**DECRETO 092 DE 2017 – Finalidad – Clases de contratos**

Para estos efectos regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Estos contratos se rigen por lo establecido en el Decreto 092 de 2017, y en lo no regulado por este por lo dispuesto en el Estatuto General Contratación de la Administración Pública. Sin embargo, a diferencia de los contratos regulados íntegramente por el referido estatuto general, la contratación regida por el Decreto 092 de 2017 no tiene carácter conmutativo.

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

(…) en un primer lugar, los *contratos del artículo 355 de la Constitución Política* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento.

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

(…) los *convenios de asociación* “[…] [t]tienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley”. En estos convenios existen aportes dirigidos, especialmente, a lograr la ejecución del convenio.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Multiplicidad de sujetos**

Con todo, la obligación de publicar los Procesos de Contratación en el SECOP, en los términos regulados por los artículos 3 y 13 de la Ley 1150 de 2007, reglamentada en el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, no contempla ningún tipo de excepción asociada al número de adjudicatarios. En todo caso, lo que si contempla el literal g) del numeral 1.8 de la Circular Externa Única expedida por esta Agencia es una excepción al uso de SECOP II para la suscripción de contratos de más de dos partes, caso en el cual el contrato debe publicarse en SECOP I, en los términos contemplados en el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015. De cualquier modo, dicha excepción solo aplica a la suscripción del contrato, más no al Proceso de Contratación

**PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Naturaleza/ SECOP II – Deber de publicidad**

En relación con esto último, es necesario destacar que la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, en su calidad de administradora del Sistema Electrónico para la Contratación Pública estableció en su momento en la Circular Externa No. 1 de 2019 el alcance de la obligatoriedad del SECOP II para el año 2020, previendo expresamente que “todas las entidades del Estado colombiano deberán gestionar en SECOP II los procesos de contratación con ESALES (Decreto 092 de 2017) para lo cual encontrarán habilitado el módulo de régimen especial del SECOP II”.

Bogotá D.C., 17 de septiembre de 2024



Señora

**Jacqueline Bermúdez Maldonado**
Coordinadora Nacional de Convenios

grupoadmondocumentos@sena.edu.co

Bogotá D.C

**Concepto C–450 de 2024**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Temas:  | DECRETO 092 DE 2017 – Finalidad – Clases de contratos / CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de colaboración – Objeto – Alcance / CONTRATACIÓN CON ESAL – Contrato de asociación – Objeto – Alcance / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Multiplicidad de sujetos / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Naturaleza/ SECOP II – Deber de publicidad |  |
| Radicación:  | Respuesta a consulta con radicado No. P20240806008062 |  |

Estimada señora Jacqueline:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde las solicitudes de consulta del 06 de agosto de 2024. En la cual manifiesta lo siguiente:

“(…) 1- ¿Es posible realizar una convocatoria bajo las condiciones señaladas en el considerando en la plataforma SECOP, ya que las condiciones de las convocatorias corresponden a proyectos y no a ofertas, proyectos cuyas partidas no son iguales para todos y en donde pueden llegar a ser seleccionados más de cincuenta (50) proyectos?
2- ¿Qué riesgo corre la entidad al experimentar en la plataforma SECOP, con un proceso de convocatoria que ninguna entidad ha realizad, ello en virtud que el SENA no es la única entidad estatal que realiza convocatorias?
3- ¿ Cuáles serían las faltas en las que se incurriría al no cumplir con términos perentorios que la misma plataforma establece?
4- Teniendo en cuenta que en ninguna normatividad interna como externa se especifica que las convocatorias para proyectos en donde existen contrapartidas se deben realizar por SECOP, al revocar los competentes de la entidad las tres ( 3) convocatorias de proyectores realizadas en el 2024, se estaría incurso en alguna falta disciplinaria y detrimento patrimonial?

 (…)

 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, ni a determinar grados de responsabilidad por las actuaciones de los diferentes participes del sistema de compra pública.

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

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Qué mecanismos pueden emplear las entidades públicas para celebrar contratos y dar cumplimiento de los fines estatales? ii) ¿las entidades que apliquen el Decreto 092 de 2017 para la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación deben publicar en SECOP II?; iii) ¿existe alguna excepción al deber de publicación en SECOP para procesos en los que deba escogerse más de una un adjudicatario?

