**DECRETO 092 DE 2017 – Artículo 355 – Constitución Política – Convenios de asociación – Artículo 96 – Ley 489 de 1998**

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

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Concepto – Artículo 5 – Decreto 092 de 2017**

Tales convenios «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. 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. Además, es importante resaltar que el convenio de asociación no es conmutativo y, por tanto, la entidad estatal no instruye al contratista para desarrollar los programas o actividades previstas, sino que se asocia con él para el cumplimiento de objetivos comunes.

**ESAL – Decreto 092 de 2017 – Criterios – Aplicación**

No todas las actividades que las entidades estatales deben desarrollar para alcanzar sus objetivos misionales deben ejecutarse a través de la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación. Debe tenerse en cuenta que lo que determina la aplicación del Decreto 92 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.

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

Señor

**Fernando José Gutiérrez Ibáñez**

fernandog213@hotmail.com

Valledupar, Cesar.

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C- 718 de 2024** |
| **Temas:**  | CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Objeto – Alcance – Aportes / – Aporte económico de la ESAL – Treinta por ciento  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20241009010322 |

Estimado señor Gutiérrez:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 2 de octubre de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

“el decreto 092 de 2017, dentro de su articulado permite realizar procesos

competitivos en la cual participan ESAL, en dicho proceso se realiza mediante la publicacion en la plataforma secop donde pueden acceder a participar entre ellas, la consulta es si es obligatorio dentro del proceso competitivo en su propuesta las esal deban realizar un aporte minimo del 30% para poder participar o sin el aporte pueden participar en esto, es necesario dentro del proceso competitivo incorporar un aporte o es solo para aquellos convenio que estan en la norma que se realizan por contratacion directa el cual si deben aportar el 30%” (Sic)

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

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

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos:

i) ¿Cuándo un proceso de contratación en el que se encuentre involucrada una ESAL no esta sujeto a competencia?

ii).¿Cómo debe ser el aporte del treinta por ciento (30%) a efectos de no someter la escogencia de la ESAL a un proceso competitivo se pueden realizar en dinero y en especie?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
|  i) Frente al primer interrogante planteado, de acuerdo con el artículo 5 del Decreto 092 de 2017, el proceso para la escogencia de la ESAL, por regla general, debe estar sujeto a competencia, salvo en aquellos casos en los que una ESAL manifieste su compromiso de aportar recursos en dinero por un valor igual o superior al treinta por ciento (30%) del valor total del convenio, siempre y cuando no existan otras ESAL que ofrezcan aportes en monto igual o superior a dicho porcentaje, pues en este evento también se tendría que realizar un proceso competitivo. Es menester advertir que, el artículo antes citado no prohíbe la celebración de convenios en que la ESAL aporte menos del treinta por ciento (30%) o cuando aporten recursos en especie. En efecto, solo indica que en esos casos la Entidad Estatal debe acudir al proceso competitivo para seleccionar a la ESAL con la cual celebrará el respectivo convenio. ii). Frente al segundo interrogante planteado, el treinta por ciento (30%) que debe aportar la ESAL a efectos de poder celebrar el convenio sin acudir a un proceso competitivo, debe calcularse respecto del monto total de los recursos en dinero requeridos para la ejecución proyecto, el cual corresponderá́ al valor por el que se celebrará el convenio de asociación de conformidad con lo señalado en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017. De esta manera, los eventuales aportes en especie no podrán tenerse en cuenta para calcular el referido porcentaje, el cual debe ser en dinero. En ese sentido, si, por ejemplo, para desarrollar un proyecto conjunto con una ESAL se requiere un total de $100.000.000, para poder celebrar el convenio de asociación sin proceso competitivo, la Entidad Estatal deberá asociarse con una ESAL dispuesta a aportar por lo menos una suma de $30.000.000 equivalente al treinta por ciento (30%) del que sería el valor del eventual convenio. Sin perjuicio de lo anterior, se insiste que esto no significa que no puedan hacerse aportes en especie, sino que como mínimo debe realizarse un aporte en dinero del treinta por ciento (30%) del valor del convenio de asociación para que pueda aplicar la selección directa de la ESAL, siempre que no haya otra ESAL que realice el mismo ofrecimiento. En conclusión, no es necesario que las ESALES realicen un aporte igual o superior al 30% de los recursos para poder participar en el proceso competitivo de selección, sin embargo, si el aporte es igual o superior a este 30% la Entidad Publica podrá celebrar de forma directa el convenio de asociación con la ESAL que haya ofrecido este porcentaje de recursos en dinero. |

