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

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

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

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

De otro lado, los *convenios de asociación* “[…] [t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley”. De conformidad con el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en estos convenios debe determinarse “con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, *aportes*, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”. Dentro de estos elementos se resalta la exigencia de aportes, que debe interpretarse en el sentido de que las ESAL deben realizar aportes a los convenios que suscriban, los cuales pueden ser en dinero, en porcentajes inferiores o superiores al treinta por ciento (30%), o en especie, los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Aporte económico de la ESAL – Treinta por ciento - Contratación directa**

Conforme a lo anterior, 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 Estatales deben asegurarse de que su contratista, es decir, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento (30%), en dinero, del valor del convenio para celebrarlo directamente, pues de lo contrario deberá adelantarse un proceso competitivo. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben “[…] asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Cuando la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse”.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – ESAL – Régimen – Remisión – Artículo 8 – Decreto 092 de 2017**

[…] cuando el artículo 8 del Decreto menciona a las “[…] normas generales aplicables a la contratación pública […]”, está *remitiendo integralmente* al EGCAP. Esta remisión alcanza tanto el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como los principios aplicables a la contratación estatal. Por tanto, los artículos 6, 7 y 8 del reglamento autónomo deben interpretarse en bloque, es decir, aplicando la Ley 80 de 1993 a todo supuesto que no esté expresamente regulado en el Decreto 092 de 2017.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – ESAL – Régimen – Remisión – Artículo 8 – Decreto 092 de 2027 – Adición**

[…] el peticionario indaga si los convenios de asociación pueden ser adicionados, después de adjudicados. Siguiendo la metodología explicada, hay que señalar que esta materia – la adición de los contratos – *no está regulada expresamente en el Decreto 092 de 2017*. Este reglamento, además, como se indicó, es el que desarrolla el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, la cual tampoco establece normas sobre dicho tema. En consecuencia, el vacío que se presenta frente a este asunto debe llenarse con la remisión que efectúa el artículo 8 del Decreto 092 de 2017.

Al respecto, debe señalarse que, el EGCAP, contenido en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, así como en las normas que las han modificado y las reglamentan, no consagra una regulación expresa sobre la posibilidad de modificar los contratos celebrados por las Entidades Estatales. De igual forma, tampoco existe ninguna restricción expresa para modificar los contratos estatales. La regulación expresa contenida en el ordenamiento jurídico se limita a fijar los porcentajes límite para adicionar los valores inicialmente pactados, como lo hace el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone que, los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado en SMLMV.

**CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – ESAL – Adición – Aportes – Treinta por ciento**

Si bien, en el marco de los convenios de asociación las partes, en virtud del principio de autonomía, pueden acordar una adición al contrato – siempre y cuando se encuentre se encuentre justificado y se respete el límite establecido, lo cierto es que esa modificación debe sujetarse a las reglas establecidas en el Decreto 092 del 2017. En ese sentido, si el Decreto establece que la celebración de los convenios de asociación se podrá realizar de forma directa siempre y cuando una ESAL se comprometa a aportar no menos de treinta por ciento (30%) del valor total del convenio, este valor incluye el valor adicionado. Por ende, respondiendo la pregunta hecha por el peticionario, es válido concluir que, si un convenio de asociación se celebró de forma directa, en caso de que se realice una adición al valor del convenio, la ESAL debe realizar el aporte de forma proporcional a esa modificación, cosa tal que su aporte sea equivalente el treinta por ciento (30%) del total del convenio – incluida la adición, pues solo de esta manera se estaría respetando las reglas establecidas en el Decreto 092 de 2017.

Bogotá D.C., 10 de diciembre de 2024.

Texto

Descripción generada automáticamente

Doctor

**Luis Ángel Toro Arias**

Secretaría de Ambiente y Sostenibilidad

**Gobernación de Antioquia**

Antioquia

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C- 778 de 2024** |
| **Temas:** | CONTRATOS CON ESAL – Artículo 355 – Constitución – Fundamento / TIPOS DE CONTRATOS – Artículo 355 – Constitución – ESAL / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Aporte económico de la ESAL – Treinta por ciento - Contratación directa / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – ESAL – Régimen – Remisión – Artículo 8 – Decreto 092 de 2017 / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – ESAL – Régimen – Remisión – Artículo 8 – Decreto 092 de 2017 – Adición / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – ESAL – Adición – Aportes – Treinta por ciento |
| **Radicación:** | Respuesta a consulta con radicado No. P20241025010846 |
|  |  |

Estimado doctor Toro Arias:

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

“Acudo a su despacho, para solicitarles su concepto sobre la posibilidad de adicionar Convenios de Asociación. Enmarcado en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y el articulo 5 del Decreto 092 de 2017.