1. **Respuesta:**

*En primer lugar,* se debe advertir que para celebrar los contratos estatales que se requieran para la satisfacción de las necesidades de bienes, obras o servicios requeridos para el cumplimiento de sus funciones, las Entidades Estatales deben acudir las modalidades de selección contempladas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, entre las que se encuentran: a) licitación pública; (b) la selección abreviada; (c) el concurso de méritos; (d) la contratación directa; y la (e) la mínima cuantía. Cada una de estas modalidades aplica en atención a los supuestos de hecho establecidos en cada uno de los numerales del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y sus respectivos literales. Los procedimientos aplicables a estas modalidades están determinados por la Ley 80 de 1993 y el Decreto 1082 de 2015. En todo caso, estos contratos tienen el carácter de negocios jurídicos conmutativos de conformidad con lo dispuestos en los artículos 5, 28 y 41 de la Ley 80 de 1993.

 Sin perjuicio de lo anterior, las Entidades Estatales también tienen la posibilidad de acudir a la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro, fundamentada en el artículo 355 de la Constitución Política, reglamentada en el Decreto 092 de 2017. Para estos efectos regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Estos contratos se rigen por lo establecido en el Decreto 092 de 2017, y en lo no regulado por este por lo dispuesto en el Estatuto General Contratación de la Administración Pública. Sin embargo, a diferencia de los contratos regulados íntegramente por el referido estatuto general, la contratación regida por el Decreto 092 de 2017 no tiene carácter conmutativo.

  *En segundo lugar*, es preciso advertir que, la contratación regulada por el Decreto 092 de 2017 debe ser objeto de publicación en el SECOP, así como la documentación referente a los subcontratos que adelante la entidad sin animo de lucro para cumplir el contrato, de conformidad con los artículos 7 y 9 del referido reglamento autónomo.

 *En tercer lugar,* se debe advertir que, la obligación de publicar los Procesos de Contratación en el SECOP, en los términos regulados por los artículos 3 y 13 de la Ley 1150 de 2007, reglamentada en el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, no contempla ningún tipo de excepción asociada al numero de adjudicatarios. En todo caso, lo que si contempla el literal g) del numeral 1.8 de la Circular Externa Única expedida por esta Agencia es una excepción al uso de SECOP II para la suscripción de contratos de más de dos partes, caso en el cual el contrato debe publicarse en SECOP I, en los términos contemplados en el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015. De cualquier modo, dicha excepción solo aplica a la suscripción del contrato, más no al Proceso de Contratación.

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

Para iniciar se debe acudir a la función dada por parte de la Constitución Política, para que el congreso expidiera el Estatuto General de Contratación de la Admiración Publica-EGCAP-, el cual tuvo como Ley inicial del Estatuto a la Ley 80 de 1993, la cual tiene por objeto establecer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales (artículo 1).

Para efectos de la aplicación del mencionado EGCAP, el artículo 2 determinó el concepto de entidades estatales para los efectos de la ley a un grupo de entidades con personería jurídica y en un segundo grupo a aquellas que no gozan de personería jurídica, pero que la igual gozan con capacidad para la celebración de contratos.

 En desarrollo del principio de que cualquier actividad estatal, incluyendo la contractual, persigue la satisfacción directa o indirecta del interés público, o necesidades colectivas (artículo 3), la citada ley pretendió, con un criterio de universalidad, establecer un marco normativo general, homogéneo y uniforme para la actividad estatal en materia de contratación pública.