1. **Razones de la Respuesta:**
* Para resolver las preguntas planteadas en su consulta, es importante empezar por señalar que, la Constitución Política de 1991 establece tres (3) regímenes de contratación. El *primero* se fundamenta en la competencia prevista en el inciso final del artículo 150 superior, por el cual se faculta al Congreso de la República para expedir un EGCAP. El *segundo* se relaciona con la posibilidad de crear regímenes especiales, caso en el cual la Constitución los exceptúa directamente, como sucede con las universidades públicas y el Banco de la República –artículos 69 y 371–, o permite que la ley defina el régimen jurídico de determinados órganos del Estado, como en el caso de las entidades descentralizadas por servicios –artículo 210– y las empresas de servicios públicos domiciliarios –artículo 365–. *Finalmente*, el citado artículo 355 establece el régimen de los contratos con las Entidades sin Ánimo de Lucro – en adelante ESAL –, 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. Teniendo en cuenta el objeto de su consulta, a continuación, se hará una breve explicación sobre los contratos y convenios regidos por el Decreto 092 de 2017.
* Respecto al primer problema jurídico planteado, es menester indicar que, el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 establece que, el proceso para la escogencia de la ESAL, por regla general, debe estar sujeto a competencia, salvo en aquellos casos en los que una ESAL manifieste su compromiso de aportar recursos en dinero por un valor igual o superior al treinta por ciento (30%) del valor total del convenio, siempre y cuando no existan otras ESAL que ofrezcan aportes en monto igual o superior a dicho porcentaje, pues en este evento también se tendría que realizar un proceso competitivo.
* Tal como lo indicó esta Agencia en la “Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad”, el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 “[...] busca reconocer el esfuerzo de la ESAL para conseguir recursos propios o de cooperación para el desarrollo conjunto de actividades de las Entidades Estatales en el marco del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y eximirla de competencia cuando aporta 30% o más de los recursos requeridos”.
* Ahora bien, es importante resaltar que, según el mismo artículo 5, si hay más de una ESAL que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por ley a una Entidad Estatal, en una proporción no inferior al treinta por ciento (30%) del valor total del convenio, esta última debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección. En este evento, la Entidad Estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las ESAL para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación.
* La noción “seleccionar de forma objetiva”, contenida en la disposición sub examine no puede ser entendida como una remisión total a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 respecto a los criterios habilitantes de las modalidades de selección o de adjudicación. A lo que se refiere la norma es a que la Entidad Estatal debe diseñar herramientas propias a la contratación con Entidades Privadas Sin Ánimo de Lucro y de Reconocida Idoneidad que permitan una comparación objetiva de las ESAL y con ello puedan seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado, por lo que los criterios que permitan una selección objetiva deben definirse en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad puede decidir acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el EGCAP o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017.
* En ese sentido, las Entidades Estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. En todo caso, el proceso competitivo que definan las Entidades Estatales para sus convenios de asociación debe garantizar la libre concurrencia, la pluralidad de interesados y la comparación objetiva de ofertas.

