**ARTÍCULO 355 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA – Formas de colaboración o cooperación – Estado y particulares**

Con el propósito de defender los recursos públicos y evitar hechos de corrupción, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 estuvo de acuerdo en que era necesario introducir una prohibición dirigida a todas las ramas u órganos del poder público de decretar auxilios y donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, de tal manera que se pusiera fin a hechos de corrupción y de clientelismo, originados en una competencia que la Constitución Política de 1886 le otorgaba al Congreso de la República, para que destinara a las respectivas circunscripciones recursos que pretendían el impulso de empresas útiles o benéficas, que con el tiempo se fue desviando a personas jurídicas de naturaleza privada para evadir el control fiscal de los fondos públicos.

En ese orden, fue a través del artículo 355 de la Constitución Política que se aprobó la prohibición para todas las ramas y órganos del poder público de decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, para hacerle frente al flagelo de la corrupción asociado a los denominados “auxilios parlamentarios”.

Sin embargo, aunque el artículo 355 introdujo la prohibición señalada, su expedición no tenía como fin desaparecer cualquier forma de colaboración o cooperación entre el Estado y los particulares en el desarrollo de funciones, fines, proyectos y programas de interés público. En esa medida, la prohibición contenida en el artículo constitucional señalado se complementó con la posibilidad nueva que otorgó el parágrafo segundo del artículo constitucional, regulando un mecanismo particular de relacionamiento entre el Gobierno, desde los diferentes niveles territoriales, y aquellas entidades que tuvieran la condición de sin ánimo de lucro.

[…]

**DECRETO 092 DE 2017 – Convenios de interés público – 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, para el tema que nos ocupa, 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

[…]

Con el propósito de abordar las preguntas formuladas en la presente consulta, esta Subdirección considera 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 […]

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Proceso competitivo y no competitivo – Supuestos**

Ante el panorama expuesto, sobre la selección objetiva de la ESAL, vale la pena concluir lo señalado con una agrupación de los cuatro supuestos, así:

i) la entidad estatal contratante pretende adelantar un convenio de asociación e identifica en la etapa de estructuración que solo existe una ESAL que puede desarrollar el programa o actividad. En este caso, podrá hacer uso de la contratación directa con la ESAL identificada, previo a la verificación del cumplimiento de los requisitos señalados en la norma;

ii) la entidad estatal contratante pretende adelantar un convenio de asociación e identifica en la etapa de estructuración que existe más de una ESAL puede desarrollar el programa o actividad. En este caso, la entidad estatal podrá hacer uso del procedimiento descrito en el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, solo si lo considera conveniente, de acuerdo con el análisis de las particularidades propias de cada negocio jurídico, en la medida en que la norma no obliga a que sea este el procedimiento que se aplique a los convenios de asociación del artículo 5, del mismo cuerpo normativo. Así mismo, si la entidad estatal cuenta con un procedimiento de selección objetiva para este tipo de convenios en su manual de contratación, podrá hacer uso de este, siempre que no se pierda su carácter de público, abierto y competitivo.

iii) la entidad estatal contratante pretende adelantar un convenio de asociación e identifica en la etapa de estructuración que una ESAL aporta el 30 % del valor total del convenio o un porcentaje superior. En este supuesto podrá obviarse dicho proceso y contratar directamente a la ESAL y de reconocida idoneidad.

iv) la entidad estatal contratante pretende adelantar un convenio de asociación e identifica en la etapa de estructuración que existe más de una ESAL que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por Ley a una Entidad Estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Selección objetiva – Definición – Autonomía**

[…] 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. Pero vale la pena preguntarse qué características debe incorporar el proceso de selección para que se le otorgue la naturaleza de *competitivo* y en qué escenario la entidad debe configurarlo.

Lo anterior, 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.

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.

[…]

[…] 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.