De lo anterior y por regla general, entonces, cuando las entidades estatales celebren contratos, dentro del ámbito de aplicación del EGCAP, deben cumplir las disposiciones del derecho privado (comerciales y civiles)[[1]](#footnote-2) que resulten aplicables, excepto en aquellas materias expresamente reguladas por el citado Estatuto y las normas que lo modifiquen o adicionen, verbigracia, los mecanismos de selección[[2]](#footnote-3), los principios de transparencia, economía[[3]](#footnote-4) y responsabilidad[[4]](#footnote-5), el deber de selección objetiva[[5]](#footnote-6), las inhabilidades e incompatibilidades para contratar[[6]](#footnote-7), los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato[[7]](#footnote-8), el equilibrio económico y financiero del contrato[[8]](#footnote-9), las cláusulas excepcionales (interpretación, modificación y terminación unilaterales, caducidad, reversión y sometimiento de a las leyes nacionales)[[9]](#footnote-10), la imposición y efectividad de las multas y la cláusula penal pactadas[[10]](#footnote-11), las garantías del contrato[[11]](#footnote-12), las nulidades del contrato estatal[[12]](#footnote-13), el silencio administrativo positivo[[13]](#footnote-14) y la liquidación del contrato[[14]](#footnote-15), entre otras.

Teniendo presente la amplia categorización y estructura normativa del EGCAP, se debe prestar especial atención al principio de selección objetiva, el cual, es un postulado que debe orientar la escogencia del futuro contratista del Estado en los procedimientos de selección adelantados por las entidades públicas, que se traduce en la exigencia de que la elección no esté basada en apreciaciones o factores subjetivos, sino en criterios objetivos, de carácter técnico, jurídico y financiero.

En tal sentido, se trata de un principio que se deriva, en el ordenamiento jurídico colombiano, de principios como la igualdad (art. 13, C.P.) y la buena fe –manifestada en la confianza legítima– (art. 83 C.P.), así como de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal (arts. 209 y 267 C.P.).

Dicho principio rector de los procedimientos de selección, además, encuentra fundamentación legal expresa e importancia para la transparencia, en disposiciones como el artículo 24, numeral 5º, literal a) de la Ley 80 de 1993, que regula el principio de transparencia, y que exige incorporar requisitos objetivos en los pliegos de condiciones; el artículo 24, numeral 5º, literal b) de la misma Ley, que manda que en el pliego se definan “reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación”; y, de forma más clara profunda y clara, el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, cuyo primer inciso dispone que *“Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”.*

Respecto de los beneficios del principio de selección objetiva, para las entidades estatales se debe tener en cuenta que este principio está ligado a la determinación del ofrecimiento más favorable, cuyo contenido debe ser precisado a partir de las diferentes alternativas del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, reglamentado por el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015; en ese sentido se asegura que la entidad obtenga la mejor oferta para satisfacer su necesidad.

Para dar cumplimiento a los diferentes elementos de la selección objetiva, el legislador determinó en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, las modalidades a través de las cuales las entidades públicas, deben escoger a sus contratistas a través de: a) licitación pública; b) selección abreviada; c) concurso de méritos; (d) Contratación directa y la e) Mínima cuantía; y se determinó a lo largo de los años, a través de Decreto Reglamentario, las características y elementos procedimentales de cada modalidad, a excepción de la licitación pública y mínima cuantía que fueron desarrolladas por parte del legislador.

 De lo anterior se precisa, que la forma para que las entidades públicas celebren contratos para el cumplimiento los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, en principio sería a través de las modalidades establecidas y desarrolladas por el EGCAP.

 Ahora bien, volviendo a lo definido por parte de la Constitución Política de Colombia, hubo consenso en torno a la necesidad de impedir que el giro de recursos económicos por parte del Estado a los particulares dependiera de elementos subjetivos que pudiera derivar en el fomento del clientelismo y la corrupción.[[15]](#footnote-16)

Con todo, el régimen de contratación público establecido por la Ley 80 de 1993, regula principalmente relaciones conmutativas en el marco del cual las Entidades Estatales desarrollan Procesos de Contratación para que los contratistas seleccionados provean a las Entidades Estatales con los bienes, obras o servicios que requieren para el cumplimiento de sus funciones, a cambio de una contraprestación, conforme lo han indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado[[16]](#footnote-17) y la doctrina nacional[[17]](#footnote-18).

 Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener presente lo señalado en el artículo 355 de la Constitución Política, el cual prohíbe a las ramas y órganos del poder público decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas; igualmente, establece que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal podrán, con sus propios recursos, contratar con entidades sin ánimo de lucro -ESAL- con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo[[18]](#footnote-19).

 Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 permite a las entidades públicas en general, es decir, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas. Ambas figuras tienen como fin desarrollar conjuntamente actividades relacionadas con los cometidos y funciones legales asignadas a la entidad[[19]](#footnote-20).