* En este punto, es menester advertir que, el artículo 5 de del Decreto 092 de 2017 no prohíbe la celebración de convenios en que la ESAL aporte menos del treinta por ciento (30%) o cuando aporten recursos en especie. En efecto, solo indica que en esos casos la Entidad Estatal debe acudir al proceso competitivo para seleccionar a la ESAL con la cual celebrará el respectivo convenio.
* Respecto al segundo problema jurídico, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha considerado que, “el treinta por ciento (30%) señalado en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 que debe aportar la ESAL a efectos de poder celebrar el convenio sin acudir a un proceso competitivo, debe calcularse respecto del monto total de los recursos en dinero requeridos para la ejecución proyecto, el cual corresponderá́ al valor por el que se celebrará el convenio de asociación”. [[1]](#footnote-1)
* En ese sentido, “si, por ejemplo, para desarrollar un proyecto conjunto con una ESAL se requiere un total de $100.000.000, para poder celebrar el convenio de asociación sin proceso competitivo, la Entidad Estatal deberá asociarse con una ESAL dispuesta a aportar por lo menos una suma de $30.000.000, equivalente al treinta por ciento (30%) del que sería el valor del eventual convenio. De esta manera, los eventuales aportes en especie no podrán tenerse en cuenta para calcular el referido porcentaje, el cual debe ser en dinero”. [[2]](#footnote-2)
* En ese contexto, cuando el aporte de la ESAL al convenio de asociación, que se realizará con una Entidad Estatal bajo los términos del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, no sea en dinero sino en especie, esto es, con bienes tangibles e intangibles distintos al dinero o que no sean equivalentes a este, en los términos indicados en el párrafo anterior, no se aplicará la regla que determina que si el aporte de recursos en dinero es igual o superior a un treinta por ciento (30%) del valor del convenio, este se podrá́ celebrar de forma directa, por lo que deberá adelantarse un proceso competitivo.
* No obstante, debe insistirse que esto no significa que no puedan hacerse aportes en especie, sino que como mínimo debe realizarse un aporte en dinero del treinta por ciento (30%) del valor del convenio de asociación para que pueda aplicar la selección directa de la ESAL, siempre que no haya otra ESAL que realice el mismo ofrecimiento. [[3]](#footnote-3)En conclusión, la ESAL debe aportar un treinta por ciento (30%) total del convenio en dinero para que no proceda el proceso competitivo, el cual podrá́ tener origen en recursos propios o en recursos de cooperación internacional cuya destinación permita la ejecución y el logro de los objetivos comunes del convenio celebrado con la Entidad Estatal asociada, sin perjuicio de que haya otros aportes en especie que se pacten para la ejecución de las actividades y finalidades de este.
1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| * Ley 1150 de 2007.
* Ley 80 de 1993, Artículos 11 y 12.
* Constitución Política, Artículo 355.
* Ley 489 de 1998, Artículo 96.
* Decreto 092 de 2017, Artículos 2, 5, 6, 7 y 8.
* Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf>
 |

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

Sobre la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad -ESAL- regulada por el Decreto 092 de 2017, esta Subdirección se pronunció en los conceptos Nos. C-624 del 28 de septiembre de 2022, C-771 del 30 de diciembre de 2022, C-853 del 9 de diciembre de 2022, C-844 del 28 de diciembre del 2022, C-026 de 16 de marzo de 2023, C-037 de 05 de abril de 2023, C-203 de 21 de junio de 2023 C-003 del 02 de febrero de 2024, C-045 del 24 de abril de 2024, C-080 del 07 de mayo del 2024, C-071 del 28 de mayo del 2024, C-096 del 28 de junio del 2024, C-073 del 22 de julio del 2024, C-356 del 22 de julio del 2024, C-262 del 29 de julio del 2024, C-192 del 31 de julio del 2024, C-210 del 05 de agosto del 2024, C-240 del 12 de agosto del 2024, C-496 del 29 de agosto del 2024, C-416 del 06 de septiembre del 2024, C-450 del 17 de septiembre del 2024, C-476 del 20 de septiembre del 2024, C-509 del 04 de octubre del 2024 y C-590 del 18 de octubre del 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/](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Frelatoria.colombiacompra.gov.co%2F&data=05%7C02%7Cana.ortizb%40colombiacompra.gov.co%7C5aad36a736844ec87b2108dcc1fa4639%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638598527916488011%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=in4o%2Be0khWNMSHjVv27rZM0qcYLJmM4DxpEWjOE8yIU%3D&reserved=0) .

