es el objeto del convenio de asociación, el cual debe siempre apuntalar al desarrollo de cometidos y/o funciones públicas propias de las entidades estatales. Aquí vale la pena recordar que el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 se remite expresamente al artículo 355 superior, que contempla un condicionamiento para que no se utilicen los convenios de asociación como instrumentos para otorgar auxilios o donaciones, mediante la mera liberalidad de los poderes públicos, específicamente en el inciso primero del artículo superior en mención[[11]](#footnote-12). Por lo tanto, el interés perseguido con la suscripción del convenio de asociación debe ser de carácter general o colectivo, buscando materializar los cometidos y funciones que le han sido encomendadas en la Constitución y las leyes a la entidad estatal contratante.
* Inclusive, en este aspecto es posible identificar una diferencia entre los convenios regulados por el artículo 2 del Decreto 092 de 2017 y los convenios de asociación del artículo 5 del citado Decreto, consistente en que mientras los convenios de interés público o colaboración del artículo 2 ibidem tiene como fin el impulso de programas y actividades de interés público, que estén acordes con los planes de desarrollo y que les sean propios a las entidades sin ánimo de lucro, en los convenios de asociación del artículo 5 el objeto es más amplio, en la medida en que el derrotero es apuntar al cumplimiento de los cometidos y funciones que la ley le ha asignado a la entidad pública que actúa en calidad de contratante. En ese orden de ideas, la restricción que establece el literal a) del artículo 2 en el objeto del convenio, no le es aplicable ni recae sobre los convenios de asociación, en virtud de lo dispuesto en el inciso final del artículo 5 del Decreto 092 de 2017.
* Es importante 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”.

* 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 entidad sin ánimo de lucro no implica que necesariamente deba celebrarse un convenio 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)