 En desarrollo de lo establecido en el enunciado constitucional, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 092 de 2017, el cual dispone reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. Para estos efectos regula dos (2) eventos: i) los contratos del artículo 355 de la Constitución Política con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo; y ii) los convenios de asociación, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las entidades estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

 Pues bien, en un primer lugar, los *contratos del artículo 355 de la Constitución Política* tienen como objeto promover acciones de fomento social en beneficio de los sectores más desprotegidos de la población, siempre que estén previstas en los planes de desarrollo, motivo por el cual no dan lugar a una contraprestación directa a favor de la entidad y tampoco a una relación conmutativa entre esta y la ESAL, toda vez que el beneficio directo lo recibirán, en últimas, los sectores de este tipo de acciones de fomento. Para celebrar estos contratos, según lo establece el artículo 4 del Decreto 092 de 2017, por regla general, la entidad debe adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista.

 De otro lado, los *convenios de asociación* “[…] [t]tienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley”[[20]](#footnote-21). En estos convenios existen aportes dirigidos, especialmente, a lograr la ejecución del convenio.

 De todos modos, la entidad deberá adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. El convenio de asociación no es conmutativo y, por tanto, la entidad no instruye al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes[[21]](#footnote-22).

 La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo, a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, como unión temporal o como consorcio[[22]](#footnote-23). Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 determina que el convenio busca el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que la ley les asigna a las entidades estatales, lo cierto es que las funciones legales de las entidades estatales que suscriben conjuntamente el convenio deben coincidir.

 Igualmente, atendiendo a que los convenios de asociación “[…] no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio”, las entidades deben asegurarse de que su contratista, es decir, las ESAL, aporte al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben *“[…] asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Cuando la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse”.*

 De conformidad con lo anterior, el citado artículo 355 establece el régimen de la contratación con ESALES, el cual –además de extenderse a los *convenios de asociación* en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998– se desarrolló a través del Decreto 092 de 2017. Esta contratación, si bien está regulada, principalmente, por dicho decreto autónomo, también está sometida a las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, según reconoce el artículo 6 del decreto[[23]](#footnote-24), así como a los principios de la contratación estatal y las normas presupuestales, según indica el artículo 7[[24]](#footnote-25).

 Ahora bien, la noción sobre la forma de selección objetiva contenida en la aludida en el Decreto 092 de 2017, no puede entenderse como una mera remisión a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. En realidad, 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. Con todo, nada obsta para que la entidad acuda a los procesos de selección de contratistas previstos en el EGCAP o, incluso, al trámite que regula el inciso 2º del artículo 2 del Decreto 92 de 2017.

 Esto quiere decir, en últimas, que las entidades estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. Ello, sin embargo, siempre que el respectivo procedimiento de definición para la suscripción del convenio de asociación observe y garantice la libre concurrencia y pluralidad de los interesados, así como la comparación objetiva de las ofertas. Lo anterior permite que a la selección se le añada un ingrediente de competencia similar a otros procedimientos, como el de licitación pública, el cual de conformidad a lo establecido en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, es la modalidad de selección para contratistas por excelencia.

 Ahora bien, en cuanto tiene que ver con el régimen jurídico aplicable a los convenios de asociación, estos a pesar de hallarse regulados de forma prevalente en el Decreto 092 de 2017, no se encuentran excluidos de la aplicación de las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011. En efecto, el propio artículo 8º del Decreto 092 de 2017 estipula que también están sujetos a las normas generales en materia de contratación pública, salvo lo expresamente regulado en dicho reglamento[[25]](#footnote-26). En concordancia con esto, el artículo 7 consagra la aplicación de los principios de la contratación y normas presupuestales[[26]](#footnote-27).

 Es así como la articulación normativa del Decreto 092 de 2017 con el -EGCAP- permite que en la contratación de entidades estatales con ESALES sean aplicables figuras jurídicas y procedimientos regulados en el mencionado Estatuto, pese a no estar expresamente previstas en el instrumento normativo reglamentario.

