

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.

CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Noción – Proceso competitivo

[...] los *convenios de asociación* «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 no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o las 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 30% del valor total del convenio.

[...] 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, una o varias ESAL, aporten al menos el treinta por ciento del valor del convenio para celebrarlo directamente, ya que de lo contrario deberá celebrarse un proceso competitivo.





CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Sujetos – Límites legales

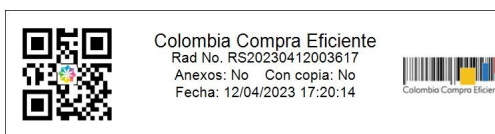
La normativa vigente no impide que varias entidades suscriban conjuntamente el convenio de asociación y tampoco que dos o más ESAL pueden hacerlo, a través de las figuras asociativas autorizadas por la ley, por ejemplo, la unión temporal o el consorcio. Sin embargo, como el artículo 96 de la Ley 489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

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.



Señor
Camila Pava Daza
dazacamila04@gmail.com



Concepto C-132 de 2023

Temas: DECRETO 092 DE 2017- Artículo 355 – Constitución Política – Convenios de Asociación – Artículo 96 – Ley 489 de 1998 / CONVENIOS DE ASOCIACIÓN – Concepto – artículo 4 y 5 – Decreto 092 de 2017 / Entidades sin animo de Lucro ESAL — Criterios – Aplicación

Radicación: Respuesta a la consulta P20230224001720

Estimado señor Ariza:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente responde las consultas realizadas el 9 de agosto de 2022.

1. Problemas planteados

Usted formula una serie de interrogantes relacionados con los convenios de asociación, en concordancia con el artículo 355 de la Constitución Política y el Decreto 092 de 2017.

Así las cosas, las preguntas formuladas en su solicitud se transcriben a continuación:

“2.1. ¿Para celebrar los convenios de asociación es necesario adelantar un proceso de selección público de contratistas previsto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para cumplir lo dispuesto en el Artículo 7° del Decreto 092 de 2017 o cuál es el proceso idóneo para la suscripción de ese tipo de convenios?”

2.2. De acuerdo con el Artículo 4° del Decreto 092 de 2017, indíqueme:

2.2.1. ¿Cuál es el fin del proceso competitivo?

2.2.2. ¿Cuáles son sus características?





2.2.3. *¿Qué etapas tiene ese proceso?*

2.2.4. *¿Existe alguna disposición legal que describa bajo que términos deberán llevar a cabo cada una de sus etapas?*

2.3. *¿El término razonable al que se refiere el inciso 2° del Artículo 4° del Decreto 092 de 2017 ha sido definido por alguna disposición legal o las entidades públicas, en el ejercicio de su autonomía, son quienes lo determinan?*

2.4. *¿Puede entenderse que un término de 2 días para la presentación de ofertas, en el desarrollo de un proceso competitivo, es razonable?*

2.5. *¿Las entidades públicas, en el desarrollo de un proceso competitivo, de acuerdo con el Artículo 4° del Decreto 092 de 2017, deben establecer un término para que las entidades sin ánimo de lucro presenten observaciones?"*

2. Consideraciones

En ejercicio de las competencias establecidas en los artículos 3, numeral 5° y 11, numeral 8° del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente resuelve las consultas sobre los asuntos de su competencia, esto es, sobre las temáticas de la contratación estatal y compras públicas relacionadas en los artículos citados. Es necesario tener en cuenta que esta entidad solo tiene competencia para responder solicitudes sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes de la contratación estatal. 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 pública¹. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

¹ La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011. Su objetivo es servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado. Para tales fines, como órgano técnico especializado, le corresponde formular políticas públicas y normas y unificar los procesos de contratación estatal, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. El artículo 3 ibidem señala, de manera precisa, las funciones de Colombia Compra Eficiente. Concretamente, el numeral 5° de este artículo establece que le corresponde a esta entidad: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”. Seguidamente, el numeral 8° del artículo 11 ibidem señala que es función de la Subdirección de Gestión Contractual: “[a]bsolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general”.



Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección –dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, haciendo abstracción del caso particular expuesto por el peticionario– resolverá la consulta conforme a las normas generales en materia de contratación estatal. Con este objetivo se analizarán los siguientes temas: i) Contratos del artículo 355 de la Constitución Política y convenios de asociación del artículo 96 de la Ley 489 de 1998, ii) la naturaleza de los convenios de asociación, desarrollados por el artículo 5 del Decreto 092 de 2017.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente ha impartido lineamientos sobre la aplicación de la Ley 996 de 2005 y también se ha pronunciado al respecto, entre otros, en los Conceptos 4201912000004632 del 6 de agosto de 2019, 2201913000005655 del 8 de agosto de 2019, 2201913000006283 del 27 de agosto de 2019, 2201913000006521 del 3 de septiembre de 2019, 2201913000006634 del 6 de septiembre de 2019, 2201913000006639 del 9 de septiembre de 2019, 2201913000007430 del 7 de octubre de 2019, 2201913000007565 del 10 de octubre de 2019, 2201913000008259 del 6 de noviembre de 2019, C-227 de 2021 del 5 de mayo de 2021, C-296 del 22 de junio de 2021, C-381 del 2 de agosto de 2021, C-499 del 15 de septiembre de 2021, C-550 de 05 de octubre de 2021 y C-543 de 9 de noviembre de 2021.

Adicionalmente, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado en diferentes conceptos sobre la contratación con Entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad –desde ahora ESAL–, con fundamento en el Decreto autónomo 092 de 2017, en particular en los Conceptos 4201912000008310 del 26 de diciembre de 2019, 4201912000007899 del 27 de diciembre de 2019, 4201912000007901 del 27 de diciembre de 2019, C-594 del 7 de septiembre de 2020, C-670 del 22 de noviembre de 2020, C-689 del 1 de diciembre de 2020, C-724 de 14 de diciembre de 2020, C-749 del 23 de diciembre de 2020, C-758 del 04 de enero de 2021, C-806 de 8 de febrero de 2021, C-364 de 26 de julio de 2021, C-379 de 20 de julio de 2021, C-537 del 27 de septiembre de 2021, C-021 del 22 de febrero de 2022, C-447 del 26 de julio del 2022 y C-550 del 30 de agosto del 2022 . La tesis propuesta en los conceptos relacionados se expone a continuación y se complementa en lo pertinente

2.1. Contratos del artículo 355 de la Constitución Política y convenios de asociación del artículo 96 de la 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 desarrollo².

Por otra parte, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998³ permite a las entidades públicas 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, expidió el Decreto 092 de 2017, el cual tiene como objeto establecer la forma en que las entidades del orden nacional, departamental, distrital y municipal deben contratar con ESAL, con la finalidad de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo. Así las cosas, es importante resaltar que el factor que determina la aplicación del Decreto 092 de 2017 no es única y exclusivamente el carácter de las ESAL, sino también el objeto del convenio que la entidad estatal pretende adelantar. Por tanto, el hecho de que se trate de una ESAL no implica que, necesariamente, deba celebrarse un contrato de colaboración o un convenio de asociación, en los términos del referido decreto.

El Decreto 092 de 2017 prevé las reglas para las contrataciones que realicen las entidades estatales con las ESAL. Este regula dos eventos: i) los contratos de colaboración o de interés público con el fin de 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*.

² Sobre esta norma, consultar los conceptos del 8 de octubre de 2019, con radicado 2201913000007532, y del 20 de diciembre de 2019, cuyo radicado es el No. 4201913000008240.

³ «Artículo 96. Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a 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».





Es posible diferenciar los *convenios de asociación*, regulados en el artículo 5, de los *contratos de colaboración*, establecidos en el artículo 2 del Decreto 092 de 2017⁴.

De conformidad con el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, los *convenios de asociación* pueden ser celebrados por cualquier entidad estatal “cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo”. Tales convenios “[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”⁵.

La contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro se sigue rigiendo por el Decreto 092 de 2017, salvo lo que fue objeto de suspensión provisional por parte del Consejo de Estado en el auto del 6 de agosto de 2019, que suspendió provisionalmente varios apartes del decreto indicado⁶. En este sentido, esta Agencia en varios conceptos anteriores se pronunció sobre los efectos de dicho auto frente al régimen del Decreto 092 de 2017⁷. En armonía con lo anterior, las siguientes son las conclusiones que dedujo esta Agencia a partir del pronunciamiento del Consejo de Estado, tal como se expresa, por ejemplo, en el concepto C-529 del 11 de agosto de 2020:

En este orden de ideas, la contratación con entidades sin ánimo de lucro se sigue rigiendo por el Decreto 092 de 2017, salvo lo que fue objeto de suspensión provisional. Por lo tanto, las entidades públicas que desean celebrar contratos de interés público, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política, deben contratar con ESAL de reconocida idoneidad, como ya se dijo, realizando un proceso competitivo, y teniendo en cuenta, se insiste, las siguientes características: i) no se debe condicionar el proceso de contratación a la inexistencia de oferta en el mercado de bienes y servicios; ii) tampoco se debe condicionar a que la contratación con las ESAL garantice la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del riesgo; iii) el objeto del contrato debe estar acorde con el plan nacional o seccional de desarrollo; iv) no se puede condicionar únicamente que las actividades o programas correspondan exclusivamente

⁴ 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».

⁵ Concepto del 3 de septiembre de 2019, emitido en el radicado No. 22019130000006512.

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección A. Auto del 6 de agosto de 2019. Exp. 62.003. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁷ Entre otros en el concepto C-529 del 11 de agosto de 2020. Los conceptos de la Agencia se pueden consultar en el siguiente link: <http://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos#>. En particular el concepto indiciado se puede descargar en el siguiente enlace: <http://relatoria.colombiacompra.gov.co/ficha/C-529%20de%202020>.



a promover los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, por lo que basta con cumplir el anterior numeral iii); y v) el contrato no establezca una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la entidad, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato.

De acuerdo con lo anterior es indispensable entender que la principal característica de esta tipología es la ausencia de conmutatividad, 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. La finalidad de los aportes en estos convenios está en dirección, 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.

2.2. Naturaleza de los convenios de asociación desarrollados por el artículo 5 del Decreto 092 de 2017

El artículo 5 del Decreto 092 de 2017 establece que los convenios de asociación que celebren las ESAL y las entidades estatales, para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la ley, según lo contemplado en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no estarán sujetos a competencia cuando la ESAL comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 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».

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 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 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.



Ahora bien, en estos convenios de asociación no existe contraprestación o pago, sino aportes, los cuales están dirigidos, exclusivamente, a lograr la ejecución del convenio y no a remunerar la actividad o actuaciones del asociado. De todos modos, como se indicó, 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 30% del valor total del convenio y no exista otra ESAL que realice el mismo compromiso.

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. En otras palabras, 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”, en tal caso las entidades estatales deben asegurarse de que su contratista, es decir, la 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. En caso de que 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”⁸.

La noción “seleccionar de forma objetiva”, contenida en la disposición *sub examine* no puede ser entendida como una remisión a las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007. A lo que se refiere la norma es a que la entidad estatal debe diseñar herramientas que permitan una comparación objetiva de las entidades sin ánimo de lucro para seleccionar objetivamente a aquella que tenga las mejores condiciones para alcanzar el resultado esperado con el proyecto de cooperación, 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.

Debe aclararse que no todas las actividades que las entidades estatales deben desarrollar para alcanzar sus objetivos misionales deben ejecutarse mediante la celebración de contratos de colaboración o convenios de asociación. Debe tenerse en cuenta que lo que determina la aplicación del Decreto 902 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

⁸ Concepto del 19 de noviembre de 2019, emitido en el radicado No. 2201913000008611.



que necesariamente deba celebrarse un contrato de colaboración o un convenio de asociación.