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



Doctora

**Jacqueline Bermúdez Maldonado**

Coordinadora Nacional del Grupo de Convenios

Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA

servicioalciudadano@sena.edu.co

Cuidad,

**Concepto C – 056 de 2024**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | ARTÍCULO 355 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA – Formas de colaboración o cooperación – Estado y particulares / DECRETO 092 DE 2017 – Convenios de interés público – Convenios de asociación / DECRETO 092 DE 2017 – Convenios de asociación – Características / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Proceso competitivo y no competitivo – Supuestos / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Selección objetiva – Definición – Autonomía |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20240327003239 |

Estimada Dra. Bermudez Maldonado:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente – responde la consulta radicada el 27 de marzo de 2024.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza las siguientes preguntas:

[…]

1. ¿Es necesario elaborar una invitación de cotización pública previa para realizar un convenio de asociación de manera directa con una ESAL que aporta más del 30% y tiene reconocida idoneidad?
2. La expresión citada en el inciso segundo del artículo 5 del Decreto 092 del 2017 “ofrezca su compromiso de recursos en dinero” refiere a: ¿Que la entidad realice una invitación que sería una convocatoria para que las ESAL presenten su intención? ó
3. ¿Qué sean las ESAL las que remitan una carta de intención con el fin realizar un convenio con la entidad teniendo en cuenta la misionalidad del SENA?
4. ¿Una entidad pública de orden nacional puede crear un procedimiento no establecido por la ley para realizar una debida aplicación del inciso segundo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017?

[…] (SIC)

1. **Consideraciones**

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3.5 y 11.8 del Decreto 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados.

Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal, ya sean reales o hipotéticos. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública[[1]](#footnote-1).

Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales. Esto en la medida en que, para resolver una consulta de carácter particular, además de conocer un sinnúmero de detalles de la actuación administrativa, es necesario acceder al expediente, a la información concreta y a los documentos del procedimiento contractual donde surge la inquietud. Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de estos temas corresponde a la entidad que adelanta el procedimiento de selección y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción de casos particulares expuestos en la presente petición– resolverá la consulta únicamente conforme a las normas generales del sistema de compras públicas. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) origen de orden constitucional de las formas de colaboración o cooperación entre el Estado y los particulares, ii) características de los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, regulados por el artículo 5 del Decreto 092 de 2017, y; iii) negación de suspensión del artículo 5 que regula los convenios de asociación, en sentencia del Consejo de Estado con radicado 62.003 del 6 de agosto de 2019.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad –desde ahora ESAL–, con fundamento en el Decreto 092 de 2017, en particular en los Conceptos 4201912000008310 del 26 de diciembre de 2019, 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C-070 04 de marzo de 2020, C-094 del 04 de marzo de 2020, C-086 del 16 de marzo de 2020, C-101 del 16 de marzo de 2020, C-228 del 17 de marzo de 2020, C-014 del 24 de marzo de 2020, C-215 de 31 de marzo de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020, C-416 del 30 junio de 2020, C-447 del 27 de julio de 2020, C-513 del 30 de julio de 2020, C-483 del 06 de agosto de 2020, C-579 del 4 de septiembre de 2020, C-594 del 7 de septiembre de 2020, C-670 del 22 de noviembre de 2020, C-689 del 1 de diciembre de 2020, C-724 de 14 de diciembre de 2020, C-749 del 23 de diciembre de 2020, C-758 del 04 de enero de 2021, C-806 de 8 de febrero de 2021, C-364 de 26 de julio de 2021, C-379 de 20 de julio de 2021, C- 537 del 27 de septiembre de 2021, C-021 del 22 de febrero de 2022, C-236 del 27 de abril de 2022, C-273 del 6 de mayo de 2022, C-274 del 6 de mayo de 2022, C-291 del 18 de mayo de 2022, C-331 del 24 de mayo de 2022, C-477 del 26 de julio de 2022, C-550 del 31 de agosto de 2022, C-560 del 7 de septiembre de 2022, C-624 del 28 de septiembre de 2022, C-771 del 30 de diciembre de 2022, C-853 del 9 de diciembre de 2022 y C-351 del 6 de octubre de 2023[[2]](#footnote-2). Las tesis propuestas en tales conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta que la Sala Plena del Consejo de Estado resolvió el recurso de súplica interpuesto contra el Auto del 6 de agosto de 2019 de la Subsección A de la Sección Tercera.