 Por otro lado, es pertinente señalar que el artículo 3º de la Ley 1150 de 2007 autorizó la creación del Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP-, cuya finalidad, entre otras, es la de ofrecer publicidad y transparencia a todos los contratos en los que participe una entidad estatal. La referida norma ha sido complementada y desarrollada por la Ley 1712 de 2014 y los Decretos 4170 de 2011, 1082 de 2015 y 1083 de 2015, normas que determinan, entre otros, que cualquier entidad que maneje recursos públicos debe registrar su información en el sistema-.

 A propósito de la referida normativa, la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- tiene a su cargo la administración del SECOP. Esta entidad ha desarrollado dos módulos, a saber: SECOP I y SECOP II. Sobre el particular, vale mencionar lo siguiente:

“(…) El SECOP II es una plataforma transaccional que permite gestionar en línea todos los procedimientos de contratación, con cuentas y usuarios asociados a estas, para las entidades y los proveedores, y vista pública para cualquier interesado en hacer seguimiento a la contratación pública. Desde sus cuentas, las entidades crean, evalúan y adjudican procedimientos de contratación, y gestionan la fase de ejecución del contrato. Los proveedores pueden hacer comentarios a los documentos del procedimiento, presentar ofertas y seguir el procedimiento de selección en línea.[[27]](#footnote-28)

 Por su parte, el artículo 9º del Decreto 092 de 2017 prevé expresamente que “(…) las entidades sin ánimo de lucro deberán estar registradas en el SECOP, el cual será el medio para acreditar los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo definidos por las Entidades Estatales”[[28]](#footnote-29).

 Al respecto, resulta necesario aclarar que la plataforma SECOP I es un módulo de publicidad, que no permite el registro de proveedores de manera virtual, como sí lo permite el SECOP II que, como ya se indicó, es una plataforma transaccional que permite realizar procesos de contratación en línea.

 Por tal razón, se puede inferir que el Decreto 092 de 2017 obliga al registro de información de las ESAL en el SECOP II. En relación con esto último, es necesario destacar que la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, en su calidad de administradora del Sistema Electrónico para la Contratación Pública estableció en su momento en la Circular Externa No. 1 de 2019 el alcance de la obligatoriedad del SECOP II para el año 2020, previendo expresamente que “todas las entidades del Estado colombiano deberán gestionar en SECOP II los procesos de contratación con ESALES (Decreto 092 de 2017) para lo cual encontrarán habilitado el módulo de régimen especial del SECOP II”[[29]](#footnote-30).

 Adicionalmente, si bien la norma no señala de manera expresa la totalidad de documentos que deben ser publicados, esta Agencia ha dado alcance explicativo a la normativa referente a contratación con ESALES. En este documento, la Agencia señaló, entre otras cosas, que “[e]l Proceso de Contratación en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política y del Decreto 092 de 2017 requiere de: (…) (v) publicidad oportuna de los Documentos del Proceso; y (vi) publicidad de los subcontratos”. Esto de conformidad con los artículos 7 y 9 del Decreto 092 de 2017.

 Por tal motivo, con el propósito de cumplir con los principios de publicidad y transparencia de la actividad contractual de la totalidad de sujetos obligados, el SECOP II dispone del módulo “Régimen Especial” que, en principio, es utilizado por las entidades que cuentan con un régimen especial o excepcional de contratación distinto a la Ley 80 de 1993, pero a su vez, es utilizado para gestionar la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad.

 Por lo tanto, la entidad estatal que pretenda desarrollar actividades para el logro de sus funciones o misionalidad a través de los convenios de asociación a la luz del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y en aplicación del Decreto 092 de 2017, debe realizar el procedimiento de manera exclusiva en la plataforma SECOP II en el módulo de “Régimen Especial-Con ofertas” con el fin de garantizar los principios de publicidad y transparencia, pues este el medio determinado por parte del Decreto 092 de 2017, para llevar a cabo los procesos y no mediante plataformas institucionales de las entidades estatales.