* El *cuarto* aspecto característico de los convenios de asociación está determinado en la prohibición de que exista remuneración en su configuración, y que se ejecute a través de aportes de los asociados, por cuanto el objeto que se pretende cumplir está encaminado a sumar voluntades y recursos utilizados como instrumento para el desarrollo del acuerdo de colaboración. En concordancia, no es viable que con la firma de un convenio de asociación se pretenda una remuneración o utilidad, ni siquiera en forma de gastos de administración o de honorarios por parte del contratista, porque todos los aportes deberán destinarse única y exclusivamente al desarrollo del objeto definido previamente. Lo anterior permite comprender por qué el legislador se refirió puntualmente a “aportes” y “coordinación” como elementos esenciales para su configuración, en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.
* 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, y allí sí pueden obtener utilidades. 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.
* En particular, los recursos destinados para el desarrollo del convenio de asociación requieren siempre de aportes o contrapartidas mutuas entre ambas partes, y la magnitud del aporte deberá siempre definirse concretamente por la entidad estatal, apoyándose en el procedimiento que para ello estableciera su manual de contratación. En esa misma línea, en los convenios de asociación no se realizan pagos, en el sentido estricto de la palabra, sino que se efectúan desembolsos de los aportes, que siempre estarán dirigidos, especialmente, a lograr la ejecución del convenio, que como se dijo, 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[[14]](#footnote-15).
* Como *quinta* característica podemos señalar el que la selección de la entidad sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad debe llevarse a cabo mediante proceso competitivo, por regla general, de conformidad con el Decreto 092 de 2017, en la medida en que dicho proceso competitivo se exige solo para aquellos escenarios en que existan varias ESAL de reconocida idoneidad y ninguna aporta el 30% del valor total del convenio de asociación, ni se ofrece un valor superior a dicho porcentaje. En ese caso, si el resultado del análisis del sector identifica varios posibles oferentes, la entidad estatal tendría que agotar un proceso de selección que como mínimo podría cumplir lo regulado en el inciso segundo del artículo 4, donde se establecen las siguientes fases: i) establecimiento y publicación de los indicadores, tales como la experiencia, la eficacia, la eficiencia, la economía, el manejo del riesgo y los criterios de ponderación de las ofertas; ii) término para la presentación de las ofertas adecuado y razonable, y iii) criterios de evaluación de aquellas, atendiendo los criterios que hubiere definido.
* La aclaración precedente resulta pertinente debido a que existe otro escenario que se encuentra en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017, “[…] 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”, donde se prevé que la entidad estatal seleccione de forma objetiva a la ESAL que ejecutará el convenio, y justifique los criterios para la selección, haciendo uso de un procedimiento competitivo como el que explicábamos atrás, o aquel que defina la propia entidad estatal en el marco de su autonomía en el desarrollo de su actividad contractual, a través de su manual de contratación. En todo caso, es necesario asegurar que, en los procedimientos adoptados por la entidad contratante, se garantice la comparación de las ofertas presentadas, sin que exista posibilidad de valoraciones subjetivas o se pretenda beneficiar a alguna de ellas, mediante la constancia de los criterios utilizados para la selección, en los estudios y documentos previos.
* Cabe aclarar que la noción “seleccionar de forma objetiva”, contenida en el inciso segundo del artículo 5 no puede ser entendida como una remisión total a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es a que la entidad estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación.
* Así mismo, si la entidad estatal definió en su manual de contratación un procedimiento específico para el desarrollo de estos convenios de asociación, será lícito que lo aplique, conservando siempre el carácter de público, abierto y competitivo, fomentando la comparación y la selección objetiva de la oferta más conveniente para la consecución de los fines de la entidad estatal.
* De otro lado, si el resultado arroja que no existe más de una ESAL que pueda desarrollar el programa o actividad, la entidad estatal tendría la facultad de proceder a utilizar la modalidad de contratación directa con la única entidad identificada[[15]](#footnote-16). Para este escenario, la entidad estatal debe dejar constancia de que, durante la fase de planeación contractual, no se identificó la existencia de más de una entidad sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad que pueda llegar a ofrecer el programa o actividad que se pretende desarrollar. En ese sentido, la constancia debe reposar en los estudios y documentos previos.
* Ahora bien, el propio artículo 5 del Decreto 092 de 2017 contempla una excepción al proceso competitivo, con las fases o etapas explicadas arriba, señalando que podrá obviarse dicho proceso y contratar directamente a la entidad sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad cuando aquella comprometa recursos para la ejecución del programa o actividad, en una proporción igual o mayor al 30 % del valor total del convenio a celebrarse. Sumado a ello, la naturaleza de los aportes i) deben ser en dinero (es posible hacer aportes en especie, pero no se tendrán en cuenta para el cálculo del porcentaje mínimo exigido por la norma)[[16]](#footnote-17) y ii) los recursos aportados pueden corresponder a recursos propios de la entidad sin ánimo de lucro o de aportantes de cooperación únicamente internacional.
* Por otra parte, el *sexto* elemento tiene que ver con la aplicación de las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro, a las cuales se le debe aplicar e artículo 6 del Decreto 092 de 2017, de tal manera que les son exigibles las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial. Con lo cual, si el convenio celebrado soslaya estás exigencias legales, estaría viciado de nulidad absoluta, sin perjuicio de las responsabilidades de orden disciplinario y penal que pueda derivarse de la actuación esgrimida.
* Seguidamente, el *séptimo* aspecto por enunciar está relacionado con la aplicación de los principios de la contratación estatal y algunas normas presupuestales, de conformidad con el artículo 7 del Decreto 092 de 2017. Sobre este punto, esta Subdirección considera que, en ausencia de precisiones al respecto de los principios a los cuales se hizo referencia en la disposición referida, el Decreto pretendió hacer exigibles tanto los principios de orden constitucional, como los de orden legal. En ese marco, serán exigibles principios como el de legalidad y debido proceso, así como los establecidos en los artículos 209 y 267 constitucionales, entre los que se destacan los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, eficacia, equidad y publicidad.
* Frente al principio de publicidad, como se viene señalando, el Decreto 092 de 2017 determinó que la actividad contractual y los documentos que se expidan en el marco de la suscripción y ejecución del convenio deberán publicarse en el Sistema Electrónico de Contratación Pública - SECOP. Incluso, exige que aquellas subcontrataciones que se efectúen en desarrollo del convenio también deberán reposar en el SECOP, “incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató y la información de pagos*”[[17]](#footnote-18).*
* Por último, el *octavo* aspecto importante en los convenios de asociación tiene que ver con que su celebración debe observar las normas generales del sistema de contratación pública, en virtud de lo dispuesto por el artículo 8 del Decreto 092 de 2017. Quiere decir esto que dichos negocios jurídicos deberán estar sujetos a las normas generales aplicables a la contratación pública, definidas en el EGCAP y aquellas normas concordantes, excepto en lo regulado por el propio Decreto 092.
* Aquí se destaca este elemento por cuanto, en razón a la expedición del Decreto que regula el tipo contractual (convenio de asociación), aquellos están sujetos a las reglas de la liquidación, los estudios y documentos previos, pagos anticipados, anticipos, adiciones, supervisión, interventoría, análisis del riesgo y garantías, entre otras, previstas en el EGCAP.
* Vistos los elementos y aspectos más destacados del Decreto 092 de 2017 para responder sus preguntas, se hará referencia al pronunciamiento del Consejo de Estado con radicado 62.003 del 6 de agosto de 2019, donde se 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[[18]](#footnote-19). 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[[19]](#footnote-20), 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.
* En lo que atañe al artículo 5 del Decreto 092 de 2017, prevé el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, el Consejo de Estado en el auto del 6 de agosto de 2019 analizó la solicitud de suspensión de aquel. 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, preservando la vigencia y observancia por parte de las entidades estatales que pretendan suscribir este tipo de convenios. En otras palabras, la contratación con entidades sin ánimo de lucro se sigue rigiendo por el Decreto 092 de 2017, salvo lo que fue objeto de suspensión provisional, sin que hubiese afectado lo regulado para convenios de asociación a los que se hace referencia en la presente solicitud.
* Posteriormente, la Sala Plena del Consejo de Estado en Auto del 15 de marzo de 2022 mantuvo la suspensión provisional del literal a) del artículo 2 del Decreto 092 de 2017 y, respecto al inciso final del artículo 4 *ibidem*, se mantuvo la medida cautelar al configurarse el cargo de violación del principio de igualdad, así como también mantuvo la posición frente al artículo 5, sostenida en el Auto citado al inicio del presente numeral. De lo anterior se desprende que la contratación con entidades sin ánimo de lucro, mediante convenios de asociación, se sigue rigiendo por el artículo 5 del Decreto 092 de 2017, salvo lo que fue objeto de suspensión provisional.
* En conclusión, la contratación de las ESAL se encuentra regulada por el Decreto 092 de 2017 y lo que en este no se contempla son las partes del convenio de asociación las llamadas a aplicar los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables, así como lo señalado en su manual de contratación de la entidad.
* Para finalizar es importante resaltar que el manejo de los recursos en los convenios regulados en el Decreto 092 de 2017 esta sujeto a los principios presupuestales, de función pública y de contratación, dentro de los que resalta el principio de economía, anualidad, unidad de caja, en tal sentido cuando la ESAL contrate la realización de una actividad con el subcontratista, este deberá cumplir con lo contratado en los términos contractuales y presentar su cobro conforme a lo definido en su contrato.
* Todas las actividades ejecutadas deben reportarse para que se pueda reconocer el pago, lo no realizado no debe reconocerse al configurarse un detrimento patrimonial, ya que durante la etapa de ejecución se dedican a avanzar en las actividades y se cobrará conforme a como se pacte si es factura o cuenta; y la entidad estatal, que es discrecional para establecer las obligaciones con sus contratantes, podrá determinar si es posible hacer contratación derivada, y de qué forma se dio cumplimiento a las actividades en la ejecución del contrato.
* Téngase presente que la subcontratación realizada por la ESAL se rige por el derecho privado, pero siguen siendo recursos públicos los cuales deberán reportarse en el ámbito de los principios de economía, por lo que si no se ejecutan las actividades no podrá reconocerse su pago o si se pactó pago anticipado, al no ejecutarse la entidad estatal velará por la recuperación del dinero cuando la actividad no se ha prestado.
* El seguimiento a la ejecución del convenio lo definirá la entidad contratante en su deber de supervisar su contratación, y determinará la necesidad de hacer ajustes o modificaciones a las actividades o cantidades en un convenio con una ESAL mientras se esté ejecutando, en virtud de la autonomía de voluntad de las partes.