**2.1.** **Origen de orden constitucional de las formas de colaboración o cooperación entre el Estado y los particulares**

Con el propósito de defender los recursos públicos y evitar hechos de corrupción, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 estuvo de acuerdo en que era necesario introducir una prohibición dirigida a todas las ramas u órganos del poder público de decretar auxilios y donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, de tal manera que se pusiera fin a hechos de corrupción y de clientelismo, originados en una competencia que la Constitución Política de 1886 le otorgaba al Congreso de la República, para que destinara a las respectivas circunscripciones recursos que pretendían el impulso de empresas útiles o benéficas, que con el tiempo se fue desviando a personas jurídicas de naturaleza privada para evadir el control fiscal de los fondos públicos[[3]](#footnote-3).

En ese orden, a través del artículo 355 de la Constitución Política se aprobó la prohibición para todas las ramas y órganos del poder público de decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, para hacerle frente al flagelo de la corrupción asociado a los denominados “auxilios parlamentarios”.

Sin embargo, aunque el artículo 355 prohibió el decreto de auxilios, su expedición no tuvo como fin desaparecer cualquier forma de colaboración o cooperación entre el Estado y los particulares en el desarrollo de funciones, fines, proyectos y programas de interés público. En esa medida, la prohibición contenida en el artículo constitucional señalado se complementó con la posibilidad nueva que otorgó el parágrafo segundo del artículo constitucional, regulando un mecanismo particular de relacionamiento entre el Gobierno, desde los diferentes niveles territoriales, y aquellas entidades que tuvieran la condición de sin ánimo de lucro. De esta manera, el constituyente entregó la potestad de reglamentación de la materia al Gobierno Nacional, quien expidió el Decreto 092 el 23 de enero de 2017.

En ese orden, 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[[4]](#footnote-4).

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[[5]](#footnote-5).

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 el numeral V de la *Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad[[6]](#footnote-6)* expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente; y, para el tema que nos ocupa, 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 el numeral VI de la *Guía* previamente citada.

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.

[Resaltado y negrilla por fuera del texto original]

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. Con lo cual, 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 las entidades públicas contratantes.

Adicionalmente, 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.

**2.2 Características de los convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, regulados por el artículo 5 del Decreto 092 de 2017**

Con el propósito de abordar las preguntas formuladas en la presente consulta, esta Subdirección considera 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 el numeral anterior, 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[[7]](#footnote-7).

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”[[8]](#footnote-8), 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[[9]](#footnote-9). 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 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.

Del mismo modo, la normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL puedan hacerlo, a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, como unión temporal o como consorcio. Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales, lo cierto es que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir.

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”[[10]](#footnote-10). Así lo consideró la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado[[11]](#footnote-11):

“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 contrato de colaboración o un convenio de asociación. Así lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-287 del 18 de abril de 2012, en la que sostuvo lo siguiente:

“Las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro han sido definas por la doctrina como personas jurídicas que surgen de la voluntad de un grupo de individuos que vinculan un capital a la obtención de un fin de interés general o de bienestar común no lucrativo, de manera que tienen como finalidad propia la satisfacción de intereses públicos y sociales.

*Sin embargo, el hecho que no persigan una finalidad lucrativa, no significa que no desarrollen actividades que generen utilidades, lo que pasa es que a diferencia de las sociedades, el lucro o ganancia obtenida no se reparte entre sus miembros sino que se integra al patrimonio de la asociación para la obtención del fin deseado*. Así, el elemento característico de las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro radica, precisamente, en la determinación de sus miembros de desarrollar una actividad de interés general sin esperar a cambio repartición de utilidades en proporción a su aporte, ni la recuperación del mismo en el momento de su disolución o liquidación”. (Cursivas propias)

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. 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[[12]](#footnote-12).