 Con todo, la obligación de publicar los Procesos de Contratación en el SECOP, en los términos regulados por los artículos 3 y 13 de la Ley 1150 de 2007, reglamentada en el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015, no contempla ningún tipo de excepción asociada al número de adjudicatarios. En todo caso, lo que si contempla el literal g) del numeral 1.8 de la Circular Externa Única expedida por esta Agencia es una excepción al uso de SECOP II para la suscripción de contratos de más de dos partes, caso en el cual el contrato debe publicarse en SECOP I, en los términos contemplados en el artículo 2.2.1.1.1.7.1 del Decreto 1082 de 2015. De cualquier modo, dicha excepción solo aplica a la suscripción del contrato, más no al Proceso de Contratación.

 Por último, con relación a la determinación de responsabilidades relacionadas con el incumplimiento del deber legal de publicar en el SECOP, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 50 y 51 de la Ley 80 de 1993, siendo los órganos de control y entes judiciales a quienes les corresponde establecer el alcance de la responsabilidad disciplinaria, civil y/o penal que pudiera generarse.

1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**
* Constitución Política de Colombia, artículo 13, artículo 83, artículo 209, artículo 267, artículo 355. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/constitucion-politica-de-colombia/>
* Ley 80 de 1993, artículo 5, artículo 8, artículo 24, artículo 30, artículo 41, artículo 50, artículo 51 Disponible en:

<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/ley-80-de-1993/>

* Ley 1150 de 2007, artículo 2, artículo 3, artículo 5, artículo 13: Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/ley-1150-de-2007/>
* Ley 489 de 1998, artículo 96. Disponible en: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/ley-489-de-1998/>
* Decreto 092 de 2017, artículo 2, artículo 4, artículo 5, artículo 6, artículo 7, artículo 8, artículo 9. Disponible en:

<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/decreto-092-de-2017/>

* Decreto 1082 de 2015. artículo 2.2.1.1.1.7.1, artículo 2.2.1.1.2.2.2. Disponible en:

<https://relatoria.colombiacompra.gov.co/normativa/decreto-1082-de-2015/>

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

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó el régimen de los convenios de asociación regulados en el artículo 355 de la Constitución y en el Decreto 092 de 2017, entre otros, en los conceptos con radicado 4201912000008310 del 26 de diciembre de 2019, 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C-070 04 de marzo de 2020, C-094 del 04 de marzo de 2020, C-086 del 16 de marzo de 2020, C-101 del 16 de marzo de 2020, C-228 del 17 de marzo de 2020, C-014 del 24 de marzo de 2020, C-215 de 31 de marzo de 2020, C-223 del 29 de abril de 2020, C-416 del 30 junio de 2020, C-447 del 27 de julio de 2020, C-513 del 30 de julio de 2020, C-483 del 06 de agosto de 2020, C-579 del 4 de septiembre de 2020, C-594 del 7 de septiembre de 2020, C-670 del 22 de noviembre de 2020, C-689 del 1 de diciembre de 2020, C-724 de 14 de diciembre de 2020, C-749 del 23 de diciembre de 2020, C-758 del 04 de enero de 2021, C-806 de 8 de febrero de 2021, C-379 del 26 de julio de 2021, C-548 del 05 de octubre de 2021, C-092 del 09 de marzo de 2022, C-106 del 30 de marzo de 2022, C-274 del 05 de mayo de 2022, C-045 del 25 de abril de 2024, C-115 del 16 de julio de 2024 y C-356 del 22 de julio de 2024. Por otro lado la Agencia analizó el deber de publicar la documentación contractual en las Sistema Electrónico de Contratación Pública–SECOP, en los conceptos C-049 del 7 de marzo de 2022, C-120 del 22 de marzo de 2022, C-124 del 22 de marzo de 2022, C-132 del 28 de marzo de 2022, C-337 del 25 de mayo de 2022, C-348 del 13 de junio de 2022, C-357 del 13 de junio de 2022, C-422 del 13 de julio de 2022, C-475 del 26 de julio de 2022, C-480 del 18 de julio de 2022, C-492 del 2 de agosto de 2022, C-495 del 2 de agosto de 2022, C-510 del 8 de agosto de 2022, C-508 de 30 de agosto de 2022, C-457 del 24 de octubre de 2023, C-460 del 30 de noviembre de 2023, C-284 del 08 de julio de 2024, C-316 del 23 de agosto de 2024 y C-379 del 05 de septiembre de 2024. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de Relatoría de la Agencia, en el cual también podrás encontrar jurisprudencia del Consejo de Estado, laudos arbitrales y la normativa de la contratación concordada con la doctrina de la Subdirección de Gestión Contractual, accede a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