**4. Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Constitución Política de Colombia, artículos 209, 267 y 346. * Ley 80 de 1993, artículos 25 y 40. * Ley 489 de 1998, artículo 96. * Ley 1150 de 2007, artículo 11. * Decreto 4170 de 2011, artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º. * Decreto 092 de 2017, artículos 1, 2, 4, 5, 6, 7 y 8. * Decreto 111 de 1996, artículo 16. * Corte Constitucional, Sentencia C-287 del 18 de abril de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa. * Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de febrero de 2005, radicado No. 1626, C.P. Dra. Gloria Duque Hernández. * Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1710 del 23 de febrero de 2006. C.P.: Luis Fernando Álvarez Jaramillo. * Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Auto del 6 de agosto de 2019, radicado No. 11001-03-26-000-2018-00113-00 (62.003), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. * 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. * Colombia Compra Eficiente, Circular Externa Única. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/circular_externa_unica_version_3_vf49.pdf> * Colombia Compra Eficiente, Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad del 31 de agosto de 2018. Disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_documents/cce\_guia\_esal.pdf * GOMEZ GRACIA, Taliana Cristina, Tesis de grado: “Deconstrucción de la prohibición constitucional de decretar auxilios a favor de particulares”, Bogotá D.C., Colombia 2018, Universidad Externado de Colombia facultad de derecho tesis de grado. |