Con base en lo anterior, les solicito su concepto frente a las siguientes preguntas:

¿Es posible adicionar recursos en dinero a un Convenio de Asociación enmarcado en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y el articulo 5 del Decreto 092 de 2017 ya adjudicado?

El conveniante ganador en el proceso competitivo, ¿tendrá que aportar el 30% del valor correspondiente a la adición de recursos del proceso?” [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 la Agencia Nacional de Contratación Pública – 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 algunas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el problema jurídico de su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídico: i) ¿Es posible adicionar recursos en dinero a un convenio de asociación regulado en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 5 del Decreto 092 de 2017? y; ii) En el evento que se adicione el convenio de asociación que ha sido celebrado directamente, porque la ESAL contratista aportó el treinta por ciento (30%) ¿Debe realizar la ESAL una adición del treinta por ciento (30%) del valor de la adición nuevamente?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| En relación con los problemas jurídicos planteados debe señalarse lo siguiente:    i) El peticionario indaga si los convenios de asociación pueden ser adicionados después de adjudicados. Al respecto, hay que señalar que esta materia – la adición de los contratos – no está regulada expresamente en el Decreto 092 de 2017 ni en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998. En consecuencia, el vacío que se presenta frente a este asunto debe llenarse con la remisión que efectúa el artículo 8 del Decreto 092 de 2017.  Al respecto, debe señalarse que, el EGCAP, contenido en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, así como en las normas que las han modificado y las reglamentan, no consagra una regulación expresa sobre la posibilidad de modificar los contratos celebrados por las Entidades Estatales. De igual forma, tampoco existe ninguna restricción expresa para modificar los contratos estatales. La regulación expresa contenida en el ordenamiento jurídico se limita a fijar los porcentajes límite para adicionar los valores inicialmente pactados, como lo hace el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone que, los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado en SMLMV.  De lo anterior, se desprende que es posible adicionar los convenios de asociación. No obstante, es importante señalar que, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 prohíbe que las adiciones superen el cincuenta por ciento (50%) del valor inicial, expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes.  En todo caso, la procedencia de adicionar estos convenios de asociación deberá corresponder al análisis que realice cada Entidad Estatal respecto a su conveniencia, por lo que le corresponderá definir en cada caso la viabilidad técnica, jurídica y financiera de realizar determinada modificación del convenio.  ii) Conforme al artículo 5 ibidem “[…] 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”*. (Énfasis fuera del texto original).  Así las cosas, la norma establece que la ESAL debe aportar mínimo el treinta por ciento (30%) del valor *total* del convenio. Nótese que la norma no hace distinción alguna frente a que la ESAL deba aportar el referido porcentaje respecto al valor inicial del convenio, sino que alude al valor total del mismo. Por lo tanto, en desarrollo del principio general de interpretación jurídica según el cual *donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete,* resulta viable concluir que, si el convenio fue objeto de adición deberá tenerse en cuenta en valor inicial más el valor de la adición para el cálculo del treinta por ciento (30%) de que trata el artículo 5 del Decreto objeto de estudio. |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

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 entidades sin ánimo de lucro – en adelante ESAL – con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo[[1]](#footnote-2). Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998[[2]](#footnote-3) 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.

El Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política, expidió el Decreto 092 de 2017, el cual dispone las reglas para las contrataciones que realicen las Entidades Estatales con las ESAL. El Decreto regula dos (2) eventos: i) los *contratos de colaboración* o de interés público, con el fin impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política y; ii) los *convenios de asociación*, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con las funciones de las Entidades Estatales, en desarrollo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. Los primeros están regulados en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, mientras que los segundos en los artículos 5, 6, 7 y 8 *ibidem*. Así las cosas, es posible diferenciar los *contratos de colaboración*, establecidos en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017, de los *convenios de asociación*, regulados en el artículo 5[[3]](#footnote-4).

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

De otro lado, los *convenios de asociación* “[…] [t]ienen como finalidad que la entidad estatal, cualquiera que sea su naturaleza y orden administrativo, se asocien con personas jurídicas particulares para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas a aquellas conforme a la Constitución y a la Ley”[[4]](#footnote-5). De conformidad con el inciso segundo del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, en estos convenios debe determinarse “con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, *aportes*, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes”. Dentro de estos elementos se resalta la exigencia de aportes, que debe interpretarse en el sentido de que las ESAL deben realizar aportes a los convenios que suscriban, los cuales pueden ser en dinero, en porcentajes inferiores o superiores al treinta por ciento (30%), o en especie, los cuales deben servir al desarrollo de los objetivos comunes de la asociación.