También te invitamos a revisar la tercera edición del  Boletín de Relatoría de 2024 en el cual podrás consultar en detalle el marco normativo de documentos tipo: [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/files\_2020/boletin\_de\_realtoria\_iii.pdf](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsites%2Fcce_public%2Ffiles%2Ffiles_2020%2Fboletin_de_realtoria_iii.pdf&data=05%7C02%7Calejandro.sarmiento%40colombiacompra.gov.co%7C992f1c9609394a8da8fe08dcc1676546%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638597897037980144%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=zmwE0pC9EMKgoLR223JSTOgy8SOuAWIn7%2BB%2BWxC8tVw%3D&reserved=0) ".

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 utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró:  | Gustavo Hinestroza MartínezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó  | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó:  | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. Ley 80 de 1993, Artículo 13.

 [↑](#footnote-ref-2)
2. Ley 80 de 1993, Artículo 25 numeral 1. Ley 1150 de 2007, Artículo 2. [↑](#footnote-ref-3)
3. Ley 80 de 1993, Artículo 25 [↑](#footnote-ref-4)
4. Ley 80 de 1993, Artículo 26. [↑](#footnote-ref-5)
5. Ley 1150 de 2007, Artículo 5. [↑](#footnote-ref-6)
6. Ley 80 de 1993, Artículo 8. [↑](#footnote-ref-7)
7. Ley 80 de 1993, Artículo 41.
 [↑](#footnote-ref-8)
8. Ley 80 de 1993, Artículo 27. [↑](#footnote-ref-9)
9. Ley 80 de 1993, Artículo 14. [↑](#footnote-ref-10)
10. Ley 1150 de 2007, Artículo 17. [↑](#footnote-ref-11)
11. Ley 1150 de 2007, Artículo 7. [↑](#footnote-ref-12)
12. Ley 80 de 1993, Articulo 44 ss. [↑](#footnote-ref-13)
13. Ley 80 de 1993, Artículo 25 numeral 16. [↑](#footnote-ref-14)
14. Ley 80 de 1993, Artículo 60. [↑](#footnote-ref-15)
15. GÓMEZ VELÁSQUEZ, Alejandro, DÍAZ DÍEZ Cristian Andrés, Los convenios de interés público y de asociación en el régimen de contratación pública colombiana, recuperado del siguiente enlace: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6151/8606> [↑](#footnote-ref-16)
16. En relación a al conmutatividad del contrato y la posibilidad de suscribir otro tipo de acuerdo en el marco del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el Alto Tribunal de lo contencioso administrativo ha explicado que “de acuerdo con los artículos 1494 del Código Civil y 864 del Código de Comercio, el contrato está dirigido a crear una relación jurídica obligacional, la cual incide en la esfera patrimonial de las partes que la conforman, aspecto que lleva a la doctrina a relievar el carácter patrimonial y económico del contrato estatal, dada su conmutatividad y onerosidad.