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. Pero vale la pena preguntarse qué características debe incorporar el proceso de selección para que se le otorgue la naturaleza de *competitivo* y en qué escenario la entidad debe configurarlo.

Lo anterior, 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[[13]](#footnote-13). 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)[[14]](#footnote-14) y ii) los recursos aportados pueden corresponder a recursos propios de la entidad sin ánimo de lucro o de aportantes de cooperación únicamente internacional.

Ante el panorama expuesto, sobre el proceso competitivo y la selección objetiva de la ESAL de reconocida idoneidad, vale la pena concluir lo señalado con una agrupación de los cuatro supuestos, así: i) la entidad estatal contratante pretende adelantar un convenio de asociación e identifica en la etapa de estructuración que solo existe una ESAL que puede desarrollar el programa o actividad. En este caso, podrá hacer uso de la contratación directa con la ESAL identificada, previo a la verificación del cumplimiento de los requisitos señalados en la norma; ii) la entidad estatal contratante pretende adelantar un convenio de asociación e identifica en la etapa de estructuración que existe más de una ESAL que puede desarrollar el programa o actividad. En este caso, la entidad estatal podrá hacer uso del procedimiento descrito en el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, solo si lo considera conveniente, de acuerdo con el análisis de las particularidades propias de cada negocio jurídico, en la medida en que la norma no obliga a que sea este el procedimiento que se aplique a los convenios de asociación del artículo 5, del mismo cuerpo normativo. Así mismo, si la entidad estatal cuenta con un procedimiento de selección objetiva para este tipo de convenios en su manual de contratación, podrá hacer uso de este, siempre que no se pierda su carácter de público, abierto y competitivo. iii) la entidad estatal contratante pretende adelantar un convenio de asociación e identifica en la etapa de estructuración que una ESAL aporta el 30 % del valor total del convenio o un porcentaje superior. En este supuesto podrá obviarse dicho proceso y contratar directamente a la ESAL y de reconocida idoneidad. iv) la entidad estatal contratante pretende adelantar un convenio de asociación e identifica en la etapa de estructuración que existe más de una ESAL que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por Ley a una Entidad Estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección.

Con base en lo anterior, y respondiendo al primer, segundo y tercer interrogante planteado, resulta vital que la entidad estatal contratante establezca en qué supuesto se encuadra el caso concreto que afronta. Ante la pregunta sobre si *es necesario elaborar una invitación de cotización pública previa para realizar un convenio de asociación de manera directa con una ESAL que aporta más del 30% y tiene reconocida idoneidad,* con lo explicado hasta ahora, no se avizora en el contenido de los artículos que regulan el convenio de asociación del Decreto 092 de 2017 (5, 6, 7 y 8) exigencia alguna que determine el mecanismo a través del cual la entidad estatal, durante la etapa de planeación, efectúe el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del convenio de asociación, ni la manera en que pueda determinar la existencia de la ESAL que esté dispuesta a aportar el 30 % o un porcentaje mayor para el desarrollo del programa o actividad. Incluso, si el supuesto presentado es el tercero antes propuesto en donde iii) la entidad estatal contratante pretende adelantar un convenio de asociación e identifica en la etapa de estructuración que una ESAL aporta el 30 % del valor total del convenio o un porcentaje superior, lo que procede es que la entidad contratante podrá contratar directamente a la ESAL y de reconocida idoneidad, porque evidentemente no tendría la exigencia de seleccionar de forma objetiva, tampoco de invitar a cotizar o de hacer una convocatoria o proceso competitivo, ni justificar los criterios de selección entre una opción y otra, dado que solo hay una que cumple con las condiciones y aporta el 30% exigido para la contratación directa.

Por otro lado, si la entidad estatal identifica que existe más de una ESAL que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por Ley a una Entidad Estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección.