En estos convenios no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. De todos modos, la entidad debe adelantar un proceso competitivo, salvo cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de estas actividades, en una proporción no inferior al treinta por ciento (30%) del valor total del convenio.

Es decir, según la normativa aplicable, 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”. En similar sentido, Mauricio Rodríguez Tamayo manifiesta:

“El Decreto 092 de 2017 permite la escogencia directa de una ESAL, para la suscripción de un convenio de asociación solo cuando el privado sin ánimo de lucro aporta no menos de 30% en dinero del valor total del convenio. Por supuesto, es necesario acreditar la idoneidad necesaria de la ESAL, para que participe junto con el Estado en la atención y prestación de servicios públicos de naturaleza estatal.

Se podrá contratar directamente por esta causal siempre que esté acreditada cualquiera de las siguientes circunstancias: […] ii) se celebran convenios de asociación a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y la ESAL compromete recursos en dinero en una proporción no inferior a 30% del valor total del convenio”[[5]](#footnote-6).

Sin embargo, 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.

Conforme a lo anterior, 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 Estatales deben asegurarse de que su contratista, es decir, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento (30%), en dinero, del valor del convenio para celebrarlo directamente, pues de lo contrario deberá adelantarse un proceso competitivo. Además, en atención al inciso 2 del artículo 5 del Decreto 092 de 2017, deben “[…] asegurarse que no haya otras ESAL que ofrezcan su compromiso de recursos en dinero en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Cuando la entidad encuentre que más de una ESAL le ofrece al menos el 30% de recursos en dinero para el convenio de asociación, debe seleccionar objetivamente con cual asociarse”.

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. A lo que se refiere la norma es a que la Entidad Estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las ESAL para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación, por lo que los criterios que permitan una selección objetiva deben definirse en términos de la obtención de los objetivos del convenio de asociación. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad puede decidir acudir a los procesos de selección de contratistas que establece el EGCAP o, incluso, al trámite que regula el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 092 de 2017.

En suma, 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 las ofertas. Este procedimiento puede ser análogo a otros donde existe competencia, como la licitación pública.

Ahora bien, en relación con el recaudo de los aportes, debe señalarse que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en la “Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad”, señaló que: “[…] la exigencia de recursos en dinero se puede cumplir con instrumentos financieros, jurídicos y contables que sean transables y que tengan liquidez suficiente para ser equivalentes al dinero”. Sin embargo, debe insistirse en que la entidad será autónoma en definir el mecanismo que le parezca más conveniente para el recaudo de los recursos económicos. Además, dichos recursos deberán comprometerse en actividades orientadas a la ejecución de los objetivos comunes de la asociación con la respectiva Entidad Pública, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

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 podrá celebrar de forma directa, por lo que deberá adelantarse un proceso competitivo. No obstante, se precisa que eso 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.

De este modo, en los convenios de asociación, la ESAL debe aportar un treinta por ciento (30%) total del convenio en dinero para que no proceda el proceso competitivo, el cual podrá 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.

Con el fin de resolver los problemas jurídicos planteados en la consulta, es importante adentrarse en el estudio de lo preceptuado en los artículos 6, 7 y 8 del Decreto 092 de 2017, los cuales disponen lo siguiente:

“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.

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 […]

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”.

Las normas citadas integran las lagunas o vacíos normativos del reglamento autónomo y se aplican a todo lo que no esté expresamente regulado en él. Por ello no es posible aplicar ninguna de las disposiciones anteriormente citadas en temas como la idoneidad de las ESAL –artículo 3–, su registro en el SECOP –artículo 9– y la inaplicación del Registro Único de Proponentes –artículo 10–.

Ahora bien, cuando el artículo 8 del Decreto menciona a las “[…] normas generales aplicables a la contratación pública […]”, está *remitiendo integralmente* al EGCAP. Esta remisión alcanza tanto el régimen de inhabilidades e incompatibilidades como los principios aplicables a la contratación estatal. Por tanto, los artículos 6, 7 y 8 del reglamento autónomo deben interpretarse en bloque, es decir, aplicando la Ley 80 de 1993 a todo supuesto que no esté expresamente regulado en el Decreto 092 de 2017.