Sin embargo, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 40 ibídem , permite a las entidades celebrar los “contratos” y “acuerdos” derivados de la “autonomía de la voluntad” para el cumplimiento de los fines estatales, de donde se colige que, además de los “contratos” (en el alcance genuino de acuerdos de voluntades de contenido patrimonial) que pueden celebrar las entidades estatales, también es viable la realización de otros “acuerdos” de voluntades necesarios para el cumplimiento de los fines estatales como serían los “convenios interadministrativos”, los cuales no tendrían el alcance de una relación jurídica patrimonial”. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 26 de julio de 2016. C.P. Álvaro Namén Vargas, Rad. No. 2257. [↑](#footnote-ref-17)
17. Sobre el particular la doctrina ha sostenido: *“El contrato del Estado es así mismo una fuente de obligaciones conforme los parámetros del artículo 1494 del Código Civil. En este sentido, su contenido, tal como se desprende de los artículos 1495 del Código Civil y 864 del Código de Comercio, es estrictamente obligacional y está dirigido inevitablemente a construir, regular o extinguir relaciones jurídicas obligacionales que inciden en la esfera patrimonial de las partes relacionadas, es decir, que son de contenido y carácter indiscutiblemente económico intersubjetivo y, por lo tanto, cumple una función sustentada en este elemento fundamental, de conformidad con las características de cada negocio que se considere conveniente y adecuado a los fines, propósitos y necesidades públicos o generales”.* SANTOFIMIO, Jaime O. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal. Revista Digital de Derecho Administrativo, Núm. 1, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009, pág. 15. [↑](#footnote-ref-18)
18. 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-19)
19. 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-20)
20. Colombia Compra Eficiente, Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-21)
21. 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-22)
22. El numeral 16.9 de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente explica que: «El Decreto 092 de 2017 no restringe ninguna forma de asociación entre las entidades privadas sin ánimo de lucro, y prevé que los contratos y convenios que regula se sujetarán a las normas generales aplicables al Sistema de Compra Pública, es decir Ley 80 de 1993, salvo lo que de manera expresa esté regulado en dicho Decreto. La Ley 80 de 1993 establece las diferentes formas asociativas que pueden utilizar los proponentes para participar en los Procesos de Contratación. De esta forma, entidades privadas sin ánimo de lucro pueden constituirse como unión temporal o consorcio para efectos de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación». [↑](#footnote-ref-23)
23. “Artículo 6°. Prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades. Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial, son aplicables a la contratación a la que hace referencia el presente decreto”. [↑](#footnote-ref-24)
24. “Artículo 7º.Aplicación de los principios de la contratación estatal. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables. En consecuencia, las normas relativas a la publicidad son de obligatorio cumplimiento, por lo cual, la actividad contractual y los Documentos del Proceso de que trata el presente decreto deberán ser objeto de publicación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP). Adicionalmente, la entidad privada sin ánimo de lucro contratista deberá entregar a la Entidad Estatal, y ésta publicar en el SECOP, 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, incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató y la información de pagos”.

 [↑](#footnote-ref-25)
25. *“Artículo 8°. Aplicación de normas generales del sistema de contratación pública. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto”*. [↑](#footnote-ref-26)
26. *“****Artículo 7°.***Aplicación de los principios de la contratación estatal. *La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables. En consecuencia, las normas relativas a la publicidad son de obligatorio cumplimiento, por lo cual, la actividad contractual y los Documentos del Proceso de que trata el presente decreto deberán ser objeto de publicación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP). Adicionalmente, la entidad privada sin ánimo de lucro contratista deberá entregar a la Entidad Estatal, y esta publicar en el SECOP, 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, incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató y la información de pagos”*. [↑](#footnote-ref-27)
27. Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, Concepto C-575 de 2020. [↑](#footnote-ref-28)
28. “Artículo 7°. Aplicación de los principios de la contratación estatal. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables. En consecuencia, las normas relativas a la publicidad son de obligatorio cumplimiento, por lo cual, la actividad contractual y los Documentos del Proceso de que trata el presente decreto deberán ser objeto de publicación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP). Adicionalmente, la entidad privada sin ánimo de lucro contratista deberá entregar a la Entidad Estatal, y esta publicar en el SECOP, 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, incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató y la información de pagos”.

“Artículo 9º. Registro de entidades privadas sin ánimo de lucro en el SECOP. Las entidades privadas sin ánimo de lucro que contraten con las Entidades Estatales en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política y el presente decreto deberán estar registradas en el SECOP, el cual será el medio para acreditar los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo definidos por las Entidades Estatales”. [↑](#footnote-ref-29)
29. Circular Externa No. 1 de 2019. En similar sentido, se estableció en la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente, que: “Los Procesos que se realicen en el marco del Decreto 092 de 2017 deben adelantarse en SECOP II en el módulo de “Régimen Especial”, teniendo en cuenta que este decreto consagra en el artículo 9 que las entidades privadas sin ánimo de lucro deben estar registradas en el SECOP. El SECOP II es la única versión de la plataforma que permite el registro de proveedores toda vez que es transaccional. Adicionalmente, el SECOP II es el medio para acreditar los indicadores de idoneidad, eficiencia, economía, eficacia y manejo del Riesgo definidos por la respectiva Entidad Estatal”. [↑](#footnote-ref-30)