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

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, se pronunció esta Subdirección 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 y C-056 del 9 de mayo 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 y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Ximena Ríos López  Gestor T1-11 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cielo González  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero Gacharná  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Ley 80 de 1993, artículo 25. [↑](#footnote-ref-2)
2. Constitución Política de Colombia, artículo 346. [↑](#footnote-ref-3)
3. Decreto 111 de 1996, artículo 16, parágrafo 2. [↑](#footnote-ref-4)
4. “ARTICULO 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

   Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

   En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

   En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

   PARAGRAFO. En Los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.

   Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales. (…)” [↑](#footnote-ref-5)
5. Decreto 092 de 2017, artículo 7. [↑](#footnote-ref-6)
6. 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-7)
7. 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-8)
8. Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, expedida por Colombia Compra Eficiente, del 31 de agosto de 2018: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf> [↑](#footnote-ref-9)
9. Colombia Compra Eficiente. Guía, cit., 7 [↑](#footnote-ref-10)
10. Decreto 092 de 2017 del Departamento Nacional de Planeación, cit., art. 3.°. [↑](#footnote-ref-11)
11. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1710 del 23 de febrero de 2006. C.P.: Luis Fernando Álvarez Jaramillo. [↑](#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. 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-15)
15. Circular Externa Única, expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, página 58: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/circular_externa_unica_version_3_vf49.pdf> [↑](#footnote-ref-16)
16. “El artículo 5 del Decreto 092 de 2017 no prohíbe la celebración de convenios en que la ESAL aporte menos del 30% o cuando aporte recursos en especie, sólo indica que en esos casos la Entidad Estatal debe acudir al proceso competitivo para seleccionar a la entidad sin ánimo de lucro con la cual celebrará el respectivo convenio”. Colombia Compra Eficiente. Guía, cit., 23. [↑](#footnote-ref-17)
17. Decreto 092 de 2017 del Departamento Nacional de Planeación, cit., art. 7.°. [↑](#footnote-ref-18)
18. 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-19)
19. 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-20)