En tal sentido, frente al aspecto por el cual se formula la consulta – esto es la adición de los convenios de asociación – habría que preguntarse si cuenta con una regulación especial en el Decreto 092 de 2017. Si la respuesta fuera afirmativa, tendría que aplicarse tal regulación. Pero, de ser negativa, habría que aplicar también el EGCAP, así como sus normas complementarias y reglamentarias, pues, precisamente, dichos preceptos son las “normas generales aplicables a la contratación pública” a las que alude el artículo 8 del Decreto 092 de 2017. En otras palabras, el EGCAP y sus normas complementarias y reglamentarias llenan los vacíos que se presentan en el Decreto 092 de 2017 frente a la regulación de los asuntos asociados a la celebración, ejecución y liquidación de los convenios que encuentran fundamento en el artículo 355 de la Constitución, incluidos en esta categoría los convenios de asociación previstos en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998.

Pues bien, el peticionario indaga si los convenios de asociación pueden ser adicionados, después de adjudicados. Siguiendo la metodología explicada, hay que señalar que esta materia – la adición de los contratos – *no está regulada expresamente en el Decreto 092 de 2017*. Este reglamento, además, como se indicó, es el que desarrolla el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, la cual tampoco establece normas sobre dicho tema. En consecuencia, el vacío que se presenta frente a este asunto debe llenarse con la remisión que efectúa el artículo 8 del Decreto 092 de 2017.

Al respecto, debe señalarse que, el EGCAP, contenido en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, así como en las normas que las han modificado y las reglamentan, no consagra una regulación expresa sobre la posibilidad de modificar los contratos celebrados por las Entidades Estatales. De igual forma, tampoco existe ninguna restricción expresa para modificar los contratos estatales. La regulación expresa contenida en el ordenamiento jurídico se limita a fijar los porcentajes límite para adicionar los valores inicialmente pactados, como lo hace el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone que, los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado en SMLMV.

De lo anterior, se desprende que es posible adicionar los convenios de asociación. No obstante, es importante señalar que, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 prohíbe que las adiciones superen el cincuenta por ciento (50%) del valor inicial, expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes. Por ejemplo, si el convenio de asociación, que se suscribió en el año 2021 tiene un valor de $500.000.000, que es equivalente a 550,34 salarios mínimos mensuales legales vigentes, en el año 2022, si se adiciona, no podrá superar más de 275,17 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Al respecto, la doctrina expresa:

“El parágrafo del art. 40 es, a primera vista, aparentemente claro, porque contiene tanto una permisión como una prohibición a la posibilidad de que el contrato se adicione. De un lado –sentido negativo-, prohíbe que la adición exceda el 50% del valor inicial; pero, de otro lado –sentido positivo- e implícitamente, la autoriza, pero solo hasta el 50 %. Las dos formas de ver son válidas[[6]](#footnote-7).

De acuerdo con lo regulado, se establece la restricción para adicionar los convenios de asociación por encima del cincuenta por ciento (50%) del valor inicial expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes, sin que se haga distinción frente al origen de los recursos para calcular el valor inicial a efectos de determinar el tope analizado, por lo que se tendrá en cuenta el valor total inicial del convenio. De esta manera, tanto la Entidad Pública como el asociado al decidir adicionar el convenio de asociación se sujetan al límite del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con la remisión del artículo 8 del Decreto 092 de 2017 a las normas generales del EGCAP. En todo caso, la procedencia de adicionar estos convenios de asociación deberá corresponder al análisis que realice cada Entidad Estatal respecto a su conveniencia, por lo que le corresponderá definir en cada caso la viabilidad técnica, jurídica y financiera de realizar determinada modificación del convenio.

Finalmente, con el fin de contestar el segundo problema jurídico de la consulta, se procede a analizar si en el evento que un convenio de asociación es celebrado de manera directa, en virtud de lo establecido en el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 y, posteriormente, es adicionado, la ESAL debe aportar el treinta por ciento (30%) del valor de la adición. Al respecto, es necesario señalar que, conforme al artículo 5 ibidem “[…] 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”*. (Énfasis fuera del texto original).

Así las cosas, la norma establece que la ESAL debe aportar mínimo el treinta por ciento (30%) del valor *total* del convenio. Nótese que la norma no hace distinción alguna frente a que la ESAL deba aportar el referido porcentaje respecto al valor inicial del convenio, sino que alude al valor total del mismo. Por lo tanto, en desarrollo del principio general de interpretación jurídica según el cual *donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete,* resulta viable concluir que, si el convenio fue objeto de adición deberá tenerse en cuenta en valor inicial más el valor de la adición para el cálculo del treinta por ciento (30%) de que trata el artículo 5 del Decreto objeto de estudio.