De igual forma, sobre si es viable que la entidad estatal se valga de *una invitación que sería una convocatoria para que las ESAL presenten su intención* o que *sean las ESAL las que remitan una carta de intención con el fin realizar un convenio con la entidad teniendo en cuenta la misionalidad*, vale la pena señalar que el Decreto 092 de 2017 contempló de manera expresa que la actividad contractual y los documentos relacionados de los convenios de asociación deberán ser objeto de publicación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP), honrando así la aplicación de los principios de transparencia, responsabilidad, buena fe y selección objetiva, de tal manera que, si una ESAL está interesada en participar en el convenio de asociación propuesto, pueda acceder a la información relevante para ofertar y determinar el aporte al proyecto.

Por otra parte, el *sexto* elemento tiene que ver con la aplicación de las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal. Justamente, en virtud del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, a los convenios de asociación los regirá, tanto el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, como los artículos 6, 7 y 8 del citado Decreto. Dicho esto, el artículo 6 indica que, para los convenios de asociación, 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*”[[15]](#footnote-15).*

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.

**2.3. Negación de suspensión del artículo 5 que regula los convenios de asociación, en sentencia del Consejo de Estado con radicado 62.003 del 6 de agosto de 2019**

Vistos los elementos y aspectos más destacados de la figura del convenio solidario, se hará referencia a la negación de suspensión del artículo 5, (norma que los reglamenta), en sentencia del Consejo de Estado con radicado 62.003 del 6 de agosto de 2019:

El Consejo de Estado, en el Auto del 6 de agosto de 2019 de la Sección Tercera, Subsección A, radicado No. 11001-03-26-000-2018-00113-00 (62.003), Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera, estudió la solicitud de suspensión provisional del inciso 2 del artículo 1, literales a y c del artículo 2, inciso 5 del artículo 2, inciso 2 del artículo 3, inciso final del artículo 4 y artículo 5 del Decreto 092 de 2017[[16]](#footnote-16). 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[[17]](#footnote-17), 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.

1. **Respuestas**
2. ¿Es necesario elaborar una invitación de cotización pública previa para realizar un convenio de asociación de manera directa con una ESAL que aporta más del 30% y tiene reconocida idoneidad?
3. La expresión citada en el inciso segundo del artículo 5 del Decreto 092 del 2017 “ofrezca su compromiso de recursos en dinero” refiere a: ¿Que la entidad realice una invitación que sería una convocatoria para que las ESAL presenten su intención?
4. ¿Qué sean las ESAL las que remitan una carta de intención con el fin realizar un convenio con la entidad teniendo en cuenta la misionalidad del SENA?

Con base en las consideraciones expuestas, resulta vital que la entidad estatal contratante establezca en qué supuesto se encuadra el caso concreto que afronta. Ahora bien, con lo explicado hasta ahora, no se avizora en el contenido de los artículos que regulan el convenio de asociación del Decreto 092 de 2017 (5, 6, 7 y 8) exigencia alguna que determine el mecanismo a través del cual la entidad estatal, durante la etapa de planeación, efectúe el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del convenio de asociación, ni la manera en que pueda determinar la existencia de la ESAL que esté dispuesta a aportar el 30 % o un porcentaje mayor para el desarrollo del programa o actividad. Incluso, si el supuesto en el que la entidad estatal contratante pretende adelantar un convenio de asociación e identifica en la etapa de estructuración que una ESAL aporta el 30 % del valor total del convenio o un porcentaje superior, lo que procede es que la entidad estatal podrá contratar directamente a la ESAL y de reconocida idoneidad, porque evidentemente no tendría la exigencia de seleccionar de forma objetiva, tampoco de invitar a cotizar o de hacer una convocatoria o proceso competitivo, ni justificar los criterios de selección entre una opción y otra, dado que solo hay una que cumple con las condiciones y aporta el 30% exigido para la contratación directa.

Por otro lado, si la entidad estatal identifica que existe más de una ESAL que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por Ley a una Entidad Estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección.

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.

