

Bogotá D.C., **##FechaActual**

N° Radicado: ##Respuesta

Señor
Ciudadano
Ciudad

Radicación: Respuesta a consulta #4201814000006677

Temas: Decreto 092 de 2017

Tipo de asunto consultado: Convenio de Asociación tripartito en virtud del Decreto 092 de 2017.

Estimado señor ,

Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 13 de agosto de 2018 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011.

■ **PROBLEMA PLANTEADO**

“(...) ¿según lo establecido en el decreto 092 de 2017, es posible suscribir el convenio con las 3 entidades, debido a que del art.5 se infiere la selección de una sola ESADL. Además, dado el carácter especial del aporte en dinero de una de ellas, se podría prescindir del proceso de selección sobre esta ESADL y/o de las demás?, ¿Cómo se podría llevar a cabo el proceso de selección o la suscripción del convenio? (...)”

■ **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:**

El Sistema de Compra Pública no contempla ninguna prohibición para la celebración de convenios de asociación “multipartes” regidos por el Decreto 092 de 2017. Lo que establece el artículo 5 del mencionado Decreto es que los convenios de asociación no estarán sujetos a competencia cuando la ESAL comprometa en dinero mínimo el 30% del valor total del convenio. En este sentido si, de acuerdo con la consulta, actuarán 3 ESAL como partes independientes en el convenio, para que este pueda ser celebrado de manera directa, cada una de ellas deberá cumplir con el requisito establecido en dicho artículo 5, no bastará con que sólo una de ellas cumpla con el requisito, esto es, cada una de ellas deberá aportar mínimo el 30% del valor total del convenio, de lo contrario, deberá adelantarse un proceso competitivo.

No obstante, debido a que los contratos de colaboración y convenios de asociación se sujetarán a las normas generales aplicables al Sistema de Compra Pública en los aspectos que no estén regulados de manera expresa en el Decreto 092 de 2017, es posible que las ESAL recurran a las diferentes formas asociativas que contempla la Ley 80 de 1993 para participar en los Procesos de Contratación. De esta forma, las ESAL podrán asociarse bajo la figura de consorcio o unión temporal y cumplir conjuntamente con el aporte mínimo del 30% en dinero para la celebración del convenio de asociación sin adelantar un proceso competitivo.



■ LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

1. La normativa legal y reglamentaria vigente, señala que la Entidad Estatal contratante es la responsable de la estructuración del Proceso de Contratación, y de determinar la modalidad de selección del contratista, para lo cual requiere tener claro y definido (i) su necesidad; (ii) la forma como satisface su necesidad –objeto contractual y alcance del objeto contractual-; y (iii) el tipo de contratista que es apto para satisfacer la necesidad a través de la ejecución del objeto. La normativa vigente establece los principios, pautas y procedimientos para que la Entidad Estatal defina el tipo, naturaleza, objeto y alcance del contrato que celebra y la modalidad de selección aplicable. Toda actividad de la administración en el Proceso de Contratación es reglada.
2. Los particulares, entre ellos las entidades sin ánimo de lucro, tienen la libertad de asociarse y celebrar todos los negocios jurídicos que no estén prohibidos expresamente en el ordenamiento jurídico.
3. Los particulares pueden unirse en consorcio o unión temporal para desarrollar en conjunto un proyecto. Esa forma de cooperación puede ser utilizada por las entidades sin ánimo de lucro cuando desarrollan actividades con las Entidades Estatales.
4. De acuerdo con lo establecido en el Decreto 092 de 2017, la contratación a que hace referencia el dicho decreto estará sujeta a normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo que esté allí reglamentado.
5. De conformidad con la Ley 80 de 1993, tienen capacidad para celebrar contratos con entidades del Estado los consorcios y las uniones temporales.
6. El Consejo de Estado estableció que *“la razón de ser de los consorcios o uniones temporales es justamente la unión de fuerzas y requisitos para presentar una oferta. Son instrumentos de asociación que tienen por finalidad lograr la cooperación o colaboración entre los sujetos que la componen, para alcanzar un objetivo común.”*
7. No existe restricción normativa para que las entidades privadas sin ánimo de lucro puedan aunar esfuerzos a través de las diferentes formas de asociación para participar en los procesos que las Entidades Estatales adelantan en el marco del Decreto 092 de 2017.
8. Por su parte, el Decreto 092 de 2017 fue expedido en virtud de la autorización contenida en el artículo 355 de la Constitución Política y su aplicación está restringida a: (i) la contratación con entidades sin ánimo de lucro para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los respectivos planes de desarrollo y (ii) la contratación a la cual por expresa disposición del legislador le es aplicable este régimen, como el caso del artículo 96 de la Ley 489 de 1998.





Colombia Compra Eficiente

9. Por disposición expresa del artículo 5 del Decreto 092 de 2017: “Estos convenios de asociación son distintos a los contratos a los que hace referencia el artículo 2o y están regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y los artículos 5o, 6o, 7o y 8o del presente decreto.”
10. La regla especial del artículo 5 del Decreto 092 de 2017 determina que esa contratación no estará sujeta a proceso competitivo cuando la entidad privada sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero propios e independientes del aporte estatal para la ejecución de las actividades conjuntas en una proporción mínima del 30% del valor total del proyecto en virtud de un convenio de asociación.
11. Ver numeral 16 de la Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente

■ REFERENCIA NORMATIVA

Constitución Política de Colombia, artículo 6 y 209

Decreto 092 de 2017, artículos 5 y 8.

Ley 80 de 1993, artículo 7

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección B, Radicación N° 05001-23-31-000-1997-00663-01(32113) del 29 de septiembre de 2015. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo

Colombia Compra Eficiente, Circular Externa Única, numeral 16. Consultada en el link:

https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce_circular_unica.pdf

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

Atentamente,

Luisa Fernanda Vanegas Vidal

Subdirectora de Gestión Contractual

Proyectó: Gabriel Paternina

Revisó: Natalia Reyes Vargas