Si bien, en el marco de los convenios de asociación las partes, en virtud del principio de autonomía, pueden acordar una adición al contrato – siempre y cuando se encuentre se encuentre justificado y se respete el límite establecido, lo cierto es que esa modificación debe sujetarse a las reglas establecidas en el Decreto 092 del 2017. En ese sentido, si el Decreto establece que la celebración de los convenios de asociación se podrá realizar de forma directa siempre y cuando una ESAL se comprometa a aportar no menos de treinta por ciento (30%) del valor total del convenio, este valor incluye el valor adicionado. Por ende, respondiendo la pregunta hecha por el peticionario, es válido concluir que, si un convenio de asociación se celebró de forma directa, en caso de que se realice una adición al valor del convenio, la ESAL debe realizar el aporte de forma proporcional a esa modificación, cosa tal que su aporte sea equivalente el treinta por ciento (30%) del total del convenio – incluida la adición, pues solo de esta manera se estaría respetando las reglas establecidas en el Decreto 092 de 2017.

Aun cuando la autonomía permite que se modifique el convenio, en la medida que la norma establece que no estará sujeto a un proceso competitivo si la ESAL aporta el treinta por ciento (30%) del valor del contrato en dinero, lo lógico es que la ESAL contratista deba realizar el aporte conforme al valor total del convenio resultante tras la modificación efectuada. Contrario sensu, si se aceptara una interpretación diferente, según la cual una vez celebrado el convenio con ESAL de forma directa esta solo debía cumplir con el aporte del treinta por ciento (30%) del valor inicial del contrato se estaría contrariando las reglas que rigen la selección de los contratistas.

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

|  |
| --- |
| * Constitución Política: Artículo 355. * Ley 80 de 1993: Artículo 40. * Ley 489 de 1998: Artículo 96. * Decreto 092 de 2017: Artículo 5 y 8. * RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio. Contratación pública con Entidades sin ánimo de lucro. Bogotá: Legis Editores, 2017. * MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. *El precio*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda. y CEDA, 2012 |

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 y C-274 del 05 de mayo de 2022.

Así mismo, explicó los convenios de asociación entre Entidades Públicas y particulares regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, entre otros, en los conceptos 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C-055 del 28 de enero 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-416 del 30 de junio 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 30 de noviembre de 2020, C-758 del 4 de enero de 2021, C-057 del 10 de marzo de 2021, C-379 de 26 de julio de 2021, C-524 de 13 de otubre de 2021, C-594 del 28 de otubre de 2021, C-609 del 29 de otubre de 2021, C-638 del 15 de diciembre de 2021, C-670 de 28 de diciembre de 2021, C-051 del 7 de marzo de 2022, C-145 del 28 de marzo de 2022, C-274 del 05 de mayo de 2022, C-292 del 11 de mayo de 2022, C-273 del 6 de mayo de 2022, C-771 del 29 de diciembre de 2022, C-045 del 24 de abril de 2024. A estos conceptos se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>

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

Atentamente,

Texto

Descripción generada automáticamente

|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Diana Lucia Saavedra Castañeda  Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó | Alejandro Sarmiento Cantillo  Gestor T1 ‒ 15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Carolina Quintero Gacharná  Subdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. 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-2)
2. 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-3)
3. En el concepto emitido el 5 de febrero de 2019, dentro del radicado No. 2201913000000663, se dijo: “[l]os convenios de asociación del artículo 5 son distintos a los contratos de colaboración del artículo 2 del Decreto 092 de 2017”. [↑](#footnote-ref-4)
4. Concepto del 3 de septiembre de 2019, con radicado No. 2201913000006512. [↑](#footnote-ref-5)
5. RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio. Contratación pública con Entidades sin ánimo de lucro. Bogotá: Legis Editores, 2017. p. 28. [↑](#footnote-ref-6)
6. MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. *El precio*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R Ltda. y CEDA, 2012, p. 204. Así mismo, Mauricio Rodríguez Tamayo expresa: “Los contratos de interés público no escapan a la necesidad de introducir modificaciones o ajustes al contrato y, ante el silencio del Decreto 092 de 2017, es preciso recurrir a las disposiciones generales de la Ley 80 de 1993, a la luz de lo previsto en el artículo 8° del precitado decreto”. (RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio. Contratación pública con entidades sin ánimo de lucro. Bogotá: Legis editores, 2017.pp. 146-148). [↑](#footnote-ref-7)