Le informamos que ya se encuentran publicados los borradores de las nuevas versiones de los Documentos Tipo de Interventoría y Consultoría de Infraestructura de Transporte. Conoce todos los detalles y realiza tus comentarios hasta el 10 de noviembre de 2024 en los siguientes enlaces: [https://www.colombiacompra.gov.co/content/borrador-de-documentos-tipo-de-consultoria-de-obra-publica-de-infraestructura-de-transporte](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fcontent%2Fborrador-de-documentos-tipo-de-consultoria-de-obra-publica-de-infraestructura-de-transporte&data=05%7C02%7Candreina.cerpa%40colombiacompra.gov.co%7C096eca3fdcca424ff1c708dcf932f947%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638659244553089105%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=sbTbikmBPVtCbo7mXkVZFxvU9C9ryShyBoc6QGPGO1A%3D&reserved=0) y [https://www.colombiacompra.gov.co/content/borrador-de-documentos-tipo-de-interventoria-de-obra-publica-de-infraestructura-de](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fcontent%2Fborrador-de-documentos-tipo-de-interventoria-de-obra-publica-de-infraestructura-de&data=05%7C02%7Candreina.cerpa%40colombiacompra.gov.co%7C096eca3fdcca424ff1c708dcf932f947%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638659244553106601%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=3bx45dHvyLBsz0xlBnt2sZ7JCsO1WHwvxX5esmdiOnE%3D&reserved=0) .

De otra parte, te contamos que ya publicamos el borrador de la nueva Guía de Contratación Pública Sostenible y Socialmente Responsable. Conoce el documento y realiza tus comentarios hasta el 14 de noviembre de 2024 a través del siguiente enlace: [https://www.sucop.gov.co/entidades/colombiacompra/Normativa?IDNorma=18320](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.sucop.gov.co%2Fentidades%2Fcolombiacompra%2FNormativa%3FIDNorma%3D18320&data=05%7C02%7Candreina.cerpa%40colombiacompra.gov.co%7C096eca3fdcca424ff1c708dcf932f947%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638659244553118377%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=GLeg7SM%2B%2FRxgqbeVVQ2kAB42HlF%2BLA2V9MH2iP6TELo%3D&reserved=0)

También le invitamos a consultar las versiones V y VI de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual relacionados con las guías de Plan Anual de Adquisiciones y la modalidad de selección de mínima cuantía , los cuales se pueden descargar en la página web de la Agencia: [https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsala-de-prensa%2Fboletin-digital&data=05%7C02%7Candreina.cerpa%40colombiacompra.gov.co%7C096eca3fdcca424ff1c708dcf932f947%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638659244553129750%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=TPSikXYdiaZ7j6%2BW39%2BMNPMouatq7ONRQMFwgX4AQak%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 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: | Diego Jesús Ortega Cruz Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Cielo Victoria González contratista de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

|  |
| --- |
| **CONTROL DE CAMBIOS DEL DOCUEMTO**  |
| **VERSION**  | **AJUSTES**  | **FECHA**  | **VERSIÓN**  | **02** |
| 01  | Creación de formato  | 15/06/2023  | **Elaboró**  | Diana Carolina Montenegro    | Contratista Secretaría General  |
| **Revisó**  | Lisseth Tatiana Melo Parra    | Analista T2 - 6 SecretaríaGeneral  |
| **Aprobó**  | William Renan Rodríguez    | Secretario General  |
| 02 | Se incluyo un párrafo de cierre, agradecimiento y las redes sociales de la entidad. Se ajusta código del formato por parte de planeación. | 31/08/2023 | **Elaboró** | Nelson Felipe Gaitan Chacon  | Contratista secretaríaGeneral  |
| **Revisó** | Lisseth Tatiana Melo Parra | Analista T2 - 6 Secretaría General  |
| **Aprobó** | Jenny Fabiola Páez Vargas | Secretaria General  |

1. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-560 del 7 de septiembre de 2022. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ibidem. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ibidem. [↑](#footnote-ref-3)