En suma, para la celebración de *convenios de asociación*, las entidades estatales son autónomas en la configuración del proceso competitivo en desarrollo del artículo 5 del Decreto 092 de 2017. Además, tienen una autonomía similar para definir el mecanismo de recolección de los recursos en dinero que la ESAL aportará para la ejecución de las actividades del convenio de asociación, en los supuestos en que la celebración del convenio no esté sujeto a competencia, esto es, cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de las actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. En este sentido, Colombia Compra Eficiente elaboró una guía a título ilustrativo, denominada “Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad”⁹, en la que se establece: “[...] 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.

3. Respuesta:

A continuación, se procede a dar respuesta a las preguntas formuladas:

“2.1. ¿Para celebrar los convenios de asociación es necesario adelantar un proceso de selección público de contratistas previsto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para cumplir lo dispuesto en el Artículo 7° del Decreto 092 de 2017 o cuál es el proceso idóneo para la suscripción de ese tipo de convenios?”

Respuesta:

El proceso idóneo para la suscripción de convenios entre entidades públicas y entidades sin ánimo de lucro puede variar dependiendo del tipo de entidad y del objeto del convenio en cuestión.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en la Ley 489 de 1998, para celebrar convenios entre entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro se requiere adelantar un proceso de selección objetiva, el cual debe estar fundamentado en criterios técnicos, de experiencia y capacidad de la entidad sin ánimo de lucro para desarrollar el objeto del convenio

El artículo 7° del Decreto 092 de 2017 establece que los convenios de asociación que celebren las entidades estatales deben ser adelantados mediante un proceso de selección

⁹ Disponible en https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guía_esal.pdf





pública de contratistas, en el que se deben garantizar los principios de transparencia, igualdad, economía, eficacia, eficiencia y publicidad.

Esto significa que antes de celebrar un convenio de asociación, la entidad pública debe realizar un proceso de selección para escoger al contratista que va a participar en el convenio. Este proceso debe ser objetivo y transparente, y debe garantizar la participación de todos los interesados que cumplan con los requisitos establecidos en los términos de referencia o pliegos de condiciones.

Por su parte, el artículo 5 del Decreto 092 de 2017 establece que el proceso para la selección de la ESAL, por regla general, debe estar sujeto a competencia; salvo en aquellos casos en que una entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero por un valor igual o superior al 30% del valor total del convenio, y siempre que la entidad estatal verifique previamente que no existe ninguna otra entidad sin ánimo de lucro que ofrezca aportes iguales o superiores al 30%.

“2.2. De acuerdo con el Artículo 4° del Decreto 092 de 2017, indíqueme:

2.2.1. ¿Cuál es el fin del proceso competitivo?

2.2.2. ¿Cuáles son sus características?

2.2.3. ¿Qué etapas tiene ese proceso?

2.2.4. ¿Existe alguna disposición legal que describa bajo que términos deberán llevar a cabo cada una de sus etapas?”

Respuesta:

El artículo 4° del Decreto 092 de 2017 establece que los convenios de asociación que celebren las entidades estatales con entidades sin ánimo de lucro deben tener como objeto la realización de actividades de interés público, cuyo desarrollo pueda ser realizado de manera conjunta entre ambas partes, y que se encuentren dentro del marco de sus competencias y funciones.

En otras palabras, este artículo establece que los convenios de asociación deben tener un objeto claro y específico, que tenga como finalidad la realización de actividades que sean de interés público y que puedan ser desarrolladas de manera colaborativa entre la entidad estatal y la entidad sin ánimo de lucro.

Ahora bien, la finalidad del proceso competitivo establecido en el mencionado artículo 4° es garantizar la transparencia y la selección objetiva del contratista que celebrará el convenio de asociación con la entidad estatal.

Este proceso competitivo debe ser realizado en igualdad de condiciones y debe permitir la participación de todas las entidades sin ánimo de lucro interesadas y que cumplan con los requisitos establecidos en los términos de referencia o pliegos de condiciones. De esta manera, se busca promover la participación de las entidades sin ánimo de lucro y asegurar





la selección del contratista que ofrezca la mejor calidad, eficiencia y eficacia en la realización de las actividades contempladas en el convenio de asociación.