De igual forma, sobre si es viable que la entidad estatal se valga de *una invitación que sería una convocatoria para que las ESAL presenten su intención* o que *sean las ESAL las que remitan una carta de intención con el fin realizar un convenio con la entidad teniendo en cuenta la misionalidad*, vale la pena señalar que el Decreto 092 de 2017 contempló de manera expresa que la actividad contractual y los documentos relacionados de los convenios de asociación deberán ser objeto de publicación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP), honrando así la aplicación de los principios de transparencia, responsabilidad, buena fe y selección objetiva, de tal manera que, si una ESAL está interesada en participar en el convenio de asociación propuesto, pueda acceder a la información relevante para ofertar y determinar el aporte al proyecto.

1. ¿Una entidad pública de orden nacional puede crear un procedimiento no establecido por la ley para realizar una debida aplicación del inciso segundo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017?

Existe un 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.

Ahora bien, cuando 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; 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)[[18]](#footnote-18) y ii) los recursos aportados pueden corresponder a recursos propios de la entidad sin ánimo de lucro o de aportantes de cooperación únicamente internacional.

Finalmente, corresponde a cada entidad pública, en ejercicio de su competencia y previa valoración de los elementos fácticos y jurídicos, determinar la forma de suscribir convenios de asociación con ESAL con domicilio en el exterior y negocios permanentes en Colombia. Al tratarse de un análisis que se debe realizar en cada caso concreto, la Agencia, por vía consultiva, no puede definir un criterio universal y absoluto, sino que brinda elementos hermenéuticos de carácter general para que los partícipes del sistema de compras y contratación pública adopten la decisión que corresponda, lo cual es acorde con el principio de juridicidad.

Por lo anterior, previo concepto de sus órganos asesores, la solución de casos particulares o la interpretación de disposiciones de subsistemas normativos ajenos a las compras públicas corresponden a la entidad que adoptará la decisión correspondiente y, en caso de conflicto, a las autoridades judiciales, fiscales y disciplinarias.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró:  | Sergio Enrique Caballero LesmesAnalista T2 ‒ 01 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó | Cielo Victoria Gonzalez MezaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó:  | Nohelia del Carmen Zawady PalacioSubdirectora de Gestión Contractual ANCP - CCE |

1. La Agencia Nacional de Contratación Pública ‒ Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 *ibidem* señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5º de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8º del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”. [↑](#footnote-ref-1)
2. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>. [↑](#footnote-ref-2)
3. Tesis de grado: “Deconstrucción de la prohibición constitucional de decretar auxilios a favor de particulares”, Tatiana Cristina Gómez Gracia, Bogotá D.C., Colombia 2018, Universidad Externado de Colombia facultad de derecho tesis de grado, Pág. 6. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sobre esta norma, consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado No. 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, con radicado No. 4201913000008240. [↑](#footnote-ref-4)
5. Al respecto, la Ley 489 de 1998 dispone que “Art. 96. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”. [↑](#footnote-ref-5)
6. 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-6)
7. Colombia Compra Eficiente. Guía, cit., 7 [↑](#footnote-ref-7)
8. Decreto 092 de 2017 del Departamento Nacional de Planeación, cit., art. 3.°. [↑](#footnote-ref-8)
9. 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-9)
10. Cfr. Concepto del 21 de agosto de 2019, dictado dentro del radicado No. 2201913000006047. [↑](#footnote-ref-10)
11. Concepto del 24 de febrero de 2005, con radicado No. 1626, C.P. Dra. Gloria Duque Hernández [↑](#footnote-ref-11)
12. Sobre la naturaleza de los convenios de asociación, se reitera lo expuesto en el concepto del 19 de noviembre de 2019, con radicado No. 2201913000008611. [↑](#footnote-ref-12)
13. 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-13)
14. “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-14)
15. Decreto 092 de 2017 del Departamento Nacional de Planeación, cit., art. 7.°. [↑](#footnote-ref-15)
16. 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-16)
17. 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-17)
18. “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-18)