Además, el proceso competitivo tiene como objetivo garantizar el cumplimiento de los principios de transparencia, igualdad, publicidad y selección objetiva que rigen la contratación pública en Colombia. De esta manera, se evita la posibilidad de favoritismos o de que se seleccionen contratistas sin los méritos necesarios para la ejecución de los proyectos y actividades.

2.3. ¿El término razonable al que se refiere el inciso 2° del Artículo 4° del Decreto 092 de 2017 ha sido definido por alguna disposición legal o las entidades públicas, en el ejercicio de su autonomía, son quienes lo determinan?

2.4. ¿Puede entenderse que un término de 2 días para la presentación de ofertas, en el desarrollo de un proceso competitivo, es razonable?

Respuesta:

El término "razonable" al que se refiere el inciso 2° del artículo 4° del Decreto 092 de 2017 no ha sido definido de manera específica por alguna disposición legal. Por lo tanto, las entidades públicas tienen cierta autonomía para determinar lo que se considera un plazo razonable para la realización del proceso de selección pública de contratistas para la celebración de un convenio de asociación con una entidad sin ánimo de lucro.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que el término "razonable" debe ser interpretado de manera objetiva, teniendo en cuenta los principios de eficiencia, economía y celeridad en la contratación pública, así como la necesidad de asegurar que el proceso de selección pública de contratistas sea lo suficientemente amplio y competitivo como para garantizar la selección del contratista que ofrezca las mejores condiciones y la mayor calidad en la ejecución de las actividades contempladas en el convenio de asociación.

Por lo tanto, se espera que las entidades públicas establezcan un plazo razonable para la realización del proceso de selección pública de contratistas para la celebración de un convenio de asociación, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso y procurando que el plazo no sea excesivamente largo, lo que podría generar demoras innecesarias en la ejecución del convenio, ni demasiado corto, lo que podría limitar la participación de las entidades sin ánimo de lucro interesadas en el proceso.

2.5. ¿Las entidades públicas, en el desarrollo de un proceso competitivo, de acuerdo con el Artículo 4° del Decreto 092 de 2017, deben establecer un término para que las entidades sin ánimo de lucro presenten observaciones?"

El artículo 4° del Decreto 092 de 2017 establece que las entidades públicas deben garantizar el derecho de las entidades sin ánimo de lucro a presentar observaciones y



comentarios a los términos de referencia o pliegos de condiciones del proceso de selección pública de contratistas para la celebración de convenios de asociación.

Sin embargo, dicho artículo no establece un término específico para que las entidades sin ánimo de lucro presenten estas observaciones y comentarios. En este sentido, las entidades públicas tienen cierta autonomía para establecer un plazo razonable para la presentación de las observaciones y comentarios.

Es importante que este plazo sea lo suficientemente amplio para permitir que las entidades sin ánimo de lucro puedan realizar un análisis detallado de los términos de referencia o pliegos de condiciones y presentar sus observaciones y comentarios de manera oportuna. Además, las entidades públicas deben garantizar que las observaciones y comentarios presentados sean tenidos en cuenta en la elaboración de los términos de referencia o pliegos de condiciones definitivos.

En resumen, aunque el Decreto 092 de 2017 no establece un plazo específico para la presentación de observaciones y comentarios por parte de las entidades sin ánimo de lucro, las entidades públicas deben garantizar el derecho de estas entidades a presentarlos y establecer un plazo razonable para ello, garantizando así la transparencia y la participación de las entidades sin ánimo de lucro en el proceso de selección pública de contratistas.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,


Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual ANCP-CCE

Elaboró: Christian Camilo Orjuela Galeano
Contratista la Subdirección de Gestión Contractual
Revisó: Diana Carolina Armenta
Contratista de la Subdirección de Gestión Contractual
Aprobó: Nohelia del Carmen Zawady Palacio
Subdirectora de Gestión